



Universitat de Lleida

La responsabilidad penal del *Compliance officer*

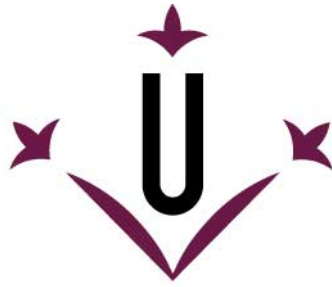
Clara Blanc López

<http://hdl.handle.net/10803/664845>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



Universitat de Lleida

TESIS DOCTORAL

La responsabilidad penal del *Compliance officer*

Clara Blanc López

Memoria presentada para optar al grado de Doctor por la Universidad de
Lleida

Programa de Doctorado en Derecho y Administración de Empresas

Director

Dr. Ramón García Albero

2017

RESUMEN

La designación de un Organismo de Vigilancia y Control o un *Compliance officer* en las organizaciones empresariales españolas es una de las principales y más visibles novedades del nuevo régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica instaurado por Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, que permite, entre otras condiciones a la ya citada, la exoneración de responsabilidad penal de la empresa cometido un delito en su nombre y beneficio en el seno de la entidad.

Tomando como referencia a Italia, de dónde se ha importado nuestra actual regulación de responsabilidad penal de la persona jurídica, a lo largo del presente trabajo se efectúa un recorrido por la jurisprudencia emanada de sus Tribunales para concluir con la que nos parece más acertada composición de este Organismo de Vigilancia y Control a efectos de su consideración como órgano con poderes autónomos de iniciativa y control y, por lo tanto, su válida constitución para el fin que se propone.

Sin embargo, el ejercicio del cargo de *Compliance officer* lleva inherente la asunción de determinadas responsabilidades o deberes, mayores o menores en función del perfil de Órgano por el que se opte en la entidad: un órgano más enfocado al cumplimiento penal, a la prevención de riesgos penales o a la mera supervisión y reporte del funcionamiento y cumplimiento de los programas de prevención de delitos a los órganos de gobierno de la entidad.

En el presente trabajo se analiza, a través de la exposición práctica de los principales incumplimientos posibles de funciones propias de un *Compliance officer*, si dichos deberes asumidos contractualmente por el Organismo de Vigilancia y Control originan una posición de garante respecto a la evitación de la comisión de delitos en la entidad – en su caso, derivada de la posición de garante propia del Órgano de administración- así como, si la infracción de dichos deberes puede fundamentar *per se* una responsabilidad en comisión por omisión respecto al delito cometido por un tercero o, por el contrario, se requieren ulteriores requisitos de imputación.

RESUM

La designació d'un Organisme de Vigilància i Control o un *Compliance officer* a les organitzacions empresarials espanyoles es una de las principals i més visibles novetats del nou règim de responsabilitat penal de la persona jurídica instaurat per Llei Orgànica 1/15, de 30 de març, de modificació del Codi Penal, que permet, entre d'altres condicions a la ja citada, la exoneració de responsabilitat penal de l'empresa, comès un delictes en el seu nom i benefici a la entitat.

Prenent com a referència a Itàlia, d'on s'ha importat la nostra actual regulació de responsabilitat penal de la persona jurídica, durant el present treball s'efectuarà un recorregut per la jurisprudència emanada dels seus Tribunals per concloure amb la que ens sembla més adient composició per aquest Organisme de Vigilància i Control a efectes de la seva consideració com òrgan amb poders autònoms d'iniciativa i control i, en conseqüència, la seva vàlida constitució per al fi per al que es proposa.

No obstant, l'exercici del càrrec de *Compliance officer* porta inherent l'assumpció de determinades responsabilitats o deures, majors o menors en funció del perfil d'Òrgan pel qual opti la entitat: un òrgan més enfocat al compliment penal, a la prevenció de riscos penals o a la mera supervisió i report del funcionament i compliment dels programes de prevenció de delictes als Òrgans de govern de la entitat.

En el present treball s'analitza, a través de la exposició pràctica d'alguns dels principals incompliments possibles de funcions pròpies d'un *Compliance officer*, si els esmentats deures assumits contractualment per l'Organisme de Vigilància i Control originen una posició de garant respecte a l'evitació de la comissió de delictes a la entitat –en el seu cas, derivada de la posició de garant pròpia de l'Òrgan d'administració- així com, si la infracció d'aquests deures pot fonamentar *per se* una responsabilitat en comissió por omissió respecte al delictes comès per un tercer o, pel contrari, es requereixen ulteriors requisits d'imputació.

ABSTRACT

The appointment of a Surveillance and Monitoring Body or a Compliance officer at Spanish business organizations is one of the main and most visible new pieces of legislation in the new regime on the criminal liability of legal entities introduced by Organic Law 1/15, of March 30, 2015, amending the Criminal Code, which allows, among other conditions besides that mentioned, exemption from criminal liability for the enterprise if a criminal offense was committed on its behalf and to its benefit within the entity.

Taking our cue from Italy from where the current Spanish provisions on the criminal liability of legal entities were imported, in this paper we take a journey through the case law that has emanated from the Italian courts to conclude as to what we believe is the best membership profile for this Surveillance and Monitoring Body for the purposes of it being considered a body with independent powers of initiative and control, and therefore, its valid formation for its intended aim.

However, discharging the position of Compliance officer implies the acceptance of given responsibilities or duties, which will be greater or lesser according to the profile that has been chosen for the Body at the entity: a body oriented more towards criminal compliance, towards prevention of criminal risks or simply towards supervising and reporting in relation to the functioning and fulfillment of the compliance programs to the entity's managing bodies.

In this paper we analyze, through a practical presentation of the principal possible infringements of a Compliance officer's functions, whether those duties accepted contractually by the Compliance officer give rise to a position of guarantor with respect to deterring criminal offenses at the entity –derived, if applicable, from the position of guarantor of the managing body itself- and, whether the infringement of those duties may found *per se* liability by omission with respect to the offense committed by a third party, or, conversely, whether further requirements for accusation of an offense must be met.

ABREVIATURAS

OVC: Organismo de Vigilancia y Control.

LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

RPRL: Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales.

LPBC: Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales.

LSC: Ley de Sociedades de Capital.

RPBC: Reglamento de Prevención del Blanqueo de Capitales.

USSG: United States Sentencing Guidelines.

TS: Tribunal Supremo.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

FGE: Fiscalía General del Estado.

SEPBLAC: Servicio Ejecutivo de la Comisión.

OCIC: Órgano de control interno.

GIP: Juez de Garantías de la fase de instrucción de un procedimiento penal en Italia.

CP: Código Penal.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I. PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA	25
1. El modelo de responsabilidad por atribución o responsabilidad derivada.	26
A. Precedentes.	27
B. Presupuestos.	33
C. Legitimación material.	39
D. Problemas de este modelo de atribución.	40
2. El modelo de responsabilidad propia u originaria.	44
A. La capacidad de acción de la persona jurídica en términos penales.	45
B. La capacidad de culpabilidad de la persona jurídica en términos penales.	55
C. Legitimación material.	62
D. Problemas de este modelo de responsabilidad.	64
3. El modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica escogido en Derecho español.	68
A. La Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio.	68
B. La Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo.	83
C. Los primeros pronunciamientos jurisprudenciales.	102
CAPÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN DERECHO ESPAÑOL	111

1.	Presupuestos legales de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.	111
A.	Consideraciones generales.	111
B.	De los delitos cometidos por los dirigentes.	121
C.	De los delitos cometidos por los subordinados.	129
D.	Las penas y sus reglas de aplicación.	134
2.	La exoneración de responsabilidad penal a la persona jurídica.	138
A.	Los modelos de organización y gestión.	138
a.	Contenido de los modelos de organización y gestión.	148
i.	El análisis de riesgos.	148
ii.	La promoción de la cultura de cumplimiento.	156
iii.	Medidas de control.	160
iv.	Los canales de denuncia.	169
v.	El sistema disciplinario.	177
vi.	La revisión y actualización.	179
b.	La eficacia e idoneidad de los modelos de organización y gestión.	181
c.	Especial referencia a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones.	188
d.	Categorización dogmática de los modelos de organización y gestión.	190
CAPÍTULO III.	EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN, EL COMPLIANCE OFFICER Y LA PREVENCIÓN DE DELITOS. ¿UNA DELEGACIÓN DE FUNCIONES?	205

1. El Órgano de administración y la prevención de delitos.	206
A. Obligaciones en materia de prevención de delitos.	206
B. La posición de garante del administrador.	221
a. Planteamiento.	221
b. Fundamento.	228
2. El <i>Compliance officer</i> y la prevención de delitos.	231
A. Estructura y composición del órgano.	234
B. Requisitos. Poderes autónomos de iniciativa y control.	250
C. Funciones.	257
a. Posibles funciones del <i>Compliance officer</i> .	259
b. La regulación de las funciones de Órganos de prevención o cumplimiento normativo en otros sectores.	273
3. La supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de organización y gestión, ¿Una delegación de funciones o una asignación de competencias?	277
A. Ejecución con eficacia de los modelos de organización y gestión.	279
B. Supervisión, vigilancia y control.	281
C. ¿Delegación de facultades propias del Órgano de administración?	282
D. ¿Facultades indelegables del Órgano de administración?	292
E. Transformación de las posiciones de garantía.	300
CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL <i>COMPLIANCE OFFICER</i>	310

1. Planteamiento.	310
2. Responsabilidad penal en delitos de acción.	319
3. Responsabilidad penal en delitos de comisión por omisión.	323
A. Criterio de la equivalencia con la acción.	327
a. Posición de garante.	330
1. Origen de los deberes de actuar del OVC.	335
2. Deberes de actuar y deberes de evitación del resultado.	338
3. Criterios para delimitar la posición de garante.	345
4. Posición de garante en un OVC colegiado.	349
b. La correspondencia con los elementos de la acción.	351
B. Imputación objetiva del resultado a la omisión creada.	354
a. Criterios para imputar al tipo objetivo de la omisión el resultado producido.	356
b. Causas de exclusión (o limitación) de la imputación objetiva.	358
C. Dolo o imprudencia. Ignorancia deliberada. Imputación subjetiva.	363
a. Tipo subjetivo de la omisión.	363
b. Causas de exclusión de la imputación subjetiva. El principio de confianza.	369
D. Intervención en el delito. Autoría o participación.	371
a. Intervención en el delito.	371

b.	Autoría o participación.	374
4.	Distintos incumplimientos de funciones propias del <i>Compliance officer</i>.	383
A.	El indeficiente diseño del cumplimiento o la actividad preventiva.	383
B.	El indeficiente control y vigilancia de la implementación, el cumplimiento o funcionamiento de las medidas de prevención de delitos.	387
a.	La omisión en el control de la implementación.	387
b.	La omisión en el control del funcionamiento.	393
C.	La falta de reporte de información al órgano correspondiente.	396
D.	La falta de corrección de incumplimientos.	401
E.	La no paralización o cese de la actuación delictiva.	403
F.	La ausencia de formación.	404
G.	El asesoramiento al Órgano de administración.	405
5.	Consecuencias de la responsabilidad penal del <i>Compliance officer</i>.	407
A.	Supuestos de transferencia de responsabilidad penal a la persona jurídica.	407
B.	Circunstancia obstativa de la exoneración de responsabilidad penal a la persona jurídica.	411
	CONCLUSIONES	413
	BIBLIOGRAFÍA	436

INTRODUCCIÓN

1. Estado de la cuestión.

El fenómeno del *Compliance* ha revolucionado la realidad empresarial y profesional de nuestro país en estos últimos tiempos¹, convirtiéndose, a la par, en una preocupación más de los órganos de administración² y en una oportunidad de negocio para los abogados de empresa³.

En concreto, y por lo que respecta al Derecho Penal, la modificación operada en el Código Penal por Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, introduciendo los programas de prevención de delitos (o, en la denominación propia de éste, “*modelos de organización y gestión que incluyan medidas idóneas para prevenir delitos*”) como causa de exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica, supuso la inauguración formal y sin ambages del denominado “*Compliance penal*” en España, el cual venía asomándose tímidamente desde la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el año 2010⁴.

¹ El *Compliance* ha sido galardonado como “tema jurídico del año” en la edición del II Premio Expansión Jurídico. Así puede leerse en la edición digital del Diario Expansión de fecha 26 de junio de 2017.

² Quienes han sido conferidos con mayores obligaciones para asegurar la buena dirección y control de la sociedad tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital por Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Contemporánea a dicha modificación (que entró en vigor en el mes de diciembre del año 2004) es la que experimentó el Código Penal por Ley 1/15, de 30 de marzo (cuya entrada en vigor se produjo en marzo del año 2015), incorporando la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica si sus órganos de administración habían adoptado modelos de organización y gestión que incluyeran medidas para prevenir delitos de la misma naturaleza que el que se cometió.

³ Según un reciente Informe publicado por la firma auditora Deloitte, el 80% de las empresas de más de cinco mil (5.000) empleados ya tienen implantados programas de prevención de delitos (principalmente en el sector financiero y farmacéutico), mientras que el 40% de las empresas menores a dicha cifra, los han implantado igualmente.

⁴ Por cuanto, pese a que la mayor parte de la doctrina e incluso el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial se habían manifestado, más o menos directamente, a favor de que los modelos de organización y gestión, o en definitiva una buena estructuración del control y la

Definido como simple cumplimiento de las normas, el *Compliance* puede resultar vacuo, absurdo, superfluo, una moda más traída de las Américas. Y si a ello le añadimos el adjetivo “penal”, una auténtica perogrullada⁵. ¿Acaso no se ha tratado siempre de eso en nuestro Estado de Derecho? ¿De cumplir con las normas de prohibición sean de la naturaleza que sean?

Sin embargo, el *Compliance* no es solo cumplimiento normativo sino una nueva forma de gestión empresarial, basada en la organización de procedimientos, políticas y estructuras de control dirigidas a neutralizar riesgos de incumplimiento y correspondientes sanciones del tipo que sean⁶.

En los sectores regulados se impone por normativa de distinto rango ese tipo de gestión empresarial que se denomina “cumplimiento normativo” y se concreta en una serie de extensos requisitos de estructura interna, obligaciones y funciones, bajo la amenaza de sanción de naturaleza principalmente administrativa.

Es el caso de la normativa de prevención del blanqueo de capitales con la Ley 10/10, de 28 de abril y el Real Decreto 304/14, de 5 de mayo, la prevención de riesgos laborales con la Ley 31/95, de 8 de noviembre y el Real Decreto 39/97, de 17 de enero, así como la normativa de las empresas de servicios de inversión con las Circulares de la CNMV 6/2009, de 9 de diciembre, sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión, y 1/2014, de 26 de febrero, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las

organización que revirtiera en la prevención de los delitos que pudieran cometerse al amparo de la persona jurídica, tuviera eficacia exoneratoria para la responsabilidad penal de la persona jurídica (como manifestación de un verdadero hecho propio), lo cierto es que la FGE se había mostrado expresamente en contra y el texto del artículo 31 bis del Código Penal no incluía una tal posibilidad.

⁵ ¿Describe por consiguiente el *Compliance* algo distinto a una mera perogrullada? Se plantea ROTSCH, T. en apud. cit.; citando a su vez a SCHNEIDER, U.: “*Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung*”, en *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, (Volumen 24), 2003, páginas 646 y ss.

⁶ En concreto, la definición que hace el Comité de Basilea de cumplimiento es: “una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones, es decir, el riesgo de recibir sanciones por incumplimientos legales o regulatorios, sufrir pérdidas financieras o pérdidas de reputación por fallas de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas”.

entidades que presten servicios de inversión; o, en otro rango no imperativo, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015.

Pero en el caso del Derecho Penal, cuesta más concretar el objeto del encargo.

La prevención de riesgos penales es un ámbito inabarcable e imprevisible por definición. La infinidad de formas comisivas de los distintos delitos que pueden entrar en juego es consecuencia de las peculiaridades y complejidades propias del comportamiento humano, no siempre previsible.

Aún y poniendo el acento exclusivamente en los delitos que pueden arrastrar la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica que son los que primariamente deberá tratar de prevenir el administrador y su órgano delegado en la función de control o prevención: el *Compliance officer*, es hartamente probable que, aún un riguroso ejercicio de identificación y evaluación de riesgos, no vaticine la materialización que acabe evidenciándose en la realidad, en este caso, empresarial⁷.

La prevención de riesgos penales integra la prevención de riesgos laborales (la cual, si bien no acarrea la responsabilidad penal de la empresa, si la del empresario) y la prevención del blanqueo de capitales, ámbitos en los que se ha desarrollado una regulación *ad hoc* ya citada, pero también entran dentro de la prevención de riesgos penales ámbitos no regulados en los que el cumplimiento normativo se colma con una serie de buenas prácticas o normas de control de tipo personal (separaciones de poderes, segregación de funciones, *double check*, verificación y trazado de la operación y una cadena determinada de autorizaciones), u otros ámbitos que precisan del cumplimiento de una determinada normativa extrapenal (urbanística, medioambiental, de protección

⁷ A ello hay que añadir la inexistencia de una metodología de evaluación de riesgo penal, con unos criterios jurídico-penales (no bastando a tal efecto la Norma UNE-ISO 19601 Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal, por estar enfocada a la gestión del riesgo más que al contenido sustantivo de identificación de un riesgo penal). Además de ello, se trata de prevenir, en muchos de los casos, la comisión de delitos dolosos por terceros, aspecto que, todavía torna más imprevisible el ejercicio de anticipación. En este sentido, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2015...*, *op. cit.*, p. 82.

de datos personales) a modo de “*ley penal en blanco*”, aún y no exclusivamente dirigida al control del riesgo o la prevención.

En lo que sí podemos estar de acuerdo es en que, de igual forma que el *Compliance* persigue, en los sectores regulados, la creación de una cultura de cumplimiento con la norma, tanto a nivel estructural como material, con la finalidad (legítima) de evitar la imposición de cualquier sanción, el *Compliance* penal, que tiene por toda regulación la contenida en el artículo 31 bis apartado 5 del Código Penal, se dirige a lo mismo: crear una nueva cultura de cumplimiento en las organizaciones, basada en una organización y estructuración del control interno determinada, dirigida a la prevención de disfunciones que acarreen sanciones penales, además de para los sujetos personas físicas, para la sociedad⁸.

De esta forma, el vacío concepto de “*Compliance* penal” puede colmarse de sentido otorgándole una finalidad de prevención de la comisión de delitos, mediante una estructuración del control interno en la organización.

Cierto es que ello no ha constituido una especial preocupación para las empresas hasta que se introdujo en la regulación penal el incentivo de la exoneración de su posible responsabilidad penal si éstas contaban con los citados “*modelos de organización y gestión que incluyeran medidas idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza*

⁸ Por ello la creación de un “entorno de control” es uno de los requisitos de COSO y un aspecto que casi se convierte en más importante que las medidas concretas de prevención de delitos, las cuales, individualmente, pueden acabar demostrándose como no idóneas para la prevención del mismo. En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *El delito corporativo en el Código Penal Español (cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas)*, Editorial Civitas, Navarra, 2015, mostrándose partidario de que se logre a medio-largo plazo una cultura de cumplimiento en la empresa más que el establecimiento de un estado policial dentro de la misma cuyo principal objetivo sea la vigilancia y control. En el mismo sentido, *cfr.* NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la Empresa...*, *op. cit.*, pp. 121-129, que distingue entre las dos opciones por las que puede optarse a la hora de concebir un programa de cumplimiento normativo. Por un lado, puede optarse por un sistema que entre al detalle de las medidas de vigilancia, supervisión y control y haga de ello la piedra de toque del sistema. Y por otro, puede optarse por un sistema basado en la proclamación de principios y valores éticos, el cual, a modo programático, establezca la importancia de la cultura de cumplimiento en la entidad, estableciendo sanciones o incentivos para lograr su cumplimiento, pero dejando un gran margen de maniobra a las empresas para lograr los objetivos de cumplimiento. Lógicamente, esta segunda opción también integrará medidas de control pero a modo ejemplificativo y no exhaustivo.

que el que se cometi6”⁹, con lo que puede concluirse que el interés por el *Compliance* no es ni mucho menos espontáneo, sino nacido como moneda de cambio de aquello que, con su intercambio, podía conseguirse.

Las recientes corrientes de la responsabilidad social corporativa¹⁰, las últimas modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital¹¹ o la ya mencionada del Código Penal, van en la línea de aumentar el contenido de las obligaciones de control de los órganos de gobierno de las sociedades¹² para que la ética, la sostenibilidad, el respeto al entorno social en el que se manifiestan y cumplimiento de la legalidad, sean una realidad¹³.

Y ello, sin llegar a establecer la obligatoriedad de la adopción de modelos de gestión dirigidos a prevenir delitos como ya ha sucedido en otros países de nuestro entorno¹⁴.

⁹ En especial, tras la promulgación de la Ley Orgánica 1/15, de 30 marzo, cuando se estableció expresamente la exoneración de responsabilidad penal. No tanto bajo la vigencia del anterior régimen (el introducido por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio) por cuanto las dudas interpretativas en cuanto al concepto “debido control” no permitían asegurar la eficacia eximente de estos programas (aunque sí la atenuación de responsabilidad penal para la persona jurídica).

¹⁰ Mucho se ha escrito sobre ello, definiéndola como aquella contribución activa y voluntaria al mejoramiento social, económico y ambiental por parte de las empresas, generalmente con el objetivo de mejorar su situación competitiva, valorativa y su valor añadido. También definida como “inversión social corporativa”. Entre muchos autores, pueden leerse los planteamientos, desarrollos y utilidades de estas nuevas políticas en las empresas en MÉNDEZ PICAZO, M.T.: “Ética y responsabilidad social corporativa”, *Información Comercial Española, ICA: Revista de Economía*, número 823-2005, pp. 141-150 y FERNÁNDEZ DE CASTRO Y RIVERA, J.: “La responsabilidad social corporativa y la corporación”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 1/2012 (ejemplar dedicado a la Responsabilidad Social Corporativa), pp. 15-36.

¹¹ Por Ley 31/14, de 4 de diciembre.

¹² Sobre el desarrollo del buen gobierno corporativo *cfr.* PERDICES HUETOS, A./ RIAÑO LÓPEZ, D.: “El gobierno corporativo en España” en GOÑI SEIN, J.L. (Dir.): *Ética empresarial y Códigos de Conducta*, Editorial La Ley, Madrid, 2011, pp. 31-58.

¹³ La relación entre la responsabilidad social corporativa y un sistema de gestión de riesgos penales puede apreciarse en la similitud entre los requisitos de la normativa en materia de Responsabilidad Social Corporativa (IQNet SR 10; Sistemas de Gestión de la Responsabilidad Social) con los parámetros que fija el Código Penal para los modelos de organización y gestión en materia de prevención de delitos. Entre ellos, el Código ético o de conducta, los canales de denuncia, el Comité de Ética y Cumplimiento o el Organismo de Vigilancia y Control.

¹⁴ Es el caso de Francia. Un modelo de responsabilidad penal a la persona jurídica puramente vicarial pero que acaba de promulgar la Ley Sapin II (la cual coge el nombre del Ministro de Finanzas francés Michel Sapin) estableciendo la obligatoriedad de implementar programas de prevención de delitos a las empresas con más de quinientos (500) trabajadores y más de cien (100) millones de € de cifra de negocios. La ley entrará en vigor en diferentes momentos, pero en lo que respecta a este

Se aprecia un doble objetivo: la finalidad preventiva de riesgos que subyace en el mayor control y la llamada “*moralización de la economía*”¹⁵, que repercute en un mayor reconocimiento social y prestigio en el mercado que, al final del camino, se traduce en mayores cifras de negocio. Y el *Compliance penal* también.

Es decir, tanto se desean evitar sanciones penales (que afectan no solo a la tesorería sino también a la reputación de la mercantil) como alcanzar niveles de reconocimiento que sitúen a la empresa como “*responsable social*” y acaban repercutiendo en mayores ingresos.

Siendo ese el efecto del *Compliance*, lo cierto es que la adopción de estructuras organizativas y de control interno dirigidas a tratar de prevenir la comisión de ilícitos (sean estos de naturaleza penal o no), repercute en una mejor manera de hacer las cosas que, poco a poco, va calando en el establecimiento de una cultura distinta, más proclive al cumplimiento normativo, la legalidad y la transparencia, que al “*escaqueo*”¹⁶ y la corrupción.

De manera que, no cabe más que afirmar que el *Compliance* es bueno para todos aunque solo sea el precio que se pague por tratar de evitar la declaración de responsabilidad penal de la empresa, cometido un delito en su nombre e interés.

Dentro de esta realidad, cualquier esquema de cumplimiento normativo cuenta con una estructuración interna de las responsabilidades en la organización, liderada por un órgano específicamente encargado del control del cumplimiento, tanto en su contenido

particular, ya ha entrado en vigor en junio de 2017. Se imponen multas de hasta doscientos mil (200.000€) a las personas físicas encargadas de implementarlos (administradores) y de un millón de € para las compañías.

¹⁵ La economía moral es una noción utilizada por las ciencias sociales, acuñada originalmente por el historiador E.P. Thompson (como “economía moral de la multitud”, 1979) para explicar el comportamiento popular en los motines de subsistencias del siglo XVIII. Su uso se ha generalizado para explicar los comportamientos económicos que se definen a partir de valores morales o normas culturales, en general distintos a los que presupone la ciencia económica.

¹⁶ Aunque para ello, para la real consecución de este objetivo en nuestro país, deberá comenzarse por cambiar la cultura en la empresa y pasarse del tradicional pacto de silencio al fomento de la cultura de la delación para la transparencia. Sobre ello, *cfr.* BLUMENBERG, A./ GARCÍA MORENO, B.: “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance...*, *op. cit.*, pp. 273-301.

estructural (las responsabilidades de cada uno) como en su contenido material (el funcionamiento del sistema preventivo)¹⁷.

En sede penal, este es el Organismo de vigilancia y control (OVC)¹⁸ o el denominado “*Compliance officer*”¹⁹, órgano independiente y autónomo que el Código Penal invita a constituir a las empresas que pretendan de algún modo garantizarse la exoneración de responsabilidad penal llegado el escenario de comisión de un delito en su seno.

Este “*órgano de cumplimiento*”, “*órgano de prevención de riesgos penales*” o, simplemente, “*órgano de control*”, con la respectiva carga funcional propia y diversa que corresponde a cada denominación, se constituye como una de las principales novedades en los organigramas empresariales de nuestro país, principalmente los de aquellas empresas más grandes, destilando una marcada influencia norteamericana²⁰.

Son infinitas las dudas que se plantean en relación con cuál debe ser la composición y cometido concreto de este órgano para lograr el fin para el que ha sido constituido: la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica. La experiencia italiana comparada de la que tomó fiel ejemplo nuestro legislador a la hora de introducir la responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestro país, ha declarado ya en diversas

¹⁷ Es, en definitiva, un sistema de gestión de riesgos. En este sentido, Norma UNE ISO 19601 Sistema de Gestión de *Compliance* penal, publicada en fecha 18 de mayo de 2017, la cual incorpora buenas prácticas reguladas en la Norma UNE –ISO 19600 Sistemas de Gestión de *Compliance*, así como las reguladas en la reciente Norma UNE – ISO 37001 Sistemas de Gestión Antisoborno, junto con las directrices también establecidas en la Norma UNE – ISO 31000 Gestión del Riesgo.

¹⁸ En la denominación propia del ordenamiento jurídico italiano “*Organismo di vigilanza*”, estatuido en el D. Leg. 231/2001, del que deriva nuestra regulación.

¹⁹ En la denominación importada del mundo anglosajón y adoptada principalmente por los sectores regulados (véase, las sociedades cotizadas o las empresas de servicios de inversión).

²⁰ Por ello, en enero del año 2014, The Wall Street Journal le confirió el título de “*the hottest job in America*”, por el gran número de ocupaciones laborales creadas. En el mismo sentido, el Diario Expansión se refiere al “empleo de moda entre abogados” en su edición digital de fecha 19 de diciembre de 2016. Tal y como se cita en este Diario, la Guía del Mercado Laboral elaborada por Hays menciona al *Compliance officer* como perfil jurídico más buscado en el 2016.

ocasiones la ineficacia de programas de prevención de delitos por considerar incorrectamente constituido este órgano²¹.

Pero, a mayor abundamiento, la asunción de específicas funciones de control, prevención o cumplimiento (dependiendo del perfil de *Compliance officer* por el que se opte en cada organización) abre un nuevo capítulo para el debate en la actualidad: el de su posible responsabilidad penal a título individual²², objeto del presente trabajo.

Recientemente ha tenido lugar imputaciones judiciales de cierto impacto mediático²³, aún y no propiamente de *Compliance officers* sí de órganos cercanos a su negociado tales como diversos miembros de Departamentos de cumplimiento normativo de distintas entidades bancarias, junto a miembros de los Servicios de prevención del blanqueo de capitales. Esto ha avivado el debate sobre la posible responsabilidad penal del *Compliance officer*, responsabilidad que ya ha sido declarada en otros ordenamientos jurídicos cercanos, como el alemán, mediante Sentencia del Tribunal

²¹ Y, en consecuencia, los Tribunales han condenado a personas jurídicas considerando que no se había constituido con corrección el Órgano de vigilancia y control y, en consecuencia, el modelo de prevención de delitos no era eficaz en su conjunto. A título ilustrativo, la Sentencia del Juez de Instrucción del Tribunal de Roma, de 4 de abril de 2003, entrando a discutir sobre el requisito de la independencia; el Tribunal de Apelación de Turín, en su sentencia de 22 de mayo de 2013, reflexionando sobre la autonomía de dicho órgano; Tribunal de Milán, resolución de 20 de septiembre de 2004 o Tribunal de Nápoles, resolución de 26 de junio de 2007.

²² Algo se ha escrito sobre este tema. ROBLES PLANAS, R.: “El responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) ante el Derecho Penal” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013, pp. 319-330. También DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance Officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 337-362. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 301-337.

²³ Auto del Juzgado Central de Instrucción 5 de Madrid de fecha 3 de mayo de 2017 en el marco de las Diligencias Previas 63/13, en relación a las conductas indiciariamente constitutivas de un delito de blanqueo de capitales cometido en el seno del HSBC, BNP PARIBAS y BANCO SANTANDER, así como la reciente petición de cargos a un antiguo *Compliance officer* inglés del Banco UBS por insider trading (abuso de información privilegiada), a raíz de la investigación llevada a cabo por la Autoridad Financiera Británica Financial Conduct Authority (FCA). Puede consultarse la noticia en www.ft.com.

Federal Alemán de 25 de julio de 2009 condenando a un *Compliance officer* (o, de nuevo, un cargo con funciones análogas) como cómplice de un delito de estafa al no haber evitado la comisión de dicho delito en nombre e interés de la persona jurídica. Así las cosas, algunos han querido ver en el *Compliance officer* la perfecta oportunidad para que los órganos de administración de las empresas traten de centralizar el riesgo de imputación penal (“*risk shifting*”), posibilidad contra la que la Fiscalía General del Estado ha advertido desde buen inicio, en su Circular 1/16, sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, señalando que los deberes del administrador son personales e intransferibles.

Llegados a este punto, se impone un análisis jurídico sobre la posible responsabilidad penal del *Compliance officer* (principalmente en delitos que admitan la comisión por omisión), como consecuencia del incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de las funciones que le hayan sido atribuidas (sea a título de dolo o a título de imprudencia) y la relevancia de ello en la comisión de un ilícito penal perpetrado por un tercero, análisis que, más que nunca, solo podrá verificarse partiendo de las funciones concretas y realmente asumidas en cada caso por este órgano de nuevo cuño. Es necesario advertir aquí que, al no existir a día de hoy una pauta legal común, cada realidad empresarial es distinta y cada personificación jurídica puede estructurar las funciones preventivas y de control de forma bien diversa.

2. Objetivos y metodología.

Este trabajo pretende efectuar un recorrido por la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica desde que ésta fuera introducida en nuestro Código Penal por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio, a la actualidad (con los recientes pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo), pasando por la importante reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo.

Un recorrido que se inicia con una exposición de los dos modos bajo los que pudo ser ésta introducida en nuestro ordenamiento jurídico penal (un modelo de responsabilidad de tipo vicarial o un modelo de responsabilidad por el hecho propio), aunque su

naturaleza penal ya fue en sí misma una opción²⁴, habiendo podido residenciarse la naturaleza de tal responsabilidad en una de tipo administrativo, aún y derivada de delito (como sucede en nuestro país vecino Italia, de donde se ha tomado cumplido ejemplo)²⁵.

De esta forma, se analizan en el primer apartado, los presupuestos dogmáticos de atribución de responsabilidad a la persona jurídica, en cuanto a los dos grandes modelos de atribución de responsabilidad ya citados. Por un lado, el modelo de responsabilidad vicarial, el cual se configura como una mera transferencia de la responsabilidad de las personas físicas autoras del delito a la persona jurídica a la que representan, o bien, debido a un incumplimiento de sus deberes de vigilancia sobre los subordinados, siempre que el delito sea objetivamente beneficioso de algún modo para la entidad.

Por otro, el modelo de responsabilidad por el hecho propio, el cual, no pivota en un hecho de conexión que concadena la transferencia de responsabilidad a la persona

²⁴ Y ello por cuanto la naturaleza penal de la responsabilidad de la persona jurídica no era propiamente una exigencia derivada de los instrumentos jurídicos internacionales o europeos como dice el Preámbulo de la Ley 5/2010, de 22 de junio, que reforma el Código Penal. Ya la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa número R (88) 18, de 20 de octubre, sobre la responsabilidad de la empresa y la Recomendación 81 (12) sobre criminalidad económica, proponían una responsabilidad cumulativa de la persona física junto con una responsabilidad de la persona jurídica para el caso de infracción del deber de control por la dirección, instando a los países miembros a extender también al ámbito de las empresas la responsabilidad penal, teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción, la gravedad de la responsabilidad y de la consecuencia colectiva junto con la necesidad de prevenir nuevos delitos. No obstante, conviene señalar que dicha regulación podía también tener la naturaleza de administrativa mientras que se previera la “imposición de sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias”, que incluirán “multas de carácter penal o administrativo” y podrían incluir otras sanciones, como la inhabilitación para el ejercicio de actividades comerciales para la persona jurídica verificada la comisión de un delito en la entidad.

²⁵ En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo (231/2001, de 8 de junio) que introduce tal responsabilidad como *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica* se hace constar que “esta responsabilidad si bien deriva de un delito y se vincula a las garantías del proceso penal, diverge en no pocos puntos del paradigma del ilícito administrativo, con la consecuencia de dar lugar al nacimiento de un *tertium gens* que conjuga los trazos esenciales del sistema penal y los del administrativo, con la intención de aglutinar las razones de la eficacia preventiva con aquellas otras, incluso más ineludibles, de la máxima garantía”. Comparten esta misma naturaleza tanto el Tribunal de Casación en su Sentencia de 18 de febrero de 2010 como un amplio sector de la doctrina italiana. Entre ellos, aunque de modo no exhaustivo, *cfr.* VINCIGUERRA, S.: *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse [D. Lgs n. 231/2001]*, Editorial Cedam, Padova, 2004; o DE MAGLIE, C.: “In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche”, *Legislazione penale*, 2003, pp. 351 y ss. También, *vid.* PIERGALLINI, C.: “Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale”. *Diritto Penal e Processo*. Milán: Ipsoa, 2001, pp. 1353 y ss.

jurídica, sino en la infracción de un hecho propio del sujeto empresa que legitima la respuesta penal; en este caso, un déficit de organización y control que se manifiesta en la comisión de un delito que pudiera haber sido prevenido.

Culmina el primer apartado el análisis del Modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica escogido por nuestro legislador en el año 2010, en el año 2015 con la reforma del Código Penal y en los primeros pronunciamientos judiciales que se han sucedido en relación con la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Asimismo, se deja claro desde un inicio que la recomendación que realizaron los expertos de la OCDE²⁶ relativa a la aclaración del concepto “*debido control*” contenido en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal en la regulación del 2010, aclaración que ha tenido su plasmación en la expresión “*incumplimiento grave de los deberes de vigilancia, supervisión y control*” que integra idéntico artículo en su redacción operada por Ley orgánica 1/15, de 30 de marzo, debe dotarse de un contenido estructural. Ello implica reconducirla al establecimiento de programas de prevención de delitos como forma de dar cumplimiento a esos deberes de vigilancia, control y supervisión, en organizaciones de un determinado tamaño (no así en las pequeñas empresas).

De manera que, en el segundo Capítulo, se entra en el análisis de los presupuestos legales de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica contenidos en el artículo 31 bis del Código Penal vigente, entre ellos, las dos vías de transferencia de responsabilidad penal a la persona jurídica: por actos de los denominados “*apicalí*”, aquellos sujetos situados en la cúspide de la organización societaria, o por actos de los subordinados a ellos, la noción de interés o ventaja para la persona jurídica y la

²⁶ En concreto, las recomendaciones hechas por la OCDE en el Informe adoptado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012 correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 (también conocido como “Convenio Anti-cohecho”), que ha sido ratificado hasta la fecha por 41 Estados, los 34 miembros de la OCDE, más Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Letonia, Rusia y Sudáfrica.

actuación por cuenta o en nombre de la misma²⁷. Aun cuando no se trata esta de una cuestión estrictamente prejudicial al objeto de esta tesis, el fundamento que se asuma sobre la responsabilidad penal corporativa determina indudablemente la naturaleza jurídica de los “modelos de prevención y control” al que se refiere el artículo 31 bis del Código Penal, e indirectamente, como veremos, el rol que opera en tal contexto el órgano de vigilancia (*Compliance officer*).

Continúa el Capítulo II con el análisis de la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica que recoge el Código Penal en el apartado 2 del artículo 31 bis; análisis que entra en el desmenuce de los programas de prevención de delitos como “*modelos de organización y gestión que incluyen medidas idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza que el que se cometió*” en cuanto a contenido tipo, siguiendo los estándares internacionales de gestión de riesgos y control interno que establece COSO, UNE o ISO, y tan profusa como inadecuadamente regulado en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal, tal y como ya advirtiera el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica que dio pie a la reforma del 2015.

Además del análisis del contenido que debe integrar un programa de prevención de delitos “idóneo y eficaz”, se efectúa un recorrido por el resto de condiciones que deben sucederse para lograr la exoneración de responsabilidad penal para la persona jurídica, para determinar, asimismo, si las empresas de reducida dimensión²⁸ deben dar cumplimiento

²⁷ Dicha división resulta una constante en las regulaciones europeas de nuestro entorno desde que se armonizara la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Segundo Protocolo al Convenio de Protección de los Intereses Financieros, aunque no derive de obligación alguna emanada de legislación europea. No obstante, sobre las Decisiones Marco y la mayoría de las legislaciones europeas que las han traspuesto, la división obedece al establecimiento de dos regímenes sancionatorios diversos, lo que, sin embargo no ocurre en nuestro país. El Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica que reformaba el Código Penal en el año 2010, aconsejó expresamente diferenciar las penas en uno y otro caso: “La trasposición fiel de las Decisiones Marco, la técnica y el fundamento político-criminal del sistema dualista aconsejan diferenciar la gravedad de las penas para las personas jurídicas en cada uno de estos supuestos.”

²⁸ Considerando “empresa de reducida dimensión” aquella con una organización interna sencilla y escaso números de empleados, y no exclusivamente conforme a criterios contables como el que acoge el Código Penal de *lege lata*.

respeto a las mismas condiciones que las de tamaño mayor para lograr idéntica finalidad.

A continuación, se entra en el análisis de la categorización dogmática de dichos modelos de prevención de delitos, tal y como han sido configurados en nuestra regulación penal, y la interpretación que ya se ha realizado por el Tribunal Supremo, la doctrina y la FGE. Categorización dogmática que, sin duda, arrastra una relevante consecuencia práctica pues, en dependencia de la conclusión, el *onus probandi* recaerá sobre las partes acusadoras o la defensa de la persona jurídica en un procedimiento penal.

Se llega finalmente al apartado que da título al presente trabajo y que parte del análisis previo de las responsabilidades del Órgano de administración en el terreno de la prevención de delitos, como manifestación del control de riesgos empresariales, y su posición de garante en cuanto a la evitación de sucesos delictivos que puedan producirse en beneficio (directo o indirecto) de la empresa. Ámbito, el de la posición de garante, que enlaza con la posible comisión por omisión de delitos de resultado, eje central del análisis de la eventual responsabilidad penal del *Compliance officer* en la que finalmente se adentra el Capítulo IV.

En dicho Capítulo se mencionan algunos de los posibles delitos que puede cometer el *Compliance officer* por acción en el marco empresarial y se analiza bajo qué presupuestos puede ser declarado responsable penal en comisión por omisión debido a la infracción de deberes jurídicos asumidos contractualmente. Se exponen también qué condiciones ulteriores a la mera infracción del deber han de operar para que pueda ser declarado responsable penal por omisión (principalmente, la imputación objetiva del resultado a la omisión creada), para acabar deslindando grado de intervención a título de autoría o participación.

Cierra el Capítulo IV un análisis de la posible relevancia penal de los distintos tipos de incumplimientos de funciones de un *Compliance officer*.

Previamente a ello, se efectúa una exposición detallada de la composición y requisitos que debe cumplimentar este órgano de nuevo cuño, en nuestra opinión, partiendo de la

experiencia jurisprudencial ya recorrida en el país en el que nos fuimos a mirar para regular la responsabilidad de la persona jurídica (Italia), así como del posible elenco de funciones que, por la vía de la autonomía de la voluntad pueden ser asumidas por el *Compliance officer*, para acabar realizando un análisis metódico acerca de si las funciones de supervisión, vigilancia y control mínimas para lograr la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica perseguida con su designación, son o no una delegación de funciones propias del Órgano de administración y, en caso positivo, si son facultades delegables según la normativa mercantil de aplicación y cómo se transforman, en consecuencia, las posiciones de garante que entran en juego: la del Órgano de administración y la del *Compliance officer*.

CAPÍTULO I. PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA

La incorporación en nuestro Código Punitivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas trata, una vez más, de resolver la tensión entre criterios político-criminales de oportunidad y argumentos técnico-dogmáticos de base²⁹.

Una vez tomada la decisión de que la regulación de tal responsabilidad iba a tener su cabida en el Derecho Penal español³⁰, dogmáticamente, dos son las opciones con las que grosso modo contaba el legislador para introducir la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal español: un modelo de responsabilidad por atribución o responsabilidad derivada (modelos de hetero-responsabilidad o responsabilidad vicarial) y un modelo de responsabilidad propia u originaria (modelos de autorresponsabilidad).

Dos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas, dos maneras de legitimar materialmente la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas, que dependen de que la atribución de responsabilidad se realice como transferencia de la

²⁹ Ya en 1978 Bacigalupo Zapater (*loc. cit.* en Bacigalupo, S.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Editorial Bosch, Barcelona, 1998) denunció la oposición existente entre el Derecho penal y la Política Criminal a causa de la diferente concepción del delito: el Derecho Penal expresa una visión ética del delito, en cuanto pretende satisfacer el fundamento retributivo de la pena, mientras que la Política Criminal se expresa como ciencia social. En este sentido, Bacigalupo Zapater ya vaticinaba que las ciencias jurídicas quedarían estancadas en sus concepciones dentro del aparato conceptual de la dogmática de las teorías absolutas, mientras que las ciencias sociales avanzarían en un proceso de progresiva racionalización.

³⁰ Aunque ello no era propiamente una exigencia derivada de los instrumentos jurídicos internacionales o europeos como dice el Preámbulo de la Ley 5/2010, de 22 de junio, que reforma el Código Penal. Ya la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa número R (88) 18, de 20 de octubre, sobre la responsabilidad de la empresa y la Recomendación 81 (12) sobre criminalidad económica, proponían una responsabilidad cumulativa de la persona física junto con una responsabilidad de la persona jurídica para el caso de infracción del deber de control por la dirección, instando a los países miembros a extender también al ámbito de las empresas la responsabilidad penal, teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción, la gravedad de la responsabilidad y de la consecuencia colectiva junto con la necesidad de prevenir nuevos delitos. No obstante, conviene señalar que dicha regulación podía también tener la naturaleza de administrativa mientras que se previera la “imposición de sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias”, que incluirán “multas de carácter penal o administrativo” y podrían incluir otras sanciones, como la inhabilitación para el ejercicio de actividades comerciales para la persona jurídica verificada la comisión de un delito en la entidad.

responsabilidad original de la persona física que comete el hecho (responsabilidad vicarial), o bien, que la atribución se realice como consecuencia de un hecho propio de la persona jurídica.

Ello hubiera podido ocurrir asimismo de haberse optado por introducir dicha regulación en una Ley Penal Especial, como ocurre con la Ley Penal del Menor o la Ley de Represión del Contrabando³¹, las cuales, si bien se remiten al Código Penal para la tipificación de los delitos, asientan los fundamentos de su responsabilidad penal en la referida Ley Penal especial.

Se analizarán en el presente apartado las características propias, legitimación y fundamentos de cada uno de los modelos, para posteriormente entrar en la determinación del modelo por el que optó el legislador español tanto para la reforma de 2010 operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, como para la reforma de 2015, operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Se recorrerán también los primeros pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo que se han sucedido en la materia.

1. El modelo de responsabilidad por atribución o responsabilidad derivada.

Este primer gran modelo de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica se basa en un sistema de doble responsabilidad en el que la transferencia de responsabilidad penal puede venir determinada por dos vías:

³¹ Así puede consultarse la Ley Orgánica 12/95, de 12 de diciembre de represión del contrabando o la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la cual si bien tiene naturaleza sancionadora y se remite a los delitos tipificados en el Código Penal, es objeto de un regulación autónoma y separada por cuanto los fundamentos y finalidades de las responsabilidades penales que se pretenden para menores y para adultos son dispares. Así puede leerse en la Exposición de Motivos de la referida Ley: *“La presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales. Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares.”*

- La actuación directa de los representantes legales, administradores de hecho o derecho o empleados con facultades de obligar a la persona jurídica (*brain area*) siempre que actúen en nombre o por cuenta de ésta y en su provecho o beneficio.
- La actuación descontrolada de los subordinados que se produce cuando esos máximos dirigentes referidos en el apartado a) anterior no ejercieron los controles a los que estaban obligados para evitar que aquello sucediera.

Asimismo, dentro de este modelo de responsabilidad por atribución, o responsabilidad indirecta, se pueden diferenciar tres sub-modelos:

- El modelo clásico, en el cuál la persona jurídica actúa a través de sus órganos, representantes o titulares;
- El modelo pragmático, en el cuál la persona jurídica se compromete por la actuación de todo aquél que lo haga en su beneficio; y
- El modelo mixto, según el que toda persona que tenga un poder de decisión de hecho o derecho compromete a la persona jurídica.

En definitiva, lo que tienen en común los tres sub-modelos es la transferencia o imputación a la persona jurídica de la responsabilidad de la persona física que actúa como órgano y una responsabilidad cumulativa, la responsabilidad de la persona física que actúa en representación de la persona jurídica y la responsabilidad de la persona jurídica como “representada”.

A. Precedentes.

Este modelo de atribución encuentra su precedente en la doctrina del *respondeat superior*, según la cual el principal responde por los actos que realice su agente en el ámbito de las funciones que, en su representación, le han sido atribuidas, principalmente en base a dos fundamentos: (i) el beneficio que obtiene el principal por la actuación de su agente; y (ii) la vigilancia que debe ejercer sobre él.

Un modelo puramente vicarial de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica es el norteamericano, autodenominándose así en las *US Federal Sentencing Guidelines* (en adelante, “USSG”)³².

Contrariamente a lo que sucede en los sistemas penales de nuestro entorno, el Tribunal Supremo estadounidense no se ha pronunciado sobre los límites constitucionales de la responsabilidad vicarial en el ámbito penal, si bien la aplicación de la responsabilidad vicarial está ampliamente extendida a nivel federal³³, como una consecuencia práctica y necesaria para evitar que las corporaciones o los principales se beneficien de actos cometidos por sus empleados o agentes.

En nuestro ordenamiento jurídico existen dos grandes precedentes de responsabilidad por el hecho de otro: la responsabilidad civil o patrimonial por hecho ajeno y la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica con respecto a la de la persona física establecida en el hoy derogado artículo 31.2 del Código Penal.

1. La responsabilidad civil o patrimonial por hecho ajeno³⁴.

Asimismo, dentro de los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno encontramos tres sub-supuestos:

- La responsabilidad de las Administraciones Públicas por hechos lesivos cometidos por sus funcionarios y empleados, regulada en la

³² En donde se hace expresa referencia a “*vicarious liability*”. Así puede leerse en los comentarios que realiza el propio Ministerio de Justicia estadounidense y que se encuentran a título introductorio en el Capítulo 8 de las USSG dedicado a las “*Sentencing of organisations*” (puede consultarse en www.ussc.gov/guidelines). Estas USSG son una especie de reglas para la determinación de las penas para empresas, en las que literalmente se habla de que “*las organizaciones pueden actuar a través de agentes y, bajo el derecho federal, generalmente serán responsables vicariales de los delitos cometidos por sus agentes.*”

³³ Desde la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal en el caso *New York Central R. Co. v. United States*, 212, US 481 (1909).

³⁴ ALASTUEY DOBÓN, C.: “La responsabilidad civil y las costas procesales” en GRACIA MARTÍN, L./ BOLDOVA PASAMAR, M.A./ ALASTUEY DOBÓN, C.: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 589-651.

legislación administrativa³⁵. Se trata de una responsabilidad cuasi-objetiva, directa y exclusiva, pues el particular no puede dirigirse al funcionario y la Administración sólo la puede repetir contra el funcionario cuando éste haya actuado con dolo, culpa o negligencia grave. Con carácter añadido, el artículo 121 del Código Penal establece la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de delitos cometidos por los funcionarios o empleados siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados³⁶.

- La responsabilidad civil del principal regulada en el artículo 1903 del Código Civil, según la cual el padre, tutor o empresario responde por los daños causados por el agente de él dependiente³⁷. Según ésta, se presume una culpa del principal a no ser que se demuestre por éste que empleó toda la diligencia debida para prevenir el daño. Sin

³⁵ Artículos 145 y 146 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³⁶ Artículo 121 del Código Penal: “El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.”

³⁷ Artículo 1903 Código Civil: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Los son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en el mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”

embargo, la jurisprudencia aplica el artículo 1903 del Código Civil de manera prácticamente objetiva. Sólo para el caso de responsabilidad del empresario respecto a su dependiente se prevé, en el artículo 1904 del Código Civil, el derecho de repetición, si bien es cierto que en la práctica no es habitual que los empresarios demanden por vía de regreso a sus empleados.

- La responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito regulada en el Código Penal, en el artículo 120. Se trata de una responsabilidad civil por delitos cometidos por otro, respecto a la que, en determinados supuestos del citado artículo (120.1 y 120.3)³⁸ se exige expresamente aquiescencia de culpa o negligencia por parte de la persona que habrá de responder con cuyo patrimonio y, en cambio en otros (120.2 y 120.4)³⁹, el empresario parece responder objetivamente por los hechos delictivos cometidos por sus empleados, instaurando siquiera más expresamente si cabe que en el artículo 1903 del Código Civil un sistema de responsabilidad objetiva del empresario absolutamente

³⁸ La exigencia de culpa o negligencia puede encontrarse en el artículo 120.1 del Código Penal que regula la responsabilidad civil subsidiaria del padre o tutor por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía y también en el apartado 3 del citado artículo 120 cuando establece que: *“son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los administren o dirijan, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción.”*

³⁹ El tan aplicado en los procedimientos penales de nuestro país, artículo 120.4 del Código Penal: *“Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier tipo de genero de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.”* También el artículo 120.2 del mismo cuerpo legal parece no exigir expresamente la concurrencia de culpa o negligencia: *“serán responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablado o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares”* o 120.5 del mismo cuerpo legal que establece la responsabilidad civil subsidiaria para las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para tercero, por la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

prohibido en nuestro país al amparo del principio de culpabilidad declarado por nuestro Tribunal Constitucional⁴⁰.

La responsabilidad subsidiaria del empresario por los hechos cometidos por sus dependientes está muy bien definida por SALVADOR CODERCH/ GÓMEZ LIGÜERRE⁴¹ al señalar que *“la responsabilidad vicaria se convierte entonces en un coste más de la actividad empresarial, en una prima que paga el empresario a favor de las víctimas potenciales de daños causados por la actividad propia del giro de la empresa. Un seguro obligatorio que la ley otorga a las víctimas de daños causados por organizaciones”*⁴².

Es decir, los argumentos que legitiman la responsabilidad civil por hecho ajeno en los casos de dependencia profesional (y que, veremos también más adelante, como fundamentos materiales de la posición de garante del empresario) suelen ser:

- El empresario debe responder del daño causado a la víctima dado que el empresario se beneficia del trabajo desarrollado por su empleado.
- El empresario está en mejor posición económica para contratar un seguro de responsabilidad civil que el empleado.
- El daño patrimonial por lo general afectará en menor medida al empresario que al empleado, teniendo el primero de ellos además la posibilidad de distribuirlo como parte del precio del producto.

⁴⁰ Entre muchos otros, Auto 361/91, de 10 de diciembre, del Tribunal Constitucional, Sala Primera, que defiende la aplicación del principio de culpabilidad y la interdicción de la responsabilidad objetiva también en el ámbito tributario. Puede leerse: “Ciertamente, en nuestro ordenamiento punitivo fiscal, constitutivo de una de las manifestaciones del «ius puniendi» del Estado, rige el principio de culpabilidad, que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente”.

⁴¹ SALVADOR CODERCH, P./ GÓMEZ LIGÜERRE, C.I.: “Respondeat Superior II: de la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 3/2002, p. 20.

⁴² Haftung ohne Schuld (Responsabilidad objetiva por el riesgo).

- Los riesgos de la actividad deben formar parte de los costes de las empresas y, en particular, su prevención.

2. El derogado artículo 31.2 del Código Penal.

El hoy derogado artículo 31.2 del Código Penal⁴³, de naturaleza difusa entre aquélla auténtica responsabilidad penal que manifestó estar estableciendo el propio legislador⁴⁴, o esa responsabilidad patrimonial de naturaleza indeterminada, más propia de la definición instaurada doctrinalmente⁴⁵ de aseguramiento de una deuda (pena de multa) de carácter público, merece una mención en este apartado como precedente de este modelo de responsabilidad por atribución o transferencia, por cuanto con este artículo se establecía una suerte de transferencia de responsabilidad solidaria a la persona jurídica en el pago de la pena de multa impuesta a la persona física autora del delito⁴⁶, existiera o no fundamento de imputación propio.

⁴³ Artículo 31.2 del Código Penal: “En estos supuestos (en referencia a los supuestos del artículo 31.1, los delitos especiales cometidos por un sujeto en el que no concurren las condiciones requeridas por el tipo), si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”. Puede leerse sobre las interpretaciones que, de este artículo, han llevado a cabo doctrina y jurisprudencia en MORALES PRATS, F.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, artículo 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 del Código Penal” en QUINTERO OLIVARES, G.: *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 45-71.

⁴⁴ Así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, decía: “*en ella se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecer que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable de manera directa y solidaria.*”

⁴⁵ *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M./ ORTIZ DE URBINA, I.: “El artículo 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2006, pp. 1-46.

⁴⁶ Tal y como tenía manifestado la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado, solo para aquellos delitos especiales en los que un *extraneus* podía ser considerado sujeto activo de un delito pese a que las condiciones exigidas de autoría por el tipo objetivo del delito especial solo recayeran sobre la persona jurídica (supuestos que se describían en el artículo 31.1 –ahora artículo 31- del Código Penal).

Como hemos visto, el polémico artículo 31.2, tuvo la pretensión de abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴⁷, objetivo que casualmente solo se consiguió con su derogación y la promulgación en su lugar del artículo 31 bis actual del Código Penal.

B. Presupuestos.

Este modelo de atribución o transferencia de responsabilidad penal a la persona jurídica bebe de la necesidad histórica⁴⁸ y los planteamientos dogmáticos más tradicionales basados en que solo la persona física puede responder a título penal.

En la mayoría de los textos legales comunitarios⁴⁹ en los que se encuentra reflejado este modelo de atribución de responsabilidad penal, se establecen los siguientes requisitos:

- la persona física que actúa como órgano debe ostentar un título de representación mínimo en la persona jurídica⁵⁰; y

⁴⁷ En este sentido, se pronunció incluso el Informe del Consejo General del Poder Judicial emitido para la reforma legislativa operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPI/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-reforma-de-la-Ley-Organica-10-1995-de-23-de-noviembre-del-Codigo-Penal>), el cual literalmente manifestaba: *“más parece privarse a la pena de multa de su carácter personal en cuanto a la persona que debe realizar el pago, que establecer propiamente la responsabilidad de la persona jurídica. Por ello, en realidad, en el Anteproyecto no se establece la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues en ese caso la sanción debe serle impuesta de forma directa, sino sólo la consecuencia de que los bienes de la persona jurídica quedan afectos al pago de la multa.”* (el subrayado es nuestro).

⁴⁸ El Derecho Penal se ha definido en clave individualista desde el nacimiento del Derecho penal liberal en la Revolución Francesa. Ya en la época de KANT y HEGEL la responsabilidad penal se construyó con premisas individualistas. A partir de ahí, se fue diseñando un sistema dogmático que ha tenido siempre como eje central la responsabilidad personal, basada en la voluntad y conciencia de su autor, conceptos eminentemente personales.

⁴⁹ El caso de los países anglosajones es distinto. Así pues, en Estados Unidos no existe una norma federal que fije los criterios de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, sino que estos criterios se han ido forjando jurisprudencialmente, a la par que se aplicaba el derecho penal sustantivo. Sí se puede encontrar algún criterio de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Model Penal Code (texto no vinculante elaborado por el American Law Institute en el año 1962 que sirve de referencia para la elaboración de las normas penales por los diferentes Estados), limitando la responsabilidad vicarial absoluta, por ejemplo, en el caso de las infracciones penales menores (denominadas *violations*), pudiendo exonerarse de responsabilidad a la persona jurídica si se acredita que el superior del empleado infractor ejerció la diligencia debida.

- el hecho de la persona física debe haberse cometido en beneficio o provecho de la persona jurídica, con el fin de evitar que las personas jurídicas respondan por hechos cometidos en contra de sus intereses o por hechos cometidos en beneficio exclusivo de un integrante de la empresa.

La exigencia de estos requisitos intenta reducir el ámbito de lo que sería una responsabilidad objetiva de la persona jurídica por los hechos de cualquier empleado y en cualquier supuesto, sin embargo no acaba de encontrarse el deber autónomo que infringe la persona jurídica para ser responsable penalmente por hechos cometidos por otro, esto es, cuál es el hecho propio de ésta (y, en el que como veremos más adelante, encuentra su base el modelo de responsabilidad propia u originaria).

Y es que en sede penal (con mayor exigencia de la que podría predicarse para la vía civil) y en este país⁵¹, constitucionalmente no tienen cabida modelos objetivados de responsabilidad y, menos aún, por hechos de otro.

El principio de responsabilidad personal o personalidad de las penas lo ubica el Tribunal Constitucional⁵² en ocasiones dentro del principio de legalidad⁵³ y en

⁵⁰ Requisito que ya podía apreciarse en cierta manera en el derogado artículo 31.2 de nuestro Código Penal, en el que solo se prevenía la transferencia de responsabilidad (solidaria y directa en el pago de la pena de multa) si el acto provenía del administrador de hecho o derecho o representante legal de la persona jurídica, esto es, de determinados sujetos activos (*extranei*) que ostentaran un cierto grado de representación admitido en la persona jurídica.

⁵¹ Contrariamente a lo que sucede, por ejemplo, en Estados Unidos, donde puede reconocerse abiertamente que el modelo norteamericano de responsabilidad vicaria constituye un sistema de responsabilidad sin culpa (*liability without fault*) como hemos visto en la referencia anterior al Capítulo 8 de las USFSG. En nuestro país la Constitución Española establece el principio de responsabilidad personal basado en el principio de legalidad penal establecido en el artículo 25.1 del referido cuerpo legal: “Artículo 25.1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

⁵² El Tribunal Constitucional ha declarado la aplicabilidad de este principio en el ámbito sancionatorio administrativo (entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional 146/1994, de 12 de mayo: “El artículo 7.2 de la Ley 20/1989 es inconstitucional en razón del contenido de su último inciso. La solidaridad no puede alcanzar a las sanciones fiscales, ya que supondría una evidente contradicción con el principio de personalidad de la pena; por lo tanto, lo dispuesto en este precepto contraría las exigencias del principio de personalidad de la responsabilidad que debe regir en este ámbito ex arts. 9.3 y 25.1 CE”).

otras en el principio de culpabilidad⁵⁴, establecido en el artículo 5 del Código Penal con el consabido: “*no hay pena sin dolo o imprudencia*”. Contrariamente, la Constitución italiana en su artículo 27 reconoce a dicho principio expresa autonomía conceptual.

Sin embargo, para respetar el principio de la responsabilidad penal personal, ¿era necesario individualizar responsabilidades en personas físicas? ¿No era suficiente con considerar que la responsabilidad de la propia persona jurídica era ya de por sí una responsabilidad penal personalizada (asumiendo la realidad fáctica de que el acto concreto base del delito lo realizará –como no puede ser de otro modo- una persona física)?

La responsabilidad por atribución, la cual supone una transferencia de la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica, se basa en la teoría de la identificación (también denominada “teoría de la representación” o “doctrina del *alter ego*”), según la cual el órgano de la persona jurídica (es decir, una persona

⁵³ Sentencia 125/2001, de 4 de junio: “*El principio de personalidad de las penas, que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, incluido en el art. 25.1 CE, implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos*” o 131/1987, de 20 de julio: “*Asimismo, la cuestión planteada se entronca con el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 de la Constitución, pues no cabe la adopción de pena o medida de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal. En el caso que nos ocupa, la extensión de la condena penal a la recurrente, que no fue parte en el proceso seguido contra la arrendataria y encargados del «Club Carabelas», ni fue condenada por delito alguno, viola el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales, que se contiene en el principio de legalidad, y supone desconocimiento del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C. E.*”

⁵⁴ Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre: “*En concreto, sobre la culpa, este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución Española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo -STC 150/1991 (RTC 1991\150)-. Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa -STC 76/1990 (RTC 1990\76)-. Incluso este Tribunal ha calificado de «correcto» el principio de la responsabilidad personal por hechos propios -principio de la personalidad de la pena o sanción-[STC 219/1988 (RTC 1988\219)].*”

física) se identifica con la persona jurídica. Es la representación por excelencia de la persona jurídica en su órgano, persona física⁵⁵.

De manera que, si el representante legal, administrador de hecho o derecho o empleado con facultades de obligar a la persona jurídica comete un delito doloso, la persona jurídica responderá por delito doloso y si es imprudente, debería responder por delito imprudente. En consecuencia, se imputará a la persona jurídica asimismo el lado subjetivo del hecho de la persona física.

La institución de la representación tiene una doble vertiente: (i) la representación voluntaria, que se fundamenta en la autonomía de la voluntad en la medida en que el representado se auto-obliga por propia voluntad a aceptar los negocios jurídicos del representante, y (ii) la representación legal, la cual rige en aquellos supuestos regulados por ley.

Se entiende⁵⁶ que cuando obra la persona física que representa a la empresa cometiendo un delito, lo está cometiendo la empresa misma.

Ello implica, sin embargo, la atribución de responsabilidad por hechos ajenos, sin necesidad de fundamentar reproche alguno frente a la persona jurídica, simplemente por el hecho de que la persona que comete el delito actúe en su nombre e interés.

Si ello fuera así, y por tanto no se exigieran requisitos propios de imputación, este modelo de imputación no tendría cabida -por inconstitucional- en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que rige el principio de culpabilidad,

⁵⁵ Defendiendo la teoría de la identificación, se pronuncia, por ejemplo, y a título ilustrativo, la Sentencia del Tribunal de Casación italiano, de 18 de febrero de 2010, Scarafia, manifestando: *“el hecho-delito (fatto-reato) cometido por el sujeto inserto en el conjunto de la sociedad, a la vista de la persecución del interés o ventaja de ésta, es seguramente calificable como “propio” también de la persona jurídica, y eso en virtud de la relación de identidad orgánica que liga al primero con la segunda; la persona física que opera en el ámbito de sus competencias societarias, en el interés del ente, actúa como órgano y no como sujeto distinto, ni tan siquiera la degeneración de esta actividad funcional en un ilícito penal es un obstáculo para la identidad.”*

⁵⁶ Cfr. ROBLES PLANAS, R.: “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2006, pp. 1-25.

personalidad de las penas y legalidad penal. Ya sea en el orden administrativo o en el orden penal.

Es un modelo de responsabilidad por atribución, un canal derivatorio, una transferencia de responsabilidad que, para ser legítima, nunca debería ser objetiva, sino que tendría que estar sujeta a condiciones o interpretaciones teleológicas basadas siempre en el más estricto respeto a la responsabilidad penal personal, que descansa en el dominio del hecho y la culpabilidad.

Así, algunos autores⁵⁷ intentando salvar el inconveniente de la responsabilidad penal automática u objetiva de la persona jurídica con el que parece cargar este modelo de responsabilidad, han propuesto que una de estas condiciones o presupuestos necesarios para que no se considere una responsabilidad objetiva podría ser la exigencia de que, en todo caso, para que pueda imputarse un delito cometido por un órgano de la persona jurídica a la persona jurídica en sí, esta persona física debe haber actuado por cuenta o en provecho de la misma, es decir, bajo una unidad incontestable e indudable de objetivos y propósitos con la persona jurídica.

Solo en este caso, la persona física estará cometiendo el delito en cuestión por cuenta de la persona jurídica y, en consecuencia, su imputación, su responsabilidad, podrá “compartirse” con la de la persona jurídica en provecho de la cuál actúa.

En estos casos, la responsabilidad de la persona jurídica queda condicionada a las acciones antijurídicas realizadas por determinadas personas físicas que la integran (la concreción de qué personas físicas dependerá de cada ordenamiento jurídico,

⁵⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho Penal*, 12/ 2004, pp. 115-142. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G.: “La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Claroscuros de una novedad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, número 4-2011, pp. 977-999, al defender que esa responsabilidad dependerá de que se pueda apreciar una identidad entre los intereses de las personas físicas y los de la persona jurídica. Esta responsabilidad no absorbe la de las personas físicas ni es, en palabras de Quintero Olivares, “una derivación automática y objetivada de esa responsabilidad de personas físicas concretas, sino condicionada por determinados presupuestos.”

pero, sea cual sea el filtro que elija, siempre se residenciará en este modelo por la transferencia de responsabilidad), generándose así un “*hecho de conexión*”.

Estas acciones antijurídicas pueden ser o una pura vulneración de obligaciones y deberes propios de la persona jurídica o, en definitiva, suponer un enriquecimiento injusto de la misma⁵⁸.

En consecuencia, habrá que evitar una interpretación objetivista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas puesto que no siempre que haya una actuación de un directivo de una empresa automáticamente tendrá que haber responsabilidad de la persona jurídica.

Lógicamente, en muchos casos, se podrá apreciar una identidad de objetivos y razones de actuar entre la persona física y la persona jurídica que se expresa a través de ella, por lo que deberá comprobarse y no automatizarse objetivamente.

En conclusión, el criterio para determinar cuando la actuación contra ley de una persona física deriva en una responsabilidad de la persona jurídica en el seno de la cuál actúa, será el que se pueda apreciar una identidad entre los intereses de la persona física y los de la persona jurídica, según los defensores de este modelo de atribución de responsabilidad.

Este es el modelo de responsabilidad que, aun no habiendo una pauta europea común, aparece en la mayoría de legislaciones europeas sobre la materia⁵⁹, además de en los países anglosajones. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no es una responsabilidad propia u originaria sino la consecuencia de la responsabilidad de las personas físicas, esto es, una responsabilidad derivada.

⁵⁸ Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, S.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

⁵⁹ Así, entre otros, es el modelo acogido por el ordenamiento jurídico austríaco cuando regula la responsabilidad penal de la persona jurídica (Bundesgesetz über Verantwortlichkeit von Verbänden für Sraftaten – Verbandsverantwortlichkeitsgesetz de 2006) o en el ordenamiento jurídico francés. Pueden encontrarse referencias a la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Derecho Comparado en: DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.)/ DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. (Coord.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p.129-157.

C. Legitimación material.

En el caso de los delitos cometidos por quiénes, estando sometidos a las personas físicas que tengan un poder de dirección, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos la vigilancia debida⁶⁰, la responsabilidad penal de las personas jurídicas podría legitimarse en la culpa *in vigilando* -trasladada desde el Derecho civil o el Derecho mercantil al Derecho Penal- de las primeras, materializada –en sede penal- en la infracción del deber de garante que han recibido por delegación del empresario, sobre sus subordinados y, en último término, en la culpa *in eligendo*.

El deber de vigilancia⁶¹ se fundamenta en la función y el derecho de mando de los directivos de las empresas: relación de trabajo fáctica y limitada en el espacio por el empresario en las relaciones de autoridad, las cuáles, encuentran su apoyo en el contrato de trabajo, el derecho de dirección jurídico-laboral y la confianza de la comunidad en el desempeño de sus funciones⁶².

En el ordenamiento mercantil, desde la reforma operada en la Ley de Sociedades de Capital por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, el deber de control del empresario encuentra también su fundamento en el artículo 225 al imponer *ex lege* la obligación de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de las sociedades.

El fin político-criminal de la responsabilidad del titular de la empresa puede interpretarse como un fin de prevención general de cara a los directores, gerentes y demás responsables de la empresa para que desarrollen su tarea profesional con

⁶⁰ “Debido control” en la Ley Orgánica 5/10, de 22 de diciembre, o “deber de supervisión, vigilancia y control” en la Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo.

⁶¹ Mucho se ha escrito sobre el deber de vigilancia empresarial y su relación con el *Compliance*. En particular, puede leerse a BOCK, D.: “*Compliance* y deberes de vigilancia en la empresa” y SILVA SÁNCHEZ, J.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial”, ambos en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 107-120 y pp. 79-104, respectivamente.

⁶² En este sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Cizur Menor, 2003, p. 161-188.

la máxima diligencia debida a fin de evitar que se produzcan delitos o contravenciones por sus propios subordinados.

Sin embargo, y, en relación con los delitos cometidos por las personas físicas que ostentan un poder de dirección en la empresa, la fundamentación dogmática o la imputación de tal responsabilidad a la persona jurídica, debería estar basada en determinadas infracciones de deberes propios de ésta última en relación con el hecho delictivo cometido por las personas físicas con representación.

Es en este punto donde no se encuentra en este modelo de atribución la derivación de responsabilidad basada en la infracción de los deberes propios que incumben a la persona jurídica en relación con su propia posición de garante con respecto a la comisión de delitos por las personas físicas con determinada representación legal en la empresa, en línea con la organización defectuosa que pueda atribuirse a la persona jurídica en el seno de la cual se delinque.

En definitiva, toda la legitimación material de la que puede dotarse a esta transferencia de responsabilidad (de directivos a persona jurídica) es la ya descrita teoría de la identificación o representación.

D. Problemas de este modelo de atribución.

En efecto, la búsqueda de ese fundamento o legitimación material de la derivación de la responsabilidad a la persona jurídica debería ser una de las prioridades de los ordenamientos jurídicos en los que rigen los principios de un Estado de Derecho en el que no se permite la responsabilidad objetiva, sea de una persona física o de una persona jurídica, ente normativo y social, ni responsabilidades penales por hechos de otro.

El modelo de atribución de responsabilidad por derivación encuentra su principal escollo en la determinación del hecho propio cometido por la persona jurídica (más allá de la propia identificación de objetivos e intereses entre persona física y jurídica) para que la imputación del hecho cometido por su representante o

administrador no suponga una derivación automática de responsabilidad⁶³. Esto es, como hemos visto, el encaje del modelo con principios estructurales básicos del Derecho Penal como el principio de personalidad de las penas o el principio de culpabilidad.

Otro de los problemas de este modelo de imputación, basado en la teoría de la identificación, es que no siempre la conducta que cometa la persona física (aun y en beneficio directo o indirecto de la empresa y en su nombre o por su cuenta) será un fiel reflejo de la conducta de la persona jurídica. Puede tratarse de un hecho fortuito o aislado, independiente de la verdadera voluntad o cultura empresarial de la persona jurídica⁶⁴ que tiene detrás.

Y menos aún en términos de responsabilidad subjetiva, por cuanto, no siempre que la persona física que cometa un delito a título de dolo, podrá reputarse que la persona jurídica “se siente identificada en lo objetivo y subjetivo” (en cuerpo y alma) con la persona física que realiza un acto en su nombre (y supuestamente, en su beneficio).

Más aún en el caso de la conducta de los subordinados por cuanto la estructura de transferencia pasa por imputar un posible delito doloso (el del subordinado) a la infracción del deber de vigilancia (predominantemente imprudente) de la persona física que se encuentra en una posición jerárquica superior para acabar transfiriéndolo a la persona jurídica de forma dolosa.

Es decir, este tipo de presunciones *iuris et de iure* de las que parte la teoría de la representación o de la identificación, se compadecen mal con principios

⁶³ A favor de la compatibilidad entre el principio de personalidad de las penas y el modelo de transferencia de responsabilidad GÓMEZ TOMILLO, M.: *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 153-167, defendiendo que también en el Derecho Penal de las personas físicas se atribuyen hechos de unos sujetos a otros, como es el caso de la co-autoría o la participación mediata.

⁶⁴ Puede encontrarse una definición de “cultura corporativa” en el Código Penal federal australiano: “cualquier aptitud, política, regla, pauta de conducta o práctica total o parcial existente en la corporación en la que la actividad empresarial relevante tiene lugar.”

fundamentales del Derecho Penal⁶⁵, cuando no presentan problemas de *non bis in idem*, completamente proscritos en nuestro ordenamiento jurídico-penal⁶⁶.

Otro problema de este modelo es la necesidad de individualizar a la persona física autora del delito, para que pueda nacer la transferencia de la responsabilidad hacia la persona jurídica, por cuanto, en las estructuras complejas en las que no pueda individualizarse la persona concreta que comete el delito (en ocasiones, denominadas estructuras “irresponsablemente organizadas”), siguiendo este modelo vicarial de responsabilidad, no cabría la transferencia de responsabilidad.

Se trata del denominado “problema de la infrainclusión”⁶⁷, el cual define el hecho de que una persona jurídica que no controla debidamente el correcto ejercicio de las funciones de sus empleados (de forma estructural, a través de eficaces programas de prevención de delitos), quedará impune cuando una persona física no pueda ser declarada responsable penal.

Asimismo, se ha destacado también el problema de la falta de estímulo positivo para la persona jurídica de este modelo de responsabilidad, en términos de prevención general, por cuanto, al no basarse en su propio hecho sino en la transferencia del hecho de otro, la persona jurídica no puede hacer nada para

⁶⁵ Tal y como destaca Ortiz de Urbina, La Ley 1049/2013, “no se prevé ningún correctivo, convirtiendo lo que es un indicio razonable de que algo va mal en la empresa en una presunción iuris et de iure de culpabilidad.”. Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho Penal Económico”, *Revista La Ley* 1049/2013, edición digital.

⁶⁶ Sobre los problemas con el principio constitucional *non bis in idem* se pronuncia GÓMEZ MARTÍN, V.: “Falsa alarma: *societas delinquere non potest*” en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dir.): *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*, pp. 207-254, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, afirmando que, precisamente por ello, se acude a la regla del actual artículo 31 ter: “cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiera a ambas (léase, persona física y persona jurídica) la pena de multa, los Jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos”, realizando el autor un paralelismo con “la solución del descuento” que se aplica a la persona jurídica cuando se le compensa parcialmente en la pena de multa la sanción que ya previamente ha podido recibir en vía administrativa.

⁶⁷ Analizado en BAJO FERNÁNDEZ, M./ FEIJÓO SÁNCHEZ, B./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas (adaptado a la ley 1/15, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal)*, Editorial Civitas, 2ª edición, Cizur Menor, 2016, pp. 99-101.

evitar su responsabilidad, de manera que no adoptará medidas de prevención⁶⁸. Es la denominada “*huida del Compliance*”⁶⁹.

Quizás por todo ello, incluso hasta los modelos más tradicionales de responsabilidad vicarial (anglosajones)⁷⁰ han ido derivando hacia teorías más basadas en el déficit de organización⁷¹ aunque sea en el momento de determinar la pena a imponer⁷².

⁶⁸ En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, pp. 135-176, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

⁶⁹ En este sentido ROTSCH, T.: “Criminal Compliance”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 1/2012.

⁷⁰ Incluyendo los programas de *Compliance* como un elemento a tener en cuenta en el momento de la imposición de la pena o para poder cerrar acuerdos con la Fiscalía: los denominados “Deferred Prosecution Agreements (DPA)” o los “Non Prosecution Agreements (NPA)”. Otra propuesta en este sentido ha sido la introducida en el ordenamiento anglosajón a través del *Crime and Court Act*. Se trata de la introducción de los DPA o los NPA mediante los cuales la Fiscalía puede proponer un acuerdo a la empresa, siempre mediante el pago de una sanción pecuniaria, evitando que el procedimiento siga adelante (NPA) o bien dejando en suspenso la acción penal durante un periodo de observación en el que la empresa se deberá al cumplimiento de determinadas obligaciones, entre las que figura la adopción o modificación (acordada) del modelo organizativo (DPA). Sobre ello puede leerse en VINEGARD, A.: “Deferred Prosecution of Corporations”, *New York Law Journal*. Vol. 230, n. 72, 2003, en: *Covington & Burling*. Disponible en: <https://www.cov.com/media/files/corporate/publications/2003/10/oid26786.pdf> [Consulta: 20 enero 2017]. En nuestro país vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “Programas de cumplimiento efectivos en la experiencia comparada” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dirs.): *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 211-228.

⁷¹ En este sentido se pronuncia Gómez-Jara Díez en BAJO FERNÁNDEZ, M./ FEIJÓO SÁNCHEZ, B./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, *op. cit.*, p. 109-133: “en líneas generales se puede afirmar que los fundamentos se han ido alejando de actuaciones concretas de personas físicas y la consiguiente conexión entre persona física y jurídica sobre la base de la representación y se han ido aproximando a defectos organizativos de la propia persona jurídica (...) si a principios del siglo pasado dicha responsabilidad se basaba principalmente en teorías de la representación imperantes en la época y se importaban modelos propios del derecho civil para hacer a las personas jurídicas responsables penalmente, a principio de este siglo los fundamentos pasan por los dictados de las teorías organizativas y la constatación de elementos característicos del derecho penal que se alejan de la impronta jurídico-civil.”

⁷² También es el caso de Francia. Un modelo de responsabilidad penal a la persona jurídica puramente vicarial pero que acaba de promulgar la Ley Sapin II (la cual coge el nombre del Ministro de Finanzas francés Michel Sapin) estableciendo la obligatoriedad de implementar programas de prevención de delitos a las empresas con más de quinientos (500) trabajadores y más de cien (100) millones de € de cifra de negocios. La ley entrará en vigor en diferentes momentos, pero en lo que respecta a este particular, ya ha entrado en vigor en junio de 2017. Se imponen

2. El modelo de responsabilidad propia u originaria.

Este modelo de responsabilidad supone reputar la responsabilidad por el hecho delictivo cometido por la persona física, directa y propiamente a la persona jurídica, sin necesidad de individualizar responsabilidades en un sujeto activo persona física o, dicho de otro modo, buscar ese hecho de conexión en la actuación de otro.

En todo caso, habrá una conducta de una persona física pero ésta no será imputada directamente a la persona jurídica, que cargará con la imputación penal solo si se dan otros requisitos en los que ahora entraremos.

Esto es, en el modelo de responsabilidad por derivación la conducta de la persona física es condición necesaria y suficiente para responsabilizar de la misma a la persona jurídica, mientras que en este modelo de autorresponsabilidad la conducta de la persona física es condición necesaria pero no suficiente, porque se requerirá, asimismo, que dicha conducta sea concreción del aumento del riesgo creado por estar la persona jurídica defectuosamente organizada⁷³.

En este modelo de responsabilidad se puede atribuir, directa y únicamente, responsabilidad penal a la persona jurídica por su propia auto-organización que ha resultado ser defectuosa.

Sin embargo, el principal escollo con el que ha topado históricamente este modelo de auto-responsabilidad empresarial es la dificultad para definir dogmático-penalmente⁷⁴ un concepto de acción y culpabilidad a la persona jurídica⁷⁵.

multas de hasta doscientos mil (200.000€) a las personas físicas encargadas de implementarlos (administradores) y de un millón de € para las compañías.

⁷³ Así puede leerse en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho Penal Económico...,” *op. cit.*, edición digital.

⁷⁴ Lo curioso es la falta de homogeneidad entre las distintas jurisdicciones españolas. Así, la capacidad de acción de las personas jurídicas está ampliamente reconocida en derecho civil, mercantil o administrativo, jurisdicciones que también cuentan con normas ético-sociales.

⁷⁵ *Vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*”, *Cuadernos de Política Criminal*, número 11, 1980, pp. 67-88, quien advierte que la solución al problema de la responsabilidad

A. La capacidad de acción de la persona jurídica en términos penales.

Las personas jurídicas son sujetos de Derecho, a las cuáles éste les ha otorgado la condición de “personas” jurídicas para facilitar su tráfico y la consecución de los fines sociales.

En nuestro país, para que un ente colectivo goce de personalidad jurídica, debe revestir la forma y naturaleza de una corporación (de Derecho Público), una asociación (de Derecho Privado) o una fundación (en las que lo determinante es la existencia de un patrimonio creado para una finalidad determinada, que debe ser supervisada por un patronato).

El *nomen iuris* “sociedades” se emplea por el Código Civil para las asociaciones y por el Código de Comercio o la Ley de Sociedades de Capital para las asociaciones con ánimo de lucro que realizan actos de comercio. Todas las personas jurídicas tienen, en efecto, capacidad jurídica, entendida como aptitud para ser titulares de derechos⁷⁶ y obligaciones.

Mientras que la capacidad jurídica se presupone a las personas jurídicas, no pasa lo mismo con la capacidad de obrar, entendida ésta como la aptitud para realizar actos con eficacia jurídica. Así, para considerar que existe capacidad de obrar se requieren unas exigencias mínimas de juicio y voluntad que no tienen los menores

penal de las personas jurídicas se debe buscar, dentro de la teoría de la pena, en la reformulación de los conceptos de acción y culpabilidad a partir de una nueva consideración de la pena.

⁷⁶ Incluso el Tribunal Constitucional ha reconocido a las personas jurídicas la titularidad de ciertos derechos fundamentales, vinculados a la tutela judicial efectiva. FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 62: “la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de éstos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se insertan en grupos y organizaciones.” De este modo, se reconoce la titularidad de los derechos fundamentales a la persona jurídica de Derecho Privado (artículo 18.2 de la Constitución). Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1985, de 17 de octubre [RTC 1985,137]. Otros autores evidencian que en España no tenemos una doctrina jurisprudencial al respecto de los derechos fundamentales de las personas jurídicas. En este sentido, GÓMEZ MONTORO, A.: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, en AA.VV. *La democracia constitucional: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Editado por Congreso de los Diputados, Madrid, Vol. I, 2002, pp. 387-438.

de edad, los enfermos mentales o las sociedades que no están válidamente constituidas (artículos 199 y siguientes del Código Civil).

En sede penal, la capacidad para delinquir va ligada a esta capacidad de obrar, por cuanto se requiere conocimiento y voluntad en la acción llevada a cabo por el sujeto (o, simplemente, dejación de los deberes propios, lo que, por otra parte implica, conocimiento de los mismos, en sede de imprudencia) para que esa acción pueda considerarse “imputable” a esa persona en concreto. Entraremos en ello más adelante.

En cambio, en vía administrativa no se discute la capacidad de obrar de las personas jurídicas a la hora de imponerles sanciones por infracciones cometidas por ellas.

De manera que, si en el ordenamiento jurídico rige el principio de unidad de actuación y el *ius puniendi* del Estado es también único⁷⁷, ¿por qué debieran realizarse diferencias respecto a la asunción de capacidad de obrar de la persona jurídica en el ámbito administrativo o el penal?⁷⁸.

El asunto de las vinculaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador no es un tema nuevo para la dogmática penal. Tradicionalmente se ha pretendido buscar cuáles son los elementos que distinguen injusto penal e injusto administrativo. Así, la Administración es la que fija los límites de la conducta permitida en muchos de los delitos socioeconómicos (delitos contra los derechos

⁷⁷ En este sentido, el Tribunal Constitucional viene reconociendo desde su Sentencia número 18/1987, de 16 de febrero [RTC 1987,18] que “*el ius puniendi del Estado es general y se expresa indistintamente en un Derecho Administrativo sancionador o un Derecho Penal*”.

⁷⁸ En este sentido, autores como Bacigalupo Zapater no ven ningún problema en que, admitida la responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho sancionador administrativo, no existen razones de peso para excluirla del derecho penal. *Cfr.* BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de *Compliance*”, *Diario La Ley*, número 7442, 2010, edición digital. En el mismo sentido, BACIGALUPO SAGGESE, S.: “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno”. *Diario La Ley*, número 7541, 2011, edición digital, al afirmar: “admitida la responsabilidad de las personas jurídicas en el marco del Derecho administrativo sancionador, no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para admitir una responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

de los trabajadores, delitos contra el medio ambiente, delitos contra la seguridad del tránsito y un largo etcétera).

No hay que olvidar que un injusto penal está fundamentado en el desvalor social de la conducta y en los fines preventivos de la respuesta penal, siempre a partir de la protección de bienes jurídicos, mientras que, por el contrario, el injusto administrativo tiene su razón de ser en la desobediencia al Estado.

Tradicionalmente la pena ha ido vinculada a su efecto sobre la voluntad humana, fuera para motivarla para evitar futuros actos delictivos (en clave de prevención general o de prevención especial) o fuere para reprenderla por haberlos cometido (finalidad represiva de la pena)⁷⁹. Ese ha sido tradicionalmente el fundamento y la finalidad de la pena en el que se han basado las teorías (absolutas y relativas) de la misma⁸⁰.

Contrariamente, las teorías kelsenianas⁸¹ identifican la pena no con la voluntad sino con un acto coactivo, una sanción. Con estas teorías, la distinción entre persona física y persona jurídica no deviene un problema si se elimina de la ecuación la cuestión de la voluntad. Así, el autor que les dio nombre se manifestó contundentemente a favor de la capacidad de acción delictiva de las personas jurídicas y por lo tanto de su castigo penal en su teoría pura del Derecho, suponiendo un verdadero referente en el asunto y pionero en la discusión⁸².

⁷⁹ Aunque, como indica BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Compliance y Derecho Penal*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 77, no existen estudios empíricos en la actualidad de su eficacia, entendiéndose en la actualidad la prevención general de la norma en clave positiva como ratificación de la vigencia de la norma infringida que establece el modelo orientador de contactos sociales.

⁸⁰ En este sentido, *Ibid.*, pp. 61-79.

⁸¹ Cfr. MARAVALL CASESNOVES, H.: "Hans Kelsen, La teoría pura del Derecho", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 83, número 165, 1934, pp. 390-392.

⁸² Aunque posteriormente se le reprochó que sus teorías no eran acordes con el principio constitucional de personalidad de las penas, porque se las hacía responsables de actos cometidos por sus representantes sin fundamentar de ningún modo su sanción en un acto propio. Así, puede leerse en su Teoría pura del Derecho: "si la corporación es vista como sujeto de derechos patrimoniales, la idea de una responsabilidad de la misma por delitos, que son presupuesto de una ejecución forzosa sobre el patrimonio, no ofrece ninguna dificultad", en MARAVALL CASESNOVES, H.: "Hans Kelsen...", *op. cit.*, pp. 390-392.

Desde esta perspectiva, ¿es una simple diferencia de grado la que existe entre una sanción administrativa y una penal, reservando las de grado más grave para el orden penal (*ultima ratio*), si ambos injustos son una expresión del *ius puniendi* estatal? O, por el contrario ¿es una diferencia ontológica de criterios de imputación delimitados para uno y otro orden⁸³?

El retroceso perceptible en los países post-industrializados como Alemania, Italia o Francia⁸⁴, de la pena privativa de libertad en aras a un aumento de la sanción de multa⁸⁵ y otras sanciones caracterizadas por la restricción de otros derechos, plantea ulteriores inconvenientes para establecer las distinciones entre injusto penal e injusto administrativo.

La multa, el comiso, la disolución de personas jurídicas, son sanciones que se encuentran indistintamente en el ámbito penal o en el ámbito administrativo. Así que, la naturaleza de la sanción (originariamente, penas para las infracciones penales y sanciones administrativas para las infracciones administrativas) no será un criterio a tener en cuenta para tratar de diferenciar injustos penales e injustos administrativos⁸⁶.

⁸³ En este sentido, entre muchos otros dogmáticos de la ciencia penal, Robles Planas, quién considera que bajo ningún concepto son trasladables los fundamentos propios del Derecho administrativo sancionador al Derecho Penal por cuanto, en el Derecho administrativo sancionador se relaja fuertemente el principio de culpabilidad propio de la persona jurídica, y en cambio en el Derecho de la pena, erigido fundamentalmente sobre el reproche de la culpabilidad, eso es impensable. ROBLES PLANAS, R.: “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis”, *Diario La Ley*, número 7705, 2011, edición digital.

⁸⁴ Vid. VERVAELE, J.: “Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?”. *Revista Penal*, número 2, 1998, pp. 67-80, quién pone de manifiesto la tendencia de las normas internacionales y especialmente europeas orientadas a perseguir el patrimonio criminal, mediante el embargo y la confiscación, con clara influencia del modelo norteamericano, configurándose esta última como sanción independiente.

⁸⁵ En este sentido, ROXIN, C.: *Dogmática penal y Política Criminal* (traducción de ABANTO VÁSQUEZ, M.), Editorial Idemsa, Lima, 1998, p. 461.

⁸⁶ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Derecho Penal de la Empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, quién sostiene que acudir a la sanción para calificar la naturaleza de los presupuestos del Derecho Penal o el Derecho administrativo sancionador, es invertir los términos del raciocinio, que exige adecuar la consecuencia al presupuesto y no a la inversa.

Si se considera a las personas jurídicas con capacidad jurídica y capacidad de obrar plenas, como verdaderos sujetos de Derecho, sujetos sociales, en vía administrativa, nada obsta para que, en esa ficción o en esa realidad, puedan considerarse también como sujetos imputables penalmente, destinatarios de verdaderos deberes normativos y leyes penales, como las personas físicas.

Realmente significativa fue ya en el año 90 la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril [RTC 1990,76], cuando, al argumentar acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas en sede administrativa, puso de relieve los conceptos más polémicos con los que, para parte de la doctrina penal, “fricciona” la posibilidad de establecer una responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto es, la capacidad de acción (o capacidad de obrar) y la capacidad de culpabilidad de estos entes, afirmando la realidad y existencia de ambas si bien sobre una concepción distinta a la de la persona física, basada en la distinta naturaleza del ente jurídico. Veamos:

“Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa... Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas y se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz”.

En sentido contrario parecía manifestarse, sin embargo, nuestro legislador en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma del Código Penal de la

legislatura anterior que finalmente aprobó la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio⁸⁷, en relación con estas categorías de acción y culpabilidad:

“La fuerza del factor humano en la configuración de la imputación del hecho a la persona jurídica permite, además, vencer adecuadamente la objeción referente a su llamada incapacidad de culpabilidad o de conducta dolosa o imprudente, pues esas dimensiones personales y subjetivas continúan residenciadas en la persona física”.

“Una objeción central a la posibilidad de acoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas se apoyaba ciertamente en la incapacidad de éstas para soportar unas reacciones jurídicas, como son las penas, que se concibieron para personas físicas. Esa imposibilidad estaría fuera de duda si pretendiera extender sin matiz alguno un sistema punitivo así caracterizado; mas eso no sucede cuando, como se ha expuesto, el eventual delito es obra de sujetos concretos que arrastran consigo la responsabilidad de la persona jurídica bajo cuya forma y en cuyo interés y provecho actúan. Las sanciones penales que entonces se contemplan para esas personas jurídicas, parten de esa realidad y obedecen a comprensibles criterios de prevención frente al abuso de la personalidad separada, que no puede servir de cortafuegos de la responsabilidad patrimonial, ni tampoco puede dejar a la persona jurídica en la ajeneidad respecto de los actos delictivos ejecutados en su interés –por decisión o por tolerancia de los que tengan poder para controlar las decisiones– de modo que no hayan de afectar en nada a su propia capacidad de continuar en el mercado indemne y con plenitud de derechos. Es desde esa óptica como han de comprenderse las diferentes sanciones que con el nombre de penas se contemplan.”

Sucede que paralelamente a estas afirmaciones y en línea con lo que preconizaba el Tribunal Constitucional en el año 90, se desarrolló en nuestro país una teoría doctrinal que defendió la posibilidad de construir un concepto de acción y un concepto de culpabilidad para la persona jurídica, agente con mayor poder criminógeno hoy en día⁸⁸, lo que legitimaría, en consecuencia, la posibilidad de imputar un hecho delictivo directa y propiamente a la persona jurídica.

⁸⁷ Resulta ilustrativa la referencia a estas categorías por cuanto la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que dio base a la Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio, que finalmente se aprobó, omitió estas manifestaciones.

⁸⁸ Cfr. BERMEJO, M./ PALERMO, O. “La intervención delictiva del *Compliance officer*” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 175, quienes resumen los tres principales factores criminógenos de la estructura societaria del siguiente modo: (i) la difusión de responsabilidad individual, como dificultad para individualizar responsabilidades en el seno de una

La teoría de la *realidad* o teoría *organicista*⁸⁹ nos dice que sujetos de Derecho son tanto las personas físicas como las personas jurídicas, de manera que, la protección legal de intereses y fines se reconoce tanto a unas como a otras, y destinatarias de deberes jurídicos son tanto personas físicas como jurídicas.

Si a un ente colectivo, a una agrupación de personas se le otorga personalidad jurídica es porque no son meras proyecciones de una persona física, sino autónomas realidades en el sistema normativo, entes con personalidad jurídica, en el más amplio sentido de la palabra.

Conceptualmente “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar” suponen el reconocimiento de capacidad suficiente para contraer obligaciones y realizar actividades que generen efectos frente a sí mismos y frente a terceros, con plena validez jurídica. La personalidad jurídica propia de una empresa la erige como ente diferenciado de las personas físicas que la integran, principalmente en cuanto a su autonomía patrimonial.

Por lo tanto, sea la persona jurídica un ente normativo, ficticio o supra-individual, lo cierto es que cuenta con suficiente capacidad jurídica como para otorgarle una capacidad de acción en sentido jurídico-penal, si centramos nuestra atención no en la persona sino en el orden jurídico⁹⁰.

organización por cuanto no concurren en las mismas personas capacidad de tomar decisiones, información y ejecución de las mismas; (ii) desplazamiento del riesgo o *risk shifting*, fenómeno por el cual los diferentes actores racionales que operan en la empresa pretenden desplazar el riesgo jurídico hacia los otros; o (iii) la fragmentación de la información, de forma tal que no resulta posible que coincidan en una misma persona los requisitos de conocimiento y poder de decisión que permitieran imputar la responsabilidad por el hecho.

⁸⁹ Sobre esta teoría véase BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Compliance y Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 67, para quién ésta teoría no es más que “una versión literaria de la teoría de la ficción.”

⁹⁰ *Cfr.* JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, portavoz del funcionalismo, considera que comete delito todo aquél que infringe la norma penal (aquél que tiene capacidad para infringirla), por lo cual debe imponerse una pena para restablecer dicha infracción (prevención general positiva). En la argumentación de este autor, pueden ser sujetos activos de delitos tanto personas físicas como personas jurídicas, en base a que “*un sujeto no es aquél que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquél que puede ser responsable por éste*”.

El concepto *corporate behaviour*⁹¹ acuñado en la cultura norteamericana, propone la posibilidad de considerar a la personalidad jurídica con un comportamiento organizacional propio, consecuencia de su personal política empresarial, que refleja y proyecta a la sociedad. La *mens rea*, en este sentido, puede atribuirse a la propia persona jurídica que, mediante actuaciones, va diseñando su propia política empresarial y, con ella, su comportamiento social.

Es, como hemos dicho, un sujeto de Derecho más en el sistema normativo, con capacidad para definir su actuación, ajustada o no a Derecho (de dónde, posteriormente, se analizará su culpabilidad)⁹². El reconocimiento legal de la persona jurídica como destinataria de una norma permite afirmar la capacidad de dicho destinatario para cumplir o infringir la norma⁹³.

Aunque tradicionalmente la doctrina mayoritaria, radicada en el principio de personalidad de las penas, ha negado la capacidad de acción a la persona jurídica⁹⁴, partiendo de un concepto de acción psicológico⁹⁵ –del que partía la

⁹¹ Vid. GEOFFREY WILLIAMS, J.: “The effect of culture on consumers' willingness to punish irresponsible corporate behaviour: applying Hofstede's typology to the punishment aspect of corporate social responsibility”, *Business Ethics: European Review*, Vol. 17, 2/2008, pp. 210-226.

⁹² Recuerda a la célebre frase de VON LISZT de hace más de cien años, que dice “*si las empresas pueden celebrar contratos, también pueden celebrar contratos fraudulentos*”.

⁹³ En este sentido, Tiedemann, quién parte del razonamiento de Kelsen, el cual ya se mostraba favorable a que la persona jurídica podía ser sujeto de imputación por la infracción de una norma. Cfr. TIEDEMANN, K.: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, II, Reinbeck bei Hamburg, Editorial Rowohlt, 1976.

⁹⁴ Vid. GRACIA MARTÍN, L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BOIX REIG, J. (Dir.): *Diccionario de Derecho Penal Económico*, pp. 805-820. Editorial Iustel, Madrid, 2008, manifestándose en contra de que las personas jurídicas sean sujetos capaces de acción penal porque no pueden ser objeto de la norma de determinación.

Junto a él, BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 111. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tecnos, Madrid, 6ª edición, 2004, pp. 291 y ss. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 325 y siguientes. LUZÓN PEÑA, D.: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª edición, 2012. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial BdF, Montevideo-Buenos Aires, 7ª edición, 2004, pp. 166 y ss. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, 8ª edición, Valencia, 2010, pp. 228 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas, Madrid, 1978, pp. 228 y ss.

tradicional teoría del delito— lo cierto es que la persona jurídica —tal y como defiende un moderno sector doctrinal⁹⁶— es capaz de desarrollar un injusto penal, en tanto desvalor de resultado, contra lo que la norma penal tiene que actuar.

En este sentido, la norma penal, la cual tiene como últimos objetivos la protección de bienes jurídicos y la prevención, sea general o especial, de delitos, “motiva” tanto a personas físicas como a personas jurídicas para que eviten comportamientos que supongan o vayan cargados de lesividad social.

La conexión entre el hecho delictivo y la respuesta penal se realiza hoy en día en términos de imputación objetiva y no en términos “causalísticos” o “naturalísticos”, de manera que, son merecedores de reproche penal los sujetos que crean riesgos por encima de lo permitido para bienes jurídicos protegidos por la norma penal o, directamente, los lesionan.

Una actuación antijurídica puede ser imputable a una persona jurídica, puesto que el fundamento radica en la potencialidad de riesgo para los bienes jurídicos que tiene el sujeto infractor, en este caso, persona jurídica. Y, lógicamente, la potencialidad de las empresas para poner en riesgo bienes jurídicos protegidos penalmente, está lejos de toda duda⁹⁷.

Es decir, la persona jurídica responderá si con su actividad ha creado un riesgo superior al riesgo permitido para el bien jurídico de que se trate y el resultado lesivo es precisamente la concreción de dicho riesgo. Ese riesgo superior al riesgo permitido sería el defecto de organización sobre el que construir el injusto típico de la persona jurídica.

⁹⁵ Especialmente GRACIA MARTÍN, L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BOIX REIG, J. (Dir.): *Diccionario de Derecho Penal Económico*, op. cit., quién defiende un concepto de acción estrictamente psicológico en tanto que comportamiento humano voluntario.

⁹⁶ Entre ellos, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, *Cuadernos de Política Criminal*, número 53, 1994, pp. 613-627.

⁹⁷ Cfr. RAMONET, I.: *Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas*. Editorial Random House, Barcelona, 2002. Se estima que la criminalidad económica ligada al mundo financiero y a la gran banca, recicla sumas de dinero superiores al billón de euros por año, esto es, más que el PNB de un tercio de la humanidad.

Para ello se requerirá que la persona jurídica o la empresa cuente con cierto nivel de complejidad que la reconozca como sujeto independiente y superior que las personas físicas que la integran⁹⁸. A estos entes se les podrá atribuir un comportamiento organizacional propio que, lógicamente, a sociedades unipersonales no se les puede atribuir, porque el complejo societario es tan sencillo que acaba levantándose el velo y respondiendo la persona física⁹⁹.

Ello con independencia de que las personas jurídicas, como sujetos normativos o ficticios por excelencia (en exclusivos términos jurídicos), no actúan sino que por medio de órganos o representantes¹⁰⁰ (entendiendo aquí, ya en la actualidad, representantes de hecho¹⁰¹ o de derecho).

Sin embargo, el eje central no está en el cómo se desarrolla materialmente la conducta (a través de representantes, personas físicas), sino en el desvalor de resultado, que crea un daño o riesgo de daño social evitable, una situación de riesgo para los bienes jurídicos protegidos jurídico-penalmente y que debe imputarse al sujeto que en última instancia crea dicha situación de riesgo, la persona jurídica¹⁰².

Planteamientos más modernos nos llevan también a la defensa de la capacidad de acción de la persona jurídica en el ámbito de la responsabilidad social

⁹⁸ Aunque ello, como veremos a continuación, no ha quedado reflejado en apenas ningún ordenamiento jurídico, tampoco el español, el cuál no prevé ningún criterio excluyente (o siquiera diferenciador) para corporaciones grandes, medianas o pequeñas. Esto se dice en cuanto a aplicación del régimen de responsabilidad penal y no en cuanto a requisitos más o menos laxos para unas u otras organizaciones, supuesto este que sí se encuentra en algún ordenamiento jurídico (a título de ejemplo, la composición del *Compliance officer* en el artículo 31 bis del Código Penal).

⁹⁹ Serían una especie de sujetos inimputables, sin la suficiente capacidad de obrar.

¹⁰⁰ Es la denominada teoría de la representación a la que anteriormente hemos hecho referencia y que rige en Derecho Civil y Mercantil.

¹⁰¹ Lo que en Alemania se denomina como “órganos fácticos”.

¹⁰² En Derecho Penal Internacional nunca se ha discutido la responsabilidad penal del Estado y su capacidad de acción como persona jurídica. En ese sentido, Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Compliance y Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 61-78, quién defiende que para el ámbito del Derecho Internacional este punto de vista (la capacidad de acción contraria a Derecho de las personas jurídicas, en este caso, los Estados) es generalmente reconocido.

corporativa¹⁰³, la cual erige a las personas jurídicas como sujetos sociales, enfatizando la necesaria perspectiva social que también debe regir sus dictados (y no solo, los económicos)¹⁰⁴, dando por hecho que la responsabilidad social corporativa se compone de un conjunto de acciones realizadas por las personas jurídicas que tienen repercusiones positivas sobre la sociedad y que afirman los principios y valores éticos de ésta, tanto en sus procesos internos como en su relación con el resto de actores sociales¹⁰⁵.

Por lo tanto, y como se deriva de cuánto se ha expuesto hasta aquí, la capacidad de acción de la persona jurídica –uno de los escollos con el que topa este modelo de atribución originario de responsabilidad de la persona jurídica, junto con la “incapacidad de culpabilidad”– es una realidad defendible en base a los argumentos normativos desarrollados, llegando así a reconocerse en la mayor parte de sectores del ordenamiento jurídico español.

B. La capacidad de culpabilidad de la persona jurídica en términos penales.

La capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas –totalmente discutida en la mayoría de sectores doctrinales, los cuáles, se refieren directamente a la “incapacidad de culpabilidad”¹⁰⁶– plantea y planteará mayores problemas que los suscitados en relación con la capacidad de acción de las mismas.

¹⁰³ También denominada responsabilidad social empresarial o inversión socialmente responsable.

¹⁰⁴ La responsabilidad social corporativa va más allá del cumplimiento de leyes y normas (sean de carácter ambiental o laboral). La responsabilidad ambiental está íntimamente ligada con la responsabilidad social corporativa. Sin embargo, bajo el concepto de responsabilidad social corporativa se engloban un conjunto de prácticas, estrategias y sistemas de gestión empresariales que persiguen un nuevo equilibrio entre las dimensiones económica, social y ambiental. Los antecedentes de la responsabilidad social corporativa se remontan al siglo XIX, en el marco del cooperativismo y asociacionismo que buscaban conciliar eficacia empresarial con principios sociales de democracia, autoayuda, apoyo a la comunidad y justicia distributiva.

¹⁰⁵ En este sentido, puede profundizarse en NIETO MARTÍN, A.: “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, número 5, 2008, edición digital.

¹⁰⁶ En este sentido, GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otros en el Derecho Penal*, Universidad de Zaragoza, 1985, p. 9 y ss.. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Responsabilidad penal de

Una vez más, el concepto de culpabilidad al que esta parte de la doctrina hace referencia, es un concepto que se fundamenta en el reproche ético-social basado en concepciones psicológicas por no haber actuado conforme a Derecho a pesar de tener la posibilidad de hacerlo. Bajo concepciones de “psique”, la categoría de la culpabilidad difícilmente va a poder atribuirse a las personas jurídicas.

Sin embargo, reputados autores¹⁰⁷ defienden, con la finalidad de fundamentar un concepto de culpabilidad aplicado a la persona jurídica, la posibilidad de conceptualizar como “*reproche normativo*” el hecho de que la persona jurídica no haya organizado sus medios técnicos y humanos de manera proclive a la norma para evitar la comisión de un delito, provocando un resultado dañoso evitable.

Defecto de organización que, lógicamente, será baremado en función de los deberes de organización esperables que debía tener esa persona jurídica y, en todo caso, dependiendo de las concretas circunstancias del caso.

El propio Tribunal Constitucional (Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre y Sentencia 76/1990, de 26 de abril [RTC 1990,76], citada anteriormente) ha venido entendiendo que el principio de culpabilidad rige también en materia de Derecho Administrativo sancionador para las personas jurídicas, aunque “*ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas.*”

las empresas y de sus órganos en Derecho español” en SILVA SÁNCHEZ, J.M./SCHÜNEMANN, B./ DE FIGUEREIDO DIAS, J.: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro-homenaje a Claus Roxin*, pp. 357-381, Editorial Bosch, Barcelona, 1995. PÉREZ MANZANO, M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Actualidad Penal (La Ley)*, 1995, pp. 15 y ss. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial..*” *op. cit.*, p. 111. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General.. op. cit.*, p. 175. CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General.. op. cit.*, p. 291; o ROBLES PLANAS, R.: “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis..., *op. cit.*, edición digital, quién abiertamente manifiesta que “la persona jurídica es siempre un sujeto inimputable, cuya actividad no puede canalizarse jurídico-penalmente a través de acciones. La persona jurídica es pues incapaz de imputación para el Derecho Penal basado en la culpabilidad”.

¹⁰⁷ Así, QUINTERO OLIVARES en “La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas..., *op. cit.*, pp. 977-999, afirmando que, eludiendo el concepto de reproche moral y residenciando el enfoque del problema en que la persona jurídica ha optado por la conducta desviada, conociendo el camino jurídico correcto, puede optarse por un concepto de culpabilidad específico, distinto al de las personas físicas.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que los principios de personalidad de las sanciones y de responsabilidad subjetiva (principio de culpabilidad) deben aplicarse al Derecho Administrativo de forma tal que asimismo permitan la responsabilidad de las personas jurídicas.

En Derecho comparado, la OWIG alemana¹⁰⁸ incluso se refiere a que el presupuesto de una multa administrativa es una conducta “reprochable”, en términos de responsabilidad por la ilicitud, como vendría a ser nuestra culpabilidad jurídico-penal.

Se trata, en cierta manera, de rebajar las exigencias del principio de culpabilidad en relación a las personas jurídicas, basando tal concepto en categorías sociales y jurídico-normativas, y no psicológicas.

Una construcción funcional equivalente al concepto de *culpabilidad normativa* (que parte de que tanto la culpabilidad individual como la culpabilidad empresarial simbolizan la infracción del ciudadano, el ciudadano individuo o el ciudadano corporativo, al Derecho) que tiene en el autor Gómez-Jara Díez su principal exponente español¹⁰⁹.

Este autor plantea cuáles son, en su opinión, los tres fundamentos materiales de esta culpabilidad empresarial:

- La fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma.

En un modelo de descentralización social como son las sociedades modernas, se exige que las personas y las empresas sean entes autónomos de organización que procuren fidelidad al Derecho y al orden social. La

¹⁰⁸ En su párrafo 1 (Ley de contravenciones e infracciones alemana).

¹⁰⁹ En *La culpabilidad penal de la empresa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 258-289. En realidad y, tal como el propio autor reconoce en la obra anteriormente citada, este pretendido modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas tiene su fundamento dogmático en los sistemas sociales autopoieticos o autoproducidos de Luhman, según los cuales el Derecho es un sistema funcional, cuya autorreferencialidad le viene dada por las comunicaciones jurídicas que exterioriza; la empresa, un sistema organizativo, cuya autorreferencialidad deriva de la continua reproducción de sus decisiones, y el individuo un sistema psíquico con autorreferencialidad expresa.

culpabilidad jurídico-penal de la empresa se fundamenta, en primer lugar, en un déficit de fidelidad al Derecho que en un modelo social basado en la descentralización y la necesaria autorregulación de empresas y personas se exige. De esta manera, la fidelidad al Derecho de una empresa es el desarrollo de una cultura empresarial de cumplimiento con el Derecho.

- La igualdad objetivada entre las personas como sinalagma básico del Derecho Penal.

Del hecho que individuos y personas jurídicas sean destinatarias de las normas jurídicas se deriva el deber de estos dos tipos de sujetos, como iguales, a que de su auto-administración no se derive un *output* lesivo. En este sentido, Gómez-Jara Díez¹¹⁰ afirma que a la empresa se le debe reconocer un mínimo de igualdad ya que el ordenamiento jurídico (considerando a éstas como destinatarias de sus normas) es reflejo de ello.

- La posibilidad de cuestionar jurídicamente la norma y la participación en los asuntos públicos.

Como expresión de ello, la posibilidad de que la empresa, la persona jurídica, tiene capacidad de expresar sus puntos de vista respecto a la configuración de la sociedad y cuestionar jurídicamente la norma, no adoptándola en su práctica.

En una reelaboración del concepto de culpabilidad –orientado en categorías sociales y jurídicas– se desarrolló también el concepto de “*culpabilidad de organización*”¹¹¹. El reproche social que fundamentaba la responsabilidad de la persona jurídica era precisamente la “culpabilidad de organización”, el reproche a

¹¹⁰ Constantemente a lo largo de su obra: *La culpabilidad penal de la empresa.. op. cit.*; “Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, número 8830, 2016, edición digital; “La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría, necesidad para la práctica”, *Diario La Ley*, número 1050, 2013, edición digital; “Fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica” en BANACLOCHE PALAO, J./ ZARZALEJOS NIETO, J.M./ GÓMEZ JARA-DÍEZ, C.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, pp. 25-47, Editorial La Ley, Madrid, 2011.

¹¹¹ *Vid.* TIEDEMANN, K.: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, op. cit. passim*

no haber optado, o bien no haber dispuesto las medidas necesarias, para organizarse conforme a Derecho.

En este sentido, y para que pueda hablarse de una responsabilidad propia de la persona jurídica por defecto de organización, debe partirse de una estructura defectuosa de funcionamiento con origen en el contenido de sus normas estatutarias o reglamentos o procedimientos internos que han permitido la creación de un caldo de cultivo proclive al delito que ha acabado cometándose¹¹².

Por ello, algunos autores afirman que estaríamos hablando de una culpabilidad por conducción de la actividad empresarial, al poner énfasis en el aumento del riesgo que provoca la actividad de la empresa, como estado de injusto por encima de un injusto concreto y típico en términos penales en la conducta de las organizaciones. Estado de injusto que permite y favorece la comisión de delitos en su seno, que es producto de muchas actuaciones de personas físicas diversas en el pasado, pero que es difícil de concretar como para constituir un injusto típico¹¹³.

Esta concepción puede evocar, en parte, el proscrito Derecho Penal de autor¹¹⁴, por cuanto se pena a la empresa no tanto por una actuación concreta sino por una “manera de ser”, la denominada “responsabilidad por el carácter”¹¹⁵.

¹¹² Sobre ello se pronuncia el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de 2010.

¹¹³ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013. Sin embargo acaba concluyendo el autor que ese estado de injusto si puede conformar la base fáctica suficiente para imponer, sin vulnerar un principio del hecho concebido por analogía con el hecho de las personas físicas, consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas. Lo fundamental, dice este autor, es que el delito cometido por la persona física exprese un estado de defectuosa organización de la persona jurídica que permita prever una continuidad en la actividad delictiva, de no ser corregido.

¹¹⁴ Algún autor ha destacado que la culpabilidad empresarial no equivale a la de la persona física y, por ello, se pueden admitir ciertos rasgos intolerables en el Derecho penal individual como el Derecho penal de autor. En este sentido se pronuncia NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Editorial Iustel, Madrid, 2008.

¹¹⁵ Cfr. LAMPE, E.J.: *ZStW*, Vol. 106. Editorial De Gruyter, 1994, pp. 731 ss. y “Strafphilosophie..” *op. cit.*, pp. 48, 119, 183 y 222, con base en su teoría del « injusto de la organización ».

A ello puede añadirse la culpabilidad por deficiente cultura corporativa en la atmósfera de la empresa, la cual tolera o tácitamente permite la comisión del delito como variante de la culpabilidad por defecto de organización.

Ello nos lleva a distinguir entre injusto típico y culpabilidad. Así, se ha tratado de diferenciar en ocasiones el defecto de organización como elemento del injusto típico sobre el que desplegar la imputación objetiva del resultado en términos del aumento de peligro creado con ese defecto de organización (más relacionado con la capacidad de acción de la persona jurídica) y lo que sería la cultura empresarial que integraría la culpabilidad (en el concepto constructivista del término) en aras de escoger o descuidar gravemente la adopción de ese defecto de organización¹¹⁶.

Bajo esta concepción, la imputación por defecto de organización admite, a su vez, tanto la forma dolosa como la culposa¹¹⁷.

Cabe decir que, mayoritariamente, la imputación de responsabilidad a personas jurídicas recaerá en elementos culposos, aunque el hecho indiscutible de que, cada vez en mayor medida, el dolo se defina desde el conocimiento (en tanto que consciencia de riesgo para el bien jurídico o representación del peligro), y no desde la voluntad, ayuda a aprehender incluso un concepto de dolo para las personas jurídicas¹¹⁸.

Pero más allá de este reproche o el concepto de culpabilidad normativo, el fundamento de la culpabilidad empresarial estaría asociado a los fines de

¹¹⁶ Para NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 80-82, esta diferenciación no tiene sentido, por cuanto la cultura de empresa es parte precisamente de la negación del déficit organizativo y no deben ser valorados por separado.

¹¹⁷ También partidario de que a la persona jurídica se le puede imputar como hecho propio el defecto de organización tanto en su modalidad dolosa como imprudente se muestra el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto 2009.

¹¹⁸ Y en este sentido, el Auto T-29/92 del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas “no es necesario que la empresa tuviera consciencia de infringir la prohibición contenida en dichas normas, es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto o el efecto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia en el mercado.”

prevención de la pena frente a conductas, desarrolladas por personas jurídicas, que ponen en situación de peligro bienes jurídicos protegidos penalmente.

De hecho, algunos autores¹¹⁹ defienden un concepto de culpabilidad fundado exclusivamente sobre estos aspectos de prevención especial o general (en tanto que reformulación del concepto clásico de culpabilidad), tal y como, veíamos, justificaba nuestro anterior legislador en la Exposición de Motivos cuando, por primera vez en nuestro ordenamiento, trataba de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En este sentido, se legitima la culpabilidad partiendo de la idea de un estado de necesidad del bien jurídico o, lo que es lo mismo, la necesidad de justificar una sanción a una persona jurídica, incluso sin culpabilidad, debido a que la protección del bien jurídico no se puede garantizar de otra manera¹²⁰. En definitiva, y quizás, “para vestir ese deseo”, defecto de organización, injusto de organización que descansa en un déficit de fidelidad al Derecho y que puede considerarse el fundamento de una responsabilidad penal propia de la persona jurídica.

Este modelo de autorresponsabilidad es el modelo de Chile (Ley 20.393), con un título dedicado en su artículo 5 a la “*Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica*” y una referencia clara a que quién debe implementar el debido control y a quien corresponden los deberes de vigilancia y control es a la persona jurídica (de forma estructural) y no a sus órganos de gobierno como personas físicas¹²¹.

¹¹⁹ Cfr. SCHÜNEMANN, B.: “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa” (traducción de BRÜCKNER/ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 41, Fasc. 2, 1988, pp. 529-588.

¹²⁰ De igual modo lo ha entendido el Tribunal Constitucional (STC 246/91, de 19 de diciembre) ha fundamentado la imputación del hecho culpable a las personas jurídicas en “su capacidad para infringir las normas a las que están sometidas” y “en la necesidad de protección eficaz del bien jurídico”, al modo de las modernas teorías normativas de la culpabilidad, que vinculan la culpabilidad a la necesidad preventiva de la pena.

¹²¹ Así puede leerse en el artículo 3 de la citada ley intitulado “*Atribución de responsabilidad penal*”: “se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con

Asimismo, y pese al incuestionable modelo vicarial que rige la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el modelo americano, como hemos visto anteriormente, se definen varios criterios para evaluar la expresamente denominada “culpabilidad de la empresa” si bien en el momento de valorar la sanción que va a serle impuesta¹²².

Entre ellos están: (i) estar involucrado en alguna actividad criminal o tolerar la misma, (ii) los antecedentes de la organización, (iii) la violación de alguna disposición legal, (iv) la obstrucción de la justicia, (v) la existencia de un programa ético y de cumplimiento efectivo¹²³ y (vi) auto-denuncia, cooperación o reconocimiento de responsabilidad¹²⁴.

C. Legitimación material.

El fundamento de esta responsabilidad radica, pues, en la posición de garantía que tiene la persona jurídica con respecto al actuar diligente de las personas físicas que la integran y con respecto a la legalidad de sus actividades mercantiles.

La persona jurídica ostenta una determinada posición de garante sobre su propio ámbito organizativo¹²⁵ (respecto al cuál goza de libertad para organizar) y, por lo

anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.”

¹²² Así puede verse en las USSG Capítulo 8 “Sentencing of organizations” (disponibles en www.ussc.gov/guidelines): “culpability generally will be determined by six factors that the sentencing court must consider.” (la culpabilidad generalmente vendrá determinada por seis factores que el tribunal sentenciador deberá considerar).

¹²³ “Compliance and ethics program”, esa es la denominación que en Estados Unidos adquieren los modelos de organización y gestión dirigidos a prevenir delitos.

¹²⁴ De idéntica forma, la FGE en su Circular 1/16, de responsabilidad penal de la persona jurídica defiende un modelo vicarial de responsabilidad, basado en la transferencia de responsabilidad y, paralelamente, realiza manifestaciones en relación con la supuesta “culpabilidad” de la persona jurídica. Se verá más adelante.

¹²⁵ En este sentido, HEINE propuso la teoría del dominio de organización funcional sistemática, que asemeja el dominio social de la organización al dominio del hecho de la persona física, otorgando una irremediable posición de garante a la empresa. En un sentido similar, LAMPE, quién asemeja a la capacidad de acción de la persona física la capacidad de organización de la persona jurídica. Ambos autores citados en GÓMEZ JARA-DIEZ, C.: *La culpabilidad penal de la empresa...*, op. cit., pp. 150-167.

tanto, resulta legítimo responsabilizarla por las consecuencias que se derivan del ejercicio de su libertad auto-organizativa.

Es la posición de garante fundamentada tanto en el actuar precedente que en nuestro Código Penal permite el artículo 11 al regular la comisión por omisión o en la obligación legal del artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital referente a la adopción de las medidas necesarias para la buena dirección y control de la sociedad.

La persona jurídica es responsable por los hechos realizados por individuos (hecho de conexión), porque sus órganos o representantes no han tomado las suficientes medidas de cuidado necesarias para garantizar un negocio ordenado y no delictivo¹²⁶.

Esto sería así tanto para el actuar del titular de la empresa, sus representantes legales, administradores de hecho o derecho, apoderados como para los subordinados o dependientes de los mismos.

Fundamento que se sustentaría en la tradicionalmente denominada *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, o incluso en la *culpa in constituendo*, y que al otorgar un deber propio a la persona jurídica, en su infracción, estaría legitimando la necesaria respuesta penal.

En esta concepción, todo delito o infracción administrativa de los órganos o representantes de una persona jurídica surge como un error de la misma (defecto de organización como presunción *iuris et de iure*). Sin embargo, la construcción debe ser la de la presunción *iuris tantum*, según la cual, podrá presumirse que el delito de la personas físicas es concreción del defecto estructural, siempre que no se demuestre lo contrario, esto es, que la persona jurídica si se había organizado debidamente.

¹²⁶ En este sentido, TIEDEMANN, K.: “*Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität..*” *op. cit.*

D. Problemas de este modelo de responsabilidad¹²⁷.

Las primeras y más precoces críticas a este modelo combatieron la idea de que la persona jurídica tuviera una capacidad de acción y de culpabilidad propias, además de la dificultad propia del ámbito de la imputación subjetiva¹²⁸, que permitieran la aplicación de una sanción penal.

Esto es, las mayores críticas a este modelo fueron dirigidas en un primer momento a la imputabilidad propia de la persona jurídica como sujeto penal, relacionadas también con las finalidades preventivas de la pena definidas para motivar la “voluntad humana”¹²⁹.

A ellas se unieron las ideas que preconizaban que la imposición de la pena a la persona jurídica a quién realmente perjudicaba era a los socios, accionistas o *stakeholders* de la misma, más que a la propia persona jurídica en sí.

¹²⁷ Pueden encontrarse planteamientos críticos con este modelo de autorresponsabilidad en: NIETO MARTÍN, A.: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo.*” *op.cit.*; SCHÜNEMANN, B.: “La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea” en BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S./ GÓMEZ JARA-DÍEZ, C. (Coord.): *Constitución Europea y Derecho Penal Económico: mesas redondas de Derecho y Economía*. Editado por Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 141-157 y GRACIA MARTÍN, L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *op. cit.*

¹²⁸ En este sentido, a título de ejemplo, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Editorial Reus, Madrid, 2007, pp. 145-146 expresa: “hasta ahora no se ha ofertado un análisis detallado alguno que respalde la idea de que existen sistemas con una auto-referencialidad que se aproxime siquiera a la complejidad de la psique humana“. En contra, GÓMEZ JARA-DÍEZ quien aboga por un concepto normativo de dolo basado en la imputación de un determinado conocimiento al sujeto empresa basado en determinados indicios. Así, en GÓMEZ -DÍEZ, C.: “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, pp. 177-206, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

¹²⁹ Algunos autores hablan de la incapacidad para “sentir el dolor de la pena” que tiene una persona jurídica. En este sentido, GÓMEZ JARA-DÍEZ, C.: “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas?..., *op. cit.*, p. 182.

Posteriormente, se fueron desarrollando otras críticas¹³⁰ considerando que este modelo de responsabilidad también establece una responsabilidad muy objetivizada, basada exclusivamente en responsabilizar a la persona jurídica por el hecho de que los delitos se cometan en su provecho. Partiendo de esta concepción, resulta bastante difícil imaginar una atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica en base a su pretendida organización defectuosa, cuando las personas responsables de organizar diligentemente la persona jurídica son precisamente las personas que cometen el delito (las personas físicas con poder de dirección)¹³¹.

De hecho, únicamente las personas físicas que hayan asumido jurídicamente (por contrato o por Ley) el deber específico de contención de riesgos en la empresa, se sitúan en una posición legítima para que, de su omisión en los deberes de vigilancia que les son propios en el seno de la empresa, puedan derivarse responsabilidades penales.

Es decir, para este sector doctrinal¹³², el analizado fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas podría duplicarse al pretender

¹³⁰ Entre ellos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “Autorregulación y Derecho penal de la empresa”: ¿una cuestión de responsabilidad individual?, en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Autorregulación y sanciones*, pp. 200-252, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

¹³¹ En este sentido ROBLES PLANAS, R.: “Pena y persona jurídica..., *op. cit.*, edición digital: “desde el punto de vista determinante para el Derecho Penal, la persona jurídica no es libre independientemente de las personas físicas que la componen”, “la persona jurídica no actúa de forma independiente a la de las personas físicas”; “la persona jurídica no puede impedir lo que las personas físicas quieran hacer” o, la expresión que mejor lo define: “la irresponsabilidad organizada había quedado atrás: el responsable de la irresponsabilidad es el administrador”. En el mismo sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles”, *op. cit.*; o en la doctrina alemana LAMPE, E.J.: “*Strafphilosophie: Studien zur Strafgerechtigkeit...*” *op. cit.* ha definido como “injusto del sistema” no se deriva necesariamente que de ese injusto tenga que responder la persona jurídica y no exclusivamente las personas físicas que se entienda que son competentes de la infracción de deberes organizativos desde sus puestos de responsabilidad.”

¹³² En este sentido, Robles Planas, es de la opinión que el hecho propio que pretende reputarse de la persona jurídica como fundamento de su responsabilidad no existe, por cuanto se trata de una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad: tras el falso velo de la culpabilidad penal de la persona jurídica, se oculta también la culpabilidad de la persona física. ROBLES PLANAS, R.: “Pena y persona jurídica..., *op. cit.*, edición digital.

responsabilizarlas de unas funciones (las de organización diligente, en un marco corporativo en el que no se cometan delitos) de las que ya unas personas en la organización son responsables de su evitación. En esta argumentación, este modelo de responsabilidad, no es más que una versión refinada del modelo de responsabilidad por atribución que establece una responsabilidad objetiva.

Por todas esas críticas, un sector de la doctrina no ve en la persona jurídica más que un estado peligroso, el cual podría ser objeto de intervención a través de medidas de seguridad o similares, situando el sistema de imputación de responsabilidad de las personas jurídicas fuera del ámbito del principio de culpabilidad o de modelos dogmáticos que no encuentran fundamento en un hecho propio de la persona jurídica¹³³.

Estos autores no consideran válido ni el modelo de transferencia de responsabilidad por vulnerar el principio de culpabilidad o el de personalidad de las penas, ni el modelo de responsabilidad por el hecho propio por cuanto consideran que imputar tal hecho a la persona jurídica, es también objetivizar su responsabilidad por cuanto quién realiza ese hecho propio (esa deficiente organización) es, al final del camino, el administrador. Por ello, para estos autores la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica solo puede hallar su acomodo fuera del Derecho Penal.

Así se argumenta que el establecimiento de una responsabilidad penal de la persona jurídica chocará irremediabilmente contra la realidad de que nunca se tratará de una asignación de responsabilidad penal fundamentada en actos, sino en la imputación de hechos ajenos.

Por ello, se propone ubicar este tipo de responsabilidad fuera del Derecho Penal de la culpabilidad, considerando que la persona jurídica sí ha de cargar con la

¹³³ *Ibid.* (edición digital): “Semejante imputación normativa de la conducta individual como propia del colectivo se reduce a una mera imputación objetiva, que puede ser suficiente para desencadenar consecuencias civiles o administrativas del injusto, pero no para la culpabilidad subjetiva y la pena. La afirmación de la imputación se caracteriza, pues, por una circularidad vacía de contenido”.

reacción punitiva (la multa como instrumento represivo y no disuasorio, o incluso como un incentivo para adoptar mecanismos de prevención y evitar la multa), aunque esta reacción no tenga porqué ostentar naturaleza penal.

Es la responsabilidad por el riesgo creado con su actividad, de forma que la persona jurídica no puede resultar beneficiaria de la actividad ilícita de sus administradores sino que, de algún modo, tiene que asumir su parte en esa responsabilidad.

Sin embargo, para ello ya teníamos la responsabilidad civil de la persona jurídica derivada de delito o el propio artículo 31.2 del Código Penal que establecía la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica del pago de la pena de multa impuesta al administrador o representante legal, solo para el supuesto de los delitos especiales propios¹³⁴. O el régimen de consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal basado en la peligrosidad de la persona jurídica como agente social, sin necesidad de definir un nuevo sistema de responsabilidad penal que tenga que respetar el principio de culpabilidad.

Otro planteamiento doctrinal¹³⁵ ha sido el Derecho penal individual de tres vías: penas, medidas de seguridad y sanciones de carácter penal a la empresa, reforzando la responsabilidad penal individual y defendiendo que los fundamentos de la culpabilidad empresarial no tenían por qué ser los mismos que los de la

¹³⁴ Autores como SILVA SÁNCHEZ/ ORTIZ DE URBINA “El artículo 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa..? *op. cit.*, señalan precisamente las similitudes de la noción responsabilidad por organización que se va imponiendo en el ámbito de la responsabilidad civil –haciéndola coincidir con una responsabilidad civil objetiva– con la idea de atribución de competencia a la empresa por su propia auto-organización, que se propone desde los modelos funcional sistemáticos de aproximación a la auto-responsabilidad penal de las personas jurídicas. Frente a ello, *Cfr.* MUÑOZ LORENTE, J.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de Ley de 2007 de reforma del Código Penal de 1995”, *La Ley Penal*, número 40, 2007, pp. 26-45, quién opina que lo relevante al respecto es que, mientras que desde el ámbito civil se reconoce que se está ante una responsabilidad objetiva basada en la obligación de soportar los costes que genera la actividad empresarial y no en la culpabilidad, la aproximación penal mencionada entiende que por esta vía se abre la puerta a la responsabilidad subjetiva de la empresa.

¹³⁵ *Cfr.* NIETO MARTÍN, A.: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo...*”, *op. cit.*, pp. 263-322, quien opina que la sanción a personas jurídicas representa una tercera vía dentro del derecho penal conjuntamente a las penas y medidas de seguridad.

culpabilidad individual y, por lo tanto, no es necesario argumentar si las citadas sanciones están basadas en la culpabilidad o en la peligrosidad.

3. El modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica escogido en Derecho español.

A. La Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio.

El artículo 31 bis que se introdujo con la promulgación de esta Ley Orgánica estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas en estos términos:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho 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 no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que dispone el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con

posterioridad a la comisión del delito, y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- (i) *Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*
 - (ii) *Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.*
 - (iii) *Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.*
 - (iv) *Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.*
5. *Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las organizaciones internacionales de derecho público, ni aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general¹³⁶.*

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

El Proyecto de Reforma previo a la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, recogía en la Exposición de Motivos una relación de propósitos cuál era:

“Para la fijación de la responsabilidad a las personas jurídicas, se ha optado por establecer una doble vía, pues junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la imputación de aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la

¹³⁶ La supresión de partidos políticos y sindicatos se produjo por Ley Orgánica 7/12, de 27 de diciembre.

persona jurídica el debido control sobre los que ostentan dicho poder de representación.”

Por su parte, el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ya promulgada dijo:

“Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación¹³⁷.

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

Es decir, todo lo que explicaba tanto el Proyecto de Reforma como la Ley Orgánica es que optaba por un modelo de doble incriminación, en el que era necesario que el delito se cometiera por determinadas personas físicas aunque la falta de individualización del autor, persona física, no impedía la atribución de responsabilidad a la persona jurídica. Paralelamente, en los casos en que éste pudiera individualizarse, se establecía una responsabilidad acumulativa, es decir, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluía la de las personas físicas que hubieran cometido el hecho en su nombre o por su cuenta.

Dicha responsabilidad acumulativa se regulaba en consonancia con las disposiciones del Derecho de la Unión Europea y la mayor parte de las regulaciones de nuestros países vecinos.

Ello implicaba que no había sido uno de los objetivos de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas evitar la asignación de responsabilidades individuales en estructuras jerárquicamente organizadas y

¹³⁷ La negrita y el subrayado son nuestros.

complejas¹³⁸. Aunque, sí lo había sido el hecho de que esa difícil asignación de responsabilidad individual no impidiera la declaración de responsabilidad de la persona jurídica.

Se establecía de este modo un sistema dualista adoptado del ámbito comunitario, sin diferenciar, no obstante, los dos regímenes sancionatorios que este ámbito sí respetaba¹³⁹: (i) cuando el hecho de referencia es realizado por directivos de la persona jurídica, se proponen consecuencias más graves, y (ii) cuando el hecho es cometido por empleados se propone la imposición de “medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

En consecuencia, se permitía una imputación amplia de los hechos a las personas jurídicas, de manera que respondían tanto de los hechos cometidos por representantes y administradores, como de hechos cometidos por empleados, estableciendo una uniformidad de consecuencias, no prevista en los instrumentos jurídicos comunitarios.

Se partía, por lo tanto, de que el eventual delito siempre tiene que haber sido cometido por una persona física (sea por una persona con poder de representación

¹³⁸ Otros Códigos Penales de nuestro entorno, como el Código Penal suizo establecen (junto a una responsabilidad primaria o directa en un número determinado de delitos basada en el defecto organizativo con incidencia en la deficiente prevención del delito) la responsabilidad subsidiaria de la persona jurídica si no es posible individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En traducción del artículo 100 *quater*: “la empresa es responsable si la falta de adscripción del hecho a la persona individual se debe a una carencia de la organización interna”. Es la denominada irresponsabilidad organizada, un argumento más para convencernos de la necesidad de implementar un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica. Este tipo de cláusula es una de las características principales de los denominados modelos de responsabilidad alternativa o subsidiaria (opuestos a los de responsabilidad cumulativa). Se encuentra un análisis en profundidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Suiza en LACHENAL, P.: “Switzerland, Criminal Liability of Companies Survey”, *Lex Mundi*, 2008, pp. 308-322 y en PERRIN, B.: « La responsabilité pénale de l’entreprise en droit Suisse » en PIETH, M./ IVORY, E. (Eds.): *Corporate Criminal Liability, Emergence, Convergence and Risk*, Springer, 2010, pp. 193-225.

¹³⁹ Así, por ejemplo, en derecho anglosajón, la infracción cometida por uno de los sujetos pertenecientes a la cúspide de la pirámide societaria, supone una mayor sanción al considerarse que la culpabilidad de la empresa es mayor. En el mismo sentido, el Decreto Legislativo Italiano 231/2001, de 8 de junio, denominado *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*. Esa es la dirección, como veremos a continuación al analizar su reciente Circular 1/16, que quiere tomar la FGE.

o un subordinado a ésta), esto es, se establecía en todo caso un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de otro. Determinar si eso constituye un modelo de responsabilidad vicaria, será objeto de análisis en este apartado.

En primer lugar, cabe decir que la redacción del artículo 31 bis del Código Penal no partía de que las personas jurídicas serán autores o partícipes de un hecho delictivo, sino que integra la locución: “*las personas jurídicas serán penalmente responsables¹⁴⁰ por los hechos cometidos por...*”, es decir, que los delitos los cometen en realidad las personas físicas¹⁴¹.

Entrando en el análisis del modelo de atribución de responsabilidad penal escogido, de la lectura del precepto en lo que sería una interpretación literal del mismo, una primera conclusión superficial pudiera ser que el legislador optó por el establecimiento del modelo de responsabilidad derivada o por atribución para aquellos delitos que cometieran representantes legales o administradores, y que, en todo caso, la discusión podía estar en cuál era el modelo asumido para los delitos que cometieran los subordinados a éstos “*por no haberse ejercido sobre ellos el debido control*”.

En este sentido, la primera cuestión que se planteó con la promulgación de esta novedosa Ley Orgánica fue quién debió haber ejercido el debido control: ¿los representantes legales o administradores a los que se refiere el primer párrafo, o

¹⁴⁰ El subrayado es nuestro.

¹⁴¹ En este sentido, BACIGALUPO, S. considera que “*en realidad, el legislador no elabora un modelo de imputación en sentido estricto, sino que describe la determinación de unos hechos que permitirán la atribución de estos a las personas jurídicas*” en “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno” *op. cit.* En la misma línea, Mir Puig considera que el vocablo *societas delinquere non potest* continúa vigente más que nunca tras la reforma de 2010, siendo únicamente superado por el que reza *societas puniri non potest* en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015...*, *op. cit.*, p. 162-191. En idéntico sentido, GÓMEZ MARTÍN, V.: “Falsa alarma: societas delinquere non potest..” *op. cit.* p. 331.

bien, la propia persona jurídica con el establecimiento de un modelo de organización que vele por dicho debido control¹⁴²?

Para que el debido control pudiera ser entendido como criterio de imputación a la persona jurídica de su propio hecho y por su propia culpabilidad, era imprescindible dotarle de un contenido estructural, es decir, de entenderlo como referencia a una conducta social de defecto de control u organización, basada en la ausencia de los mecanismos de control adecuados, y no a la omisión individual del deber de control por parte de las personas físicas correspondientes¹⁴³.

Una primera respuesta parecía encontrarse en el Preámbulo del propio texto legal al que acabamos de referirnos cuando expresamente establecía “*se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica¹⁴⁴ el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura objetiva de esta regla de imputación.*”

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley¹⁴⁵ al manifestar: “*Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas, junto a la imputación de delitos cometidos en su nombre o por su cuenta y en su provecho por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la imputación de aquellas infracciones*

¹⁴² Y ello aunque la respuesta, en la práctica, pueda ser la misma, pero, a efectos de definir el modelo de imputación de responsabilidad, la respuesta es importante.

¹⁴³ Precisamente así de explícita es la Ley 20.393 Chilena en materia de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Puede leerse en su artículo 3: “Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente”, manifestando una clara relación entre el debido control (deber de dirección y supervisión) y los modelos de prevención de delitos, además de un respeto hacia la idea de que los deberes de supervisión no son absolutos y omnicomprendivos, sino que se entienden satisfechos con el establecimiento de un programa de prevención de delitos eficaz.

¹⁴⁴ El subrayado es nuestro.

¹⁴⁵ Dictamen 1404/09 de 29 de octubre de 2009, disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2009-1404>.

propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control¹⁴⁶ sobre los que ostentan dicho poder de representación”.

Sin embargo, el punto 3 del artículo 31 bis en la redacción dada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio, advertía que *“la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control¹⁴⁷, de circunstancias...”*, sembrando la confusión y abriendo el debate de si la imputación subjetiva recaía sobre las personas físicas a las que efectivamente correspondía el control de la actividad en cuyo marco se produjo el acto ilícito.

En la misma línea se pronunciaba el artículo 66 bis del Código Penal cuando preveía la posibilidad de agravar la sanción a la entidad en función del puesto que ocupe en la estructura jurídica la persona física u órgano que incumplió el deber de control¹⁴⁸.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE)¹⁴⁹ negaba rotundamente que en este segundo supuesto se estuviera acogiendo un *“modelo sui generis de responsabilidad directa de la corporación”* o de la llamada *“culpabilidad de la empresa”*, asimilándolo con el supuesto del primer párrafo del artículo 31 bis 1.

La FGE con ocasión de la promulgación de esta Ley Orgánica manifestó que: *“se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial, de modo que las personas jurídicas pueden resultar penalmente responsables de los hechos cometidos por determinadas*

¹⁴⁶ El subrayado es nuestro.

¹⁴⁷ El subrayado es nuestro.

¹⁴⁸ Artículo 66 bis del Código Penal: *“En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:(...)c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.”*

¹⁴⁹ En la Circular 1/2011 que llevaba por título *“relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”*.

personas físicas siempre que concurran las específicas condiciones a las que se refiere el precepto.”

Asimismo, en dicha Circular se dejaba dicho que: *“el precepto asume las peculiaridades que distinguen a las personas jurídicas y realiza un esfuerzo – desatendido sin embargo por buena parte de la doctrina científica- por mantener intactas nuestras categorías dogmáticas tal y como las conocemos, de modo que su aplicación no obliga a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, a día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos¹⁵⁰”*.

Sin embargo, y como acertadamente indicó el Consejo General del Poder Judicial¹⁵¹, aunque la interpretación literal del articulado que se había incluido con la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal nos pudiera llevar a considerar que quien omite el debido control, dolosa o culposamente, es la persona física situada en la cúspide, si lo que se desea, por principios constitucionales, es una imputación a la persona jurídica del hecho delictivo como propio, que es el criterio de imputación técnicamente más homologable con el Derecho, la jurisprudencia y la doctrina comparados, la interpretación no debiera ser ésa¹⁵².

¹⁵⁰ Crítico con dicho planteamiento, GÓMEZ JARA DÍEZ, C.: “La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría, necesidad para la práctica..., *op. cit.*, edición digital, al afirmar: “en el fondo, no es de extrañar dicha posición de la Fiscalía en la Circular, ya que ésta vulnera constantemente principios penales tan fundamentales como el de responsabilidad por el hecho propio, el de culpabilidad, o en fin, el de proscripción de la responsabilidad objetiva. ¿Para qué proceder a la tarea de elaborar la teoría jurídica del delito para personas jurídicas cuando resulta mucho más sencillo condenarlas vulnerando los principios y garantías del Derecho Penal?”.

¹⁵¹ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica que modifica el Código Penal realizado en el año 2009.

¹⁵² Así, el Consejo General del Poder Judicial recomendó expresamente la modificación de este artículo para que introdujera más claramente un criterio de imputación propio a la persona jurídica. “En consecuencia, el artículo 31 bis 2 debe mejorarse para evitar interpretaciones incompatibles con la atribución del hecho como propio a la persona jurídica. Para ello es imprescindible una referencia expresa a que la imputación del hecho a la persona jurídica en estos casos se debe a la ausencia de mecanismos de control adecuados, o mejor, a un defecto de organización relevante para la comisión del hecho delictivo.”

Respecto al modelo asumido, la FGE hablaba de un “*sistema de heteroresponsabilidad penal o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente*”, en la medida que hacía responder a las personas jurídicas de los delitos cometidos por las personas físicas. Se refería asimismo a la responsabilidad del hecho personal por representación cuando hablaba de la responsabilidad que derive de los gestores, según el cual, “*algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos*”¹⁵³.

Una responsabilidad, en palabras de la FGE, que “*si bien no es independiente, si es autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa de la persona física*”¹⁵⁴.

En relación con la posible exención de responsabilidad penal para la persona jurídica si había desplegado un comportamiento diligente con anterioridad a la comisión del delito, así de contundente se manifestaba la FGE: “*los programas de autorregulación corporativa, Compliance guide o corporate defense, podrán servir de instrumento para evaluar el contenido real del mandato del que es titular el gestor o representante y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra el debido control de la actividad empresarial en el caso concreto, pero no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa a la que no se refiere el artículo 31 bis del Código Penal y que constituye una categoría de todo punto ajena a nuestra dogmática penal*”¹⁵⁵.

La conclusión no ofrecía lugar a dudas: en ningún caso, la FGE se iba a mostrar favorable a la posibilidad de exonerar de pena a la persona jurídica que hubiere

¹⁵³ En la Circular 1/2011..., *doc. cit.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*

adoptado dichos programas de prevención de delito con anterioridad a la comisión del mismo, eliminando de un plumazo cualquier atisbo de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica.

Algunos autores¹⁵⁶ destacaron ya en ese momento lo difícil que resultaba asumir en una tradición como la nuestra, erigida sobre la idea de responsabilidad propia e intransferible, que pueda establecerse en el ámbito penal una responsabilidad derivada de la de otro, una responsabilidad por hechos ajenos, si bien eso ha sucedido siempre en el ámbito administrativo o civil. La única forma de evitar tal desatino era, como dijimos anteriormente, condicionar la responsabilidad penal de la persona jurídica a la existencia de determinados presupuestos (la teoría de la representación en el primer caso¹⁵⁷ o la infracción de un deber de vigilancia en el segundo).

En esta misma línea, la FGE manifestó—para salvar el escollo de la constitucionalidad— que la persona jurídica no sería siempre y en todo caso responsable por los hechos cometidos por las personas que la representan, sino en determinados supuestos y bajo unas específicas circunstancias, *“actuando estas variables a modo de filtros que evitan incurrir en el automatismo de una responsabilidad puramente objetiva”*.

Asimismo, la persona jurídica iba a ser ahora sujeto pasivo del procedimiento penal e iba a poder defenderse. Además esos filtros que se establecían para hacer responsable a la persona jurídica, negaban la objetividad de tal responsabilidad.

En este sentido se pronunciaba asimismo la Circular: *“no hay razón para considerar más conforme con el principio de responsabilidad por el propio hecho imputar a la persona jurídica su organización deficiente o su comportamiento*

¹⁵⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: “La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Claroscuros de una novedad” *op. cit.*, p. 980.

¹⁵⁷ Aunque no del todo, por cuanto el artículo 31 bis del Código Penal no acoge puramente la teoría de la identificación o de la representación, según la cual la persona que con su actuar contrario a derecho transfiere la responsabilidad penal a la persona jurídica solo es aquella que formalmente puede representarla y actuar “en su nombre”. Sin embargo, el artículo 31 bis permite no solo la actuación “en su nombre” sino también la actuación “por su cuenta”.

errático, cuando sin duda estas anomalías son igualmente atribuibles a las carencias de sus gestores, órganos unipersonales o colegiados compuestos siempre y en último término, por personas físicas”¹⁵⁸.

Sin embargo, gran parte de la más prestigiosa doctrina¹⁵⁹, optó por realizar una interpretación del artículo 31 bis más acorde con la proscripción de la responsabilidad penal objetiva (sea esta de una persona física o jurídica). Para esta parte de la doctrina, la teoría de la identificación antes apuntada para el primero de los supuestos de derivación de responsabilidad, no se erige como interpretación válida conforme a Derecho sino que, a ello, hay que añadir algún tipo de actuar propio de la persona jurídica para poder ser imputada penalmente por la comisión de un delito.

Así, dicha interpretación partía de la base de que si el artículo 31 bis establecía como circunstancia atenuante el establecimiento de medidas de prevención de delitos con posterioridad a la comisión del delito, el establecimiento anterior de dichas medidas (siempre que fuera idóneo *ex ante* para la prevención de dichos delitos) debía llevar necesariamente a la exención de responsabilidad penal a la persona jurídica también por delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, por sus representantes legales o administradores.

¹⁵⁸ Precisamente en la línea de los que criticaban el modelo de responsabilidad directa o propia que hemos visto en el apartado anterior.

¹⁵⁹ *Cfr.* MORALES PRATS, F.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, artículo 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 del Código Penal” en QUINTERO OLIVARES, G.: *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 45-71, quién había “criticado” este artículo 31 bis, manifestando que debería haberse optado por incluir alguna referencia al defecto de organización como criterio de fundamentación de la responsabilidad penal de los entes, y no solo eso, sino que este defecto de organización alcanzase el nivel de “habilitante” o “relevante” para la comisión del hecho. Este autor, se reputaba asimismo partidario de la posibilidad de definir un concepto de culpabilidad para las personas jurídicas desde parámetros estrictos del reproche jurídico. Asimismo, GÓMEZ JARA-DÍEZ, C.: “Fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica...”, *op. cit.*, pp. 94-97 y “*La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica...*”, *op. cit.*, edición digital. También *Cfr.* ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: “Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica Societas Delinquere Potest)...” *op. cit.*, p. 263-281 o PÉREZ MANZANO, M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas.” *op. cit.*, p. 15-27. En el mismo sentido *Vid.* BACIGALUPO SAGGESE, S.: “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno...” *op. cit.*, edición digital, vinculando ese déficit de organización a la culpabilidad más que al injusto.

Nada iba a poderse reprochar a la persona jurídica diligentemente organizada y fiel a Derecho que hubiera establecido dichos programas con anterioridad a la comisión del delito, para poder fundamentar una atribución de responsabilidad penal constitucional.

A mayor abundamiento, la barrera de la intervención del Derecho Penal podía situarse más allá, defendiendo que, en términos de culpabilidad, debía exigirse a la persona jurídica una conducta contraria a Derecho con dolo o imprudencia, con carácter añadido a la realización del mero injusto típico (el no haber establecido esas “*medidas eficaces para descubrir y prevenir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*”¹⁶⁰). Esto es, que en el caso de que la empresa hubiera establecido medidas para descubrir y prevenir delitos, pero se pudiera inferir que éstas medidas *ex ante* no eran eficaces para dicho fin, el mero establecimiento de las medidas podía interpretarse con una cultura empresarial de fidelidad al derecho y la persona jurídica podía resultar exenta de responsabilidad al negarse su culpabilidad, aún y pudiendo haber cometido un injusto típico.

Bajo esta argumentación, la imputación por defecto de organización admite las formas dolosa y culposa y, por tanto, es compatible con el artículo 5 del Código Penal que establece que “*no hay pena sin dolo o imprudencia*”.

Otros autores¹⁶¹ resaltaron las incoherencias en el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica escogido por el legislador, en el sentido de que, si bien de una interpretación sin apriorismos podía concluirse que el modelo escogido por el legislador era el de la transferencia, existían determinados elementos en la regulación escogida que ponían en duda que el modelo de atribución escogido fuera ese, entre ellos: (i) cómo podía transferirse un hecho no delictivo (por ejemplo, el hecho, a pesar de típico y antijurídico, no culpable) de la

¹⁶⁰ A las que expresamente aludía el artículo 31 bis.4 d).

¹⁶¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas...*, *op. cit.*, pp. 15-39.

persona física a la jurídica, dando lugar a su propia responsabilidad en un modelo de pura transferencia de responsabilidad; (ii) cómo podría transferirse la responsabilidad a la persona jurídica si no se había individualizado a la persona física autora del delito; o (iii) cómo podía establecerse un sistema de atenuantes exclusivo de la persona jurídica en un modelo puro de transferencia¹⁶².

Asimismo, el hecho de que la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica incluyera conceptos tales como la reacción ante el delito (culpabilidad empresarial reactiva) o la reincidencia en el marco de la empresa como aspectos a valorar, o que las empresas de pequeñas dimensiones mereciesen un trato diferenciado en el análisis de su responsabilidad penal, ahondaban en la consideración de que el modelo escogido por el legislador tampoco era puramente un modelo vicarial¹⁶³.

Otros autores consideraron¹⁶⁴, sin embargo, que el modelo escogido por el legislador había sido el de la culpabilidad por el hecho propio de la persona jurídica (residenciando el déficit organizativo de la persona jurídica en la culpabilidad y no en el tipo), porque, sino era así, ¿cómo podría optarse por un modelo de responsabilidad que permitía responsabilizar penalmente a la persona jurídica independientemente de que se individualizara o no la persona física? A *fortiori*, la única interpretación constitucionalmente posible era esa.

¹⁶² Ahondando en lo híbrido del sistema, BACIGALUPO ZAPATER, E.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, la teoría de la pena y los sujetos de Derecho Penal” en *Compliance y Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 61-79, quien opinó que el texto proyectado mezcla de manera poco clara el llamado modelo de imputación, basado en la atribución directa a la persona jurídica del hecho punible de los administradores y representantes, con el modelo de la culpabilidad de la organización, que requiere, la comprobación de un déficit organizativo que haya posibilitado la comisión del delito, equivalente a la culpabilidad de las personas individuales en forma de culpabilidad de la organización.

¹⁶³ A favor también de la consideración mixta del modelo escogido se pronuncian MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal, Parte General...*, *op. cit.*, p. 645.

¹⁶⁴ *Cfr.* ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Societas delinquere potest...”, *op. cit.* (edición digital), quien asimismo denuncia que se module bajo el principio de la proporcionalidad las penas impuestas a personas físicas y jurídicas por los mismos hechos cuando los sujetos y, por lo tanto, los hechos cometidos por cada uno, distintos.

Por otra parte, otros autores estimaron¹⁶⁵ también que la única forma de salvar el escollo de la constitucionalidad, era considerar a las penas que iban a imponerse a las personas jurídicas, una “*especie de penas sin culpabilidad*”¹⁶⁶. Esto es una especie de sanciones administrativas o *pseudo* medidas de seguridad¹⁶⁷, en el sentido, además, de que todo en esas penas previstas para las personas jurídicas, es básicamente económico o preventivo.

Así, y citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”)¹⁶⁸ que defiende dentro del término “pena” cualquier “medida” que se imponga consecuencia de una condena y a causa de un hecho penal, parte de la doctrina¹⁶⁹ defendía que, aunque el Código Penal las denomine “penas” no deben entenderse en el mismo sentido que las penas de las personas físicas, sino en el sentido apuntado por el TEDH.

Algún otro planteamiento doctrinal¹⁷⁰ consideró que la redacción de artículo 31 bis¹⁷¹ se planteaba como de participación de la persona jurídica en el delito cometido por otro y, concretamente, una participación omisiva imprudente en el

¹⁶⁵ MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015...*, *op. cit.*, p. 46. En el mismo sentido, considerándolo una abierta consagración de la responsabilidad por hechos ajenos y una expresa renuncia a los postulados de personalidad de las penas y de la responsabilidad penal como manifestaciones fundamentales del principio de culpabilidad, *cf.* ROBLES PLANAS, R.: “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis...”, *op. cit.*, edición digital.

¹⁶⁶ En concreto, MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015...*, *op. cit.*, p. 238-249: “las penas previstas para personas jurídicas sólo pueden admitirse sin infringir gravemente el principio de culpabilidad si se distinguen claramente de las penas para las personas físicas y se les priva del significado simbólico de reproche fuerte que las caracteriza.”

¹⁶⁷ En este sentido, algunos autores consideran que las nuevas penas previstas para las personas jurídicas siguen teniendo naturaleza de consecuencias accesorias y comparten la finalidad de prevenir la peligrosidad objetiva de la empresa. Así, LUZÓN PEÑA, D.: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2º edición, 2012, p.27.

¹⁶⁸ Entre otras, sentencia de 17 de diciembre de 2009, 19.359/04 – M. c/ Alemania.

¹⁶⁹ MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015...*, *op. cit.*, pp. 238-249.

¹⁷⁰ *Vid.* RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “La responsabilidad penal de las empresas y los *Compliance Programs*”, *Estrategia Financiera*, 281, 2011, pp. 60-65.

¹⁷¹ Al hacer referencia a la infracción del debido control de la persona jurídica, aunque solo en el párrafo segundo del punto 1 del artículo 31 bis.

delito de otro, considerando, además, que la persona jurídica no puede tener un comportamiento activo ni doloso.

Nos cuestionamos enormemente la legitimidad de dicha propuesta por cuanto no cabe una participación imprudente en Derecho Penal, desde el momento en que el “doble dolo” del partícipe es un requisito *sine qua non* en nuestro país para la declaración de responsabilidad penal del mismo.

Lo cierto es que el propio Consejo General del Poder Judicial¹⁷² advirtió que este modelo de responsabilidad podía rozar la inconstitucionalidad al establecerse prácticamente una responsabilidad objetiva (la cual, se salvaría con una referencia al defecto de organización de la persona jurídica como hecho propio que legitimaría su imputación).

En este sentido, el citado Consejo manifestaba que la imposición de penas a las personas jurídicas por actos cometidos por otros sujetos, suponía la vulneración de los principios de culpabilidad y responsabilidad personal, al desvincularse de la acción antijurídica y culpable del sujeto.

Por ello, dicho organismo aconsejó articular este tipo de responsabilidad penal de las personas jurídicas de forma independiente al Código Penal, por cuanto la extensión de las categorías dogmáticas previstas en la Parte General del Código Penal (basadas, fundamentalmente, en el dolo o la culpa) a las personas jurídicas no se reputaba como posible¹⁷³.

¹⁷² Ya en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modificaba el Código Penal, propuesto en la anterior legislatura, *doc. cit.*

¹⁷³ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica que modifica el Código Penal realizado elaborado en el año 2009: “*El Consejo considera que el virtual efecto contaminante de estos cuerpos extraños, en cuanto puede desembocar en un retroceso de las garantías del Derecho Penal, hace aconsejable que toda esta materia, en gran parte novedosa, polémica doctrinalmente, no asentada en legislaciones de nuestro entorno y necesitada de un tratamiento integral acerca de todas las materias a las que ha dedicado su atención la dogmática penal (en materia de formas imperfectas de ejecución, autoría y participación), se plasme, de considerarse preciso, en una ley especial independiente del Código Penal, como sucede en Alemania e Italia, que recoja lo que se ha dado en llamar “Derecho Penal accesorio de personas jurídicas” –como sucede, mutatis mutandi, con el Derecho penal de menores– sin que sea necesario revisar a fondo las categorías dogmáticas de acción y culpabilidad ni reformular la teoría de la pena; bastaría con que la relación de la*

Por su parte, el Consejo de Estado¹⁷⁴, consideró que el artículo 31 bis en la redacción dada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio, no establecía ningún criterio específico de imputación del hecho a la persona jurídica como hecho propio, sino que seguía un (peculiar) sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de otro, sin excluir la responsabilidad criminal individual de las personas físicas que hubieran delinuido en su seno. Dicho órgano consultivo consideraba imprescindible identificar el concreto criterio que permitía la imputación objetiva y subjetiva del hecho a la persona jurídica, y establecer consecuencias de diferente gravedad, cambiar el criterio de control para darle un sentido estructural, e incluir una cláusula sobre la noción de persona jurídica.

En definitiva, el modelo que se escogió en el 2010, muy próximo al modelo de responsabilidad vicarial (si bien con los matices que se han ido apuntando a lo largo del presente apartado, que pivotan fundamentalmente sobre la autónoma responsabilidad de la persona jurídica) no satisfizo, parece, más que a la FGE, por cuanto el hedor a responsabilidad objetiva de este nuevo sujeto penal era evidente y solo salvable con mucha voluntad de los intérpretes jurídicos.

B. La Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo.

Esta última y más reciente reforma¹⁷⁵, como se conoce, partió de las recomendaciones de los expertos de la OCDE¹⁷⁶ quienes, con el fin de comprobar

persona jurídica con el hecho delictivo legitime la pena en virtud de categorías particulares aplicables a la persona jurídica.” (el subrayado es nuestro).

¹⁷⁴ En su Dictamen 1404/09..., *doc. cit.*

¹⁷⁵ Sobre la cual se han vertido ya ríos de tinta: SÁNCHEZ MELGAR, J.: “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”, *Práctica Penal: Cuaderno Jurídico*, número 79, 2015, pp. 24-31; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2015, pp. 151-210 o QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2015...*, *op. cit.*, entre muchos otros.

¹⁷⁶ En concreto, las recomendaciones hechas por la OCDE en el Informe adoptado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012 correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 (también conocido como “Convenio Anti-

el grado de adaptación de nuestro Derecho al Convenio sobre la Corrupción en Transacciones Internacionales, solicitaron como recomendación la mayor delimitación del vocablo “*debido control*” de la anterior regulación del artículo 31 bis 1 b) del Código Penal¹⁷⁷.

Así se manifestó en el Preámbulo de la misma, en el que se deja claro ya desde ese inicio que el modelo de responsabilidad en el que está pensando el legislador es un modelo de responsabilidad de la persona jurídica por el hecho propio y no en un modelo de responsabilidad vicarial¹⁷⁸, como sigue manteniendo parte de la doctrina¹⁷⁹.

Así, sea por recomendaciones o porque político-criminalmente interesaba incentivar a las empresas para que adoptaran estos modelos de prevención de delitos, lo cierto es que el inicial modelo de responsabilidad del año 2010 sufrió en el año 2015 una importante modificación.

Se defenderá en el presente trabajo que el modelo de auto-responsabilidad, por contraposición al modelo de responsabilidad por hecho de otro o responsabilidad vicarial, no tiene porqué ser incompatible con la constatación de un hecho

cohecho”), que ha sido ratificado hasta la fecha por 41 Estados, los 34 miembros de la OCDE, más Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Letonia, Rusia y Sudáfrica.

¹⁷⁷ “En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las circunstancias del caso.” (el subrayado es nuestro).

¹⁷⁸ Así puede leerse en el Preámbulo de dicha Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo: “Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica”.

¹⁷⁹ Entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas..., *op. cit.*, pp. 151-210, quien manifiesta que, a pesar de los cambios que conlleva la nueva redacción del artículo 31 bis, se mantiene un modelo vicarial o de hetero-responsabilidad, en el que ambas alternativas de transferencia de la responsabilidad criminal a la persona jurídica requieren como presupuesto común la previa realización de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas en uno de los dos grupos del apartado 1º (hecho de conexión). En síntesis, en el seno de un intenso debate doctrinal, el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno y no en un hecho propio (injusto y culpabilidad).

delictivo previo por parte de una persona física, por cuanto, lo que define que el modelo sea de auto-responsabilidad no es la verificación de un hecho delictivo por parte de una persona física, sino cual es el verdadero fundamento de la responsabilidad.

Así, el modelo escogido por nuestro legislador en el año 2015 residencia el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica en el defecto organizativo de carácter estructural, a lo que se ha optado por añadir como requisito la previa constatación de un delito por una persona física en determinadas circunstancias (en beneficio, dentro de los límites del mandato, etc.). Y ello para los dos supuestos de responsabilidad (delitos cometidos por representantes y por subordinados).

Cierto es que el esquema es el de la exoneración de responsabilidad penal una vez cometido el delito por la persona física, pero la interpretación que se realiza, en consonancia con lo que han sido los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo que veremos a continuación, parte de lo que creemos constituye el fundamento de la responsabilidad.

El hecho de que se exija la previa constatación de un delito por una persona física, como hemos visto, divide el debate de si en el fondo trata de enmascararse de nuevo el modelo de transferencia o responsabilidad vicarial, puesto que la responsabilidad penal de la persona jurídica pudiera haberse establecido como injusto de peligro¹⁸⁰, lo que no llevaría a duda sobre el modelo puro de auto-responsabilidad.

Tampoco cualquier defecto estructural será relevante a efectos penales, sino solamente el que incide sobre el comportamiento delictivo que se ha verificado¹⁸¹. Esto quiere decir, que habrá que atender al delito en cuestión y ascender en la

¹⁸⁰ Aunque pudiera resultar más propio de la responsabilidad civil que de la penal, el castigar por un estado peligroso a la persona jurídica que no estructura correcta y diligentemente su organización, cuando no se ha constatado la comisión de un delito.

¹⁸¹ “Modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza del que se ha verificado.”

averiguación de si la organización de la empresa era correcta a efectos de su evitación, o cuanto menos, de reducción del riesgo de su comisión.

Paralelamente, y debido a esa coexistencia de responsabilidades penales, podrá hablarse de un modelo de hetero-responsabilidad o de co-responsabilidad, pero cada una de esas responsabilidades tendrá su propio fundamento, sus criterios de imputación, sus causas de exoneración y su régimen de atenuantes.

El artículo 31 ter incide en tal consideración cuando establece que:

- (i) la responsabilidad penal de la persona jurídica pueda ser declarada aunque no se haya podido individualizar a la persona física que haya cometido el delito pero que necesariamente haya tenido que ser *“una que ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior”*¹⁸².
- (ii) la persona jurídica podrá responder penalmente aunque la persona física se haya sustraído a la acción de la justicia o no se haya podido dirigir el procedimiento contra ella por ejemplo por que haya fallecido.
- (iii) las circunstancias que afecten a la culpabilidad de la persona física o agraven su responsabilidad no excluyen ni modifican la responsabilidad de la persona jurídica.

Asimismo, la previsión del artículo 31 bis apartado 5.2 del Código Penal al establecer como contenido de los programas de prevención de delitos la incorporación de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de voluntad de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos, parece abogar de forma clara por la capacidad de acción de la persona jurídica en tanto ente diferenciado de sus miembros.

182

Ya nos hemos manifestado sobre las dudas que plantea este indeficiente redactado: qué personas en concreto, las de la letra a) (que son a la vez las que por acción cometen el delito o por la omisión de sus medidas de vigilancia y control?) o también las de la letra b?) parece resolverlas el punto inmediatamente posterior (artículo 31.2 ter cuando se refiere a “las personas que materialmente hayan realizado el hecho (las de la letra a) o las que los hubiesen hecho posible por no ejercer el debido control.”

Sin embargo, y al nacer ambas del mismo delito, aún y cuando la responsabilidad tenga distinto fundamento, la consecuencia penal deberá modularse para no incurrir en un castigo desproporcionado en función del daño causado (artículo 31 ter). Una pequeña patología del sistema que solo se explica para el caso de aquellas empresas sin personalidad jurídica material diferenciada de la de sus representantes legales o socios¹⁸³.

No es esta sin embargo la única patología del sistema. Encontramos otra en el hecho de que, en algunos de los delitos, la multa a imponer a la persona jurídica se calcula en función de la pena que establece el delito cometido por la persona física¹⁸⁴ y no en función del criterio general del sistema días-multa (artículo 50.2 del Código Penal) y la capacidad económica del sujeto empresa o, subsidiariamente, del beneficio obtenido o el daño causado con el delito (artículo 52 del Código Penal).

En realidad se ha pasado de una definición menos exigente (cuál era la del 2010) a la actual, que limita la intervención punitiva y requiere que se hayan incumplido gravemente (¿por parte de los sujetos correspondientes a la letra a) del artículo 31 bis?) los deberes de control, vigilancia y supervisión¹⁸⁵ para que en ese segundo

¹⁸³ Y es que nuestro legislador ha optado por un sistema de responsabilidad de la persona jurídica universal, sin limitarlo a aquellas personas jurídicas de una determinada dimensión (como ocurre en el sistema francés con la actual Ley Sapin II), siendo la única licencia para las empresas de pequeñas dimensiones el criterio de proporcionalidad en la pena de multa para persona física y jurídica del artículo 31 ter o el de posibilitar que el órgano de administración asuma las funciones del OVC en aquellas empresas que puedan presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas (criterio que, en nuestra opinión, choca con el requisito de la independencia que se espera del OVC). Señalando la prioritaria aplicación del principio non bis in ídem al criterio de proporcionalidad para las empresas “acusadamente individuales” MORALES PRATS, F.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, artículo 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 del Código Penal” en QUINTERO OLIVARES, G.: *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 57.

¹⁸⁴ Así: artículos 189 bis, 251 bis, 258 ter, 261 bis, 264 quater, 288, 302.2, 328, 369 bis, 427 bis, 576.5.

¹⁸⁵ “Artículo 31 bis: En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: 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.”

título de imputación pueda nacer la responsabilidad penal de la persona jurídica, en línea con el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal con el que únicamente son compatibles los incumplimientos más flagrantes.

Sin embargo, si ello lo leemos junto con el hecho de que las dudas imperantes acerca de si la adopción de programas de prevención de delitos con anterioridad a la comisión de los mismos en el seno de la empresa debían gozar o no, en la regulación de 2010, de eficacia exoneratoria¹⁸⁶, han quedado, con esta reforma, absolutamente disipadas, la conclusión debe ser la relación entre el debido control y la eficacia exonerante de los programas de prevención de delitos¹⁸⁷.

Esto es, que la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los subordinados que legitima la intervención penal sobre la empresa debe interpretarse con contenido estructural, es decir, como falta de modelos de organización y gestión dirigidos a prevenir delitos o manifiesta inidoneidad de los existentes, esto es, hecho propio de la empresa¹⁸⁸. Incide en esa consideración el hecho de que la causa de exoneración de responsabilidad penal para el caso de los delitos cometidos por los subordinados haga referencia a que “la persona jurídica haya adoptado modelos de organización y gestión” y no el Órgano de

¹⁸⁶ Puesto que la adopción con posterioridad gozaba de eficacia atenuante.

¹⁸⁷ En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016 de 26 de marzo cuando defiende que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede ser presumida una vez constatado el hecho base de la persona jurídica, sino que, independientemente de la categoría dogmática en la que se integren los modelos de organización y gestión (circunstancias eximentes, excusas absolutorias o elementos negativos del tipo) lo que sí exige el artículo 31 del Código Penal probar a la acusación es el “incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control.”

¹⁸⁸ El modelo italiano hace constar expresamente el contenido estructural de la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los subordinados que legitimaría la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, de manera que, existiendo un modelo de prevención de delitos eficaz, no habrá infracciones de deberes de vigilancia a los subordinados que pueda legitimar una tal transferencia. Así, el artículo 7 del Decreto 231/2001, de 8 de junio, establece: “*el ente es responsable si la comisión del delito ha sido posible por la inobservancia de las obligaciones de dirección o vigilancia. En todo caso, se excluye la inobservancia de las obligaciones de dirección o vigilancia si el ente, antes de la comisión del delito, ha adoptado y concretado eficazmente un modelo de organización, gestión y control idóneo para la prevención de delitos de la especie de los que se han verificado.*”

administración como ocurre en el caso de los delitos cometidos por los sujetos de la letra a).

Y ello por cuanto por “aclaración” no entenderemos que se haya pasado de “*que los subordinados han podido realizar el hecho por no haberse ejercido sobre ellos el debido control*” a “*que los subordinados hayan podido realizar el hecho por que los deberes de vigilancia, control y supervisión se han incumplido gravemente*”.

De manera que la única forma de interpretar aclarado el término “debido control”, en la línea de lo que exigieron los expertos de la OCDE es relacionarlo con la adopción de esos modelos de organización y gestión de prevención de delitos y siempre referenciados a la persona jurídica.¹⁸⁹

Lo que está fuera de toda duda es que el legislador ha optado por dotar de eficacia exonerante a esos comportamientos diligentes que cuenten con verdaderos y eficaces “modelos de organización y gestión” para la prevención de delitos, a pesar de que ocurra una conducta contraria a Derecho en el seno de la empresa.

Un Derecho Penal basado en la responsabilidad por el hecho y el dominio del mismo no podía optar por otra cosa. Es impensable defender un modelo de responsabilidad objetivo, en el que el sujeto imputable no puede hacer nada para quedar extramuros del Derecho Penal.

Y ahí va una importante consideración: la persona jurídica responde por el hecho propio, lo que quiere decir que el análisis de su responsabilidad se realizará

¹⁸⁹ Existe otra forma de entenderlo y es el término “aquéllos” que nuevamente establece el punto b) del artículo 31 bis 1 (referenciado a los superiores jerárquicos y disipando la duda de si quien tenía que ejercer el debido control era la persona jurídica –y ello nos situaba en un modelo de autorresponsabilidad – o los superiores jerárquicos a esos subordinados). Esta forma de interpretar aclarado el “debido control” no deja de ser superficial por cuanto en la anterior regulación ya existían suficientes pistas (apuntadas en el correspondiente apartado) que nos llevaban a considerar que el legislador estaba interpretando que quien tenía que ejercer el debido control era el superior jerárquico y, por lo tanto, no había hecho propio de la persona jurídica que legitimara su responsabilidad. Por otra parte, resultaría del todo punto contrario con el espíritu de la modificación legislativa apuntada (que precisamente pivota sobre la exoneración de la responsabilidad penal de la empresa si adopta modelos de prevención de delitos) considerar que ahora se opta por dotar de esa responsabilidad al superior jerárquico más que a la empresa en sí.

partiendo del hecho delictivo cometido por una persona física y cómo ha influido, si ha influido, la deficiente organización, la deficiente cultura de cumplimiento normativo. Esto es, el delito como síntoma de la deficiente organización.

Así, a día de hoy, sin establecerse un deber jurídico para las empresas, se otorga una exención de responsabilidad penal a las que hayan adoptado modelos idóneos (*ex ante*) para la prevención de delitos de la misma naturaleza que el que se ha cometido.

Ya desde la Recomendación dictada en 1988 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la responsabilidad penal de las empresas, se difundió la directriz de que la empresa debía quedar exenta de responsabilidad cuando su organización no se vio implicada en el delito cometido y tomó las medidas necesarias para impedir su comisión.

Los programas de prevención de delitos, que para la FGE solo eran el punto de partida para analizar el contenido real, funcional y material del mandato a los gestores o directivos sobre el que hacerles pivotar o no la deficiencia en el control de los subordinados para que, de ello se derivara o no la responsabilidad penal de la persona jurídica¹⁹⁰, han adquirido, sin duda, un nuevo tamiz en la reforma.

Sin embargo, procede hacer notar que la citada Circular manifestaba igualmente al respecto que *“cuando quede acreditado que los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección o reacción*

¹⁹⁰ Así se manifestaba en la Circular de constante referencia: *“dado que el precepto hace responder a la corporación por los hechos delictivos cometidos como consecuencia de la omisión del debido control en cada caso, resulta previsible que la persona jurídica oponga en su defensa el establecimiento previo de determinados estándares de prevención del delito en su seno, correspondiéndole la carga de la prueba acerca de su existencia y sobre todo, su incidencia real en los hechos.”* Para manifestar más adelante: *“la llamada política corporativa u organización empresarial resultaran útiles –no como fundamento de la imputación de la persona jurídica, ni como sustrato sobre el que hacer gravitar la culpabilidad de la empresa como concepto trabajosamente reenviado desde las personas físicas hasta las jurídicas- sino como instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra esa necesaria supervisión de la actividad empresarial en el caso concreto”.*

ante posibles delitos, no deberá en principio determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin perjuicio de las circunstancias atendibles en cada caso concreto”.

De este modo, existe un hecho propio que puede acometer el sujeto activo empresa para evitar la responsabilidad penal, lo que nos sitúa en el modelo de responsabilidad por hecho propio o el modelo de autorresponsabilidad.

Y ello indistintamente para los delitos cometidos por representantes como para los delitos cometidos por subordinados, pudiendo consistir la diferencia en la categorización dogmática de los modelos de prevención de delitos a la hora de atribuir responsabilidad a la persona jurídica. Así, en el primer caso la adopción de modelos (que el Código Penal atribuye al Órgano de administración) se configura como causa de exoneración de responsabilidad penal mientras que en el segundo, la adopción de los mismos (que el Código Penal atribuye propiamente a la persona jurídica) puede configurarse como elemento del tipo al referirse la infracción de deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los subordinados precisamente a la carencia de su adopción.

Por ello, pudiera estarse de acuerdo con la conclusión de que para el caso de los delitos cometidos por subordinados se acoge el modelo de responsabilidad por el hecho propio, mientras que para el caso de los delitos cometidos por los representantes el modelo es más híbrido al establecer el Código Penal el peso de la adopción de dichos modelos en el Órgano de administración.

Los críticos de la posibilidad de que la empresa sea sujeto activo, alzarán de nuevo la voz diciendo que, a fin de cuentas, esos modelos los adopta el representante legal o administrador, y que por lo tanto, la responsabilidad de la empresa sigue siendo objetiva. Ello ocurre tanto en el caso de los delitos cometidos por los directivos como en el caso de los delitos cometidos por los subordinados (aunque la redacción del artículo 31 bis pueda ser, como hemos visto, dispar). Pero ello, supone tanto como obviar la naturaleza jurídica de la

empresa o su propia personalidad jurídica, existente, de modo separado de la de su órgano de gestión¹⁹¹.

Previsiblemente basarán igualmente su argumentación en que desde el momento en que no se prescinde del hecho de la persona física, no es un verdadero modelo de autorresponsabilidad (existiendo la posibilidad apuntada de haber establecido un injusto de peligro para la persona jurídica sin necesidad de que se constatará previamente un hecho delictivo por la persona física)¹⁹².

Dogmáticamente, para poder hablar de exención penal, la construcción debería ser la siguiente: la no adopción de esos modelos de gestión idóneos para prevenir delitos (o reducir el riesgo de su comisión) por parte de la empresa (ese “*defecto de organización*”), de algún modo, ha aumentado el riesgo de comisión de delito en el marco empresarial. Ello determina que la comisión de ese concreto delito por la persona física debe poder imputarse, en términos de imputación objetiva, a ese aumento de riesgo provocado por la no adopción de esos modelos de gestión por la jurídica. Y ello, por supuesto, quedaría circunscrito en el ámbito del injusto típico que realiza la empresa.

En términos de culpabilidad, el reproche que puede realizarse a la misma es que, pudiendo dotarse de una autorregulación interna conforme a Derecho, ha optado por no hacerlo. Esa comisión por omisión admite tanto la forma dolosa (consciente y voluntariamente no ha adoptado esos modelos, conociendo que con ello, además, se aumentaba el riesgo de comisión de delito en la estructura empresarial) como la forma imprudente (de forma grave, no obstante, ha dejado sus más absolutos deberes de diligencia empresarial favoreciendo la comisión de delitos en el seno de la empresa).

¹⁹¹ Por mucho que, lógicamente, la cabeza visible y quién físicamente adopta los actos que obligan a la empresa sea ese órgano.

¹⁹² Por ello, un sector de la doctrina mantiene que el modelo escogido por nuestro legislador es un modelo de transferencia o, cuanto menos, un modelo imperfecto de auto-responsabilidad (modelo de transferencia limitado), debido a que no logra prescindir del delito de la persona física. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance...*, op. cit., p. 34, lo define como un “modelo de transferencia con incongruencias”.

En la estructura imprudente de la comisión por omisión, el deber jurídico que incumple la empresa debe estar bien delimitado. Si la adopción de estos modelos de gestión se hubiera definido como un mandato legal para la empresa (en la legislación mercantil o administrativa, probablemente) no habría problema para encontrar ese deber jurídico de actuar que infringe la empresa. Por el contrario, configurado así, habrá que acudir al deber genérico del diligente empresario al que hace referencia la legislación mercantil¹⁹³ o las fuentes materiales de la posición de garante fundamentadas en el deber de contención de fuentes de peligro que se ubican en su ámbito de organización¹⁹⁴.

El difícil encaje de una estructura típica imprudente (si nos situamos en esa perspectiva) para la empresa con la comisión de un delito doloso por la persona física, ya ha sido apuntado anteriormente¹⁹⁵.

El dictamen que elaboró el Consejo de Estado al Anteproyecto de esta Ley Orgánica¹⁹⁶ realizaba una serie de consideraciones importantes a la hora de definir el modelo de atribución de responsabilidad por el que ahora parece optar la ley.

En este sentido, manifestaba que la reforma proyectada permitía una mejor identificación del criterio de imputación del hecho a la persona jurídica, lo que respondía en parte a las críticas sobre el carácter vicarial que “*supuestamente tenía el sistema de 2010*”, al exigir en todo caso una conducta delictiva por parte

¹⁹³ Ya no tan genérico podría entenderse su incorporación al Capítulo III del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, principalmente, el deber de diligencia, cuyo artículo 225, tras la reforma operada por Ley 31/2014, impone a los administradores el deber de diligencia “de un ordenado empresario” exigiéndoles adoptar “las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”.

¹⁹⁴ Siguiendo la teoría de las funciones de KAUFMANN en la que luego entraremos.

¹⁹⁵ En este sentido Quintero Olivares opina que es bastante difícil relacionar el control con delitos dolosos, ante los cuales no hay normas de cuidado que los puedan prevenir adecuadamente, todo ello unido con el merecimiento de pena por delitos dolosos “*imprevisibles o indetectables*” que cometan las personas físicas. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2015...*, op. cit., pp. 77-93.

¹⁹⁶ Dictamen 358/2013..., doc. cit.

de determinadas personas físicas como presupuesto para poder imputar responsabilidad penal a una persona jurídica.

El Consejo de Estado, con ocasión de su Dictamen al proyecto de 2010¹⁹⁷, ya recomendó que, en lo que concernía a los subordinados (letra b del artículo 31 bis 1) debía ponerse el acento en la deficiente estructuración de los mecanismos de supervisión aplicables a las personas físicas cuya actuación desencadena la responsabilidad de la persona jurídica. Y ello precisamente porque se plasmaba más adecuadamente la imputación de la conducta de esas personas físicas a la persona jurídica con la que se relacionaban, que si se atendía al aspecto subjetivo de que quien tenga que aplicar tales mecanismos y procedimientos no haya puesto en ello la diligencia debida. Esto es, en referencia a que el anterior “*debido control*” debía ser criterio de imputación propio de la persona jurídica y no de las personas físicas de la letra a).

Asimismo, y con respecto al primero de los supuestos (letra a del artículo 31 bis 1) el Consejo de Estado consideró acertado no aplicar el enfoque estructural referido, por cuanto este grupo de personas “*tiene características diferenciadas respecto al anterior ya que la designación de representantes legales y la decisión de confiar poderes de representación debe responder, por sí misma, a una reflexión organizativa sobre el modo en que tales representantes y apoderados han de actuar*”¹⁹⁸. Dicho de otro modo, la actuación de esas personas tenía que ser un reflejo de determinadas opciones sobre la estructura, organización y modos de actuación. Por ello, se apreciaba una cierta tautología entre la actuación de unos representantes y apoderados y la existencia de una clara organización y estructura de funcionamiento.

En la nueva reforma, en la que se opta por exigir también para incriminar a la persona jurídica por actos cometidos por sus representantes legales y administradores la no adopción de estas medidas de prevención de delitos, el

¹⁹⁷ Dictamen 1404/09..., *doc. cit.*

¹⁹⁸ *Ibid.*

Consejo de Estado manifiesta en su dictamen que “*en este supuesto, parece querer aplicar un criterio no muy diferente al previsto para el supuesto de la letra b) del artículo 31 bis 1., lo que, podría no ser excesivamente conforme con este otro supuesto de responsabilidad*” (que parte de la teoría de la representación antes referida).

De hecho, ya hay críticas doctrinales que apuntan a lo que manifestaba el Consejo de Estado en este dictamen: “*cabe cuestionar si el Anteproyecto no introduce un régimen excesivamente amplio para la exención de responsabilidad de las personas jurídicas, en particular por lo que respecta al supuesto contemplado en el artículo 31 bis 1.a).*”¹⁹⁹

Concluye el Consejo de Estado valorando positivamente esta reforma que define, sin embargo, como de “*extensión del ámbito de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, si bien, destaca que gran parte de la regulación que se contiene en el artículo 31 bis debería tener cabida en la legislación mercantil, en especial en todo lo relativo a la lista profusa de requisitos que debe contener el modelo de organización y gestión o las condiciones que debe requerir la persona jurídica para quedar exenta de responsabilidad criminal, tildándolo incluso de “*desajuste interno*”²⁰⁰. Ciertamente, la lectura de ese artículo 31 bis resulta excesivamente ardua, además de excesivamente incompleta²⁰¹.

¹⁹⁹ En este sentido Quintero Olivares manifiesta que “el objetivo de la nueva modificación parece destinado a hacer casi imposible la imputación de personas jurídicas o que el objetivo no es otro que proteger a la empresa”. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2015...*, op. cit., pp. 77-93.

²⁰⁰ En el mismo sentido se pronuncia la Circular 1/2016 de la FGE, partidaria de que la regulación de los requisitos que deben contener los modelos de organización y gestión se efectúe, y se amplíe y se concrete, en la legislación mercantil o administrativa, como ocurre por ejemplo con la prevención del delito de blanqueo de capitales, regulada por Ley 10/2010 y el Real Decreto 304/2014).

²⁰¹ Baste una lectura comparada con los requisitos que establece la normativa sectorial en determinados campos, en los que sí se establece una determinada organización y gestión del riesgo. Así, Circulares de la CNMV 6/2009, de 9 de diciembre, sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión, y 1/2014, de 26 de febrero, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que presten servicios de inversión; así como el Código de Buen Gobierno de las

La reforma merece ciertamente una valoración positiva por cuanto exige la comisión de un hecho propio para responsabilizar penalmente a un nuevo sujeto activo, persona jurídica, bien entendiéndose que comete el delito o bien entendiéndose que se la responsabiliza de su comisión. Lógicamente, son personas físicas las que tienen que realizar ese acto que exonera de responsabilidad a la persona jurídica, pero ello por la propia naturaleza de la persona jurídica.

Existe, sin embargo, un elemento distorsionador en esta regulación y el modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y es el siguiente: en un régimen de responsabilidad por el hecho propio basado en la organización defectuosa de la persona jurídica, no sería necesario establecer el requisito del beneficio, sino que el acento, la legitimación de la responsabilidad de la persona jurídica, se situaría en la deficiente organización²⁰².

Posteriormente a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo y las opiniones doctrinales vertidas al efecto, en fecha 22 de enero de 2016, la FGE emitió una nueva Circular que tiene por objeto la divulgación a los fiscales de las pautas de interpretación necesarias del nuevo artículo 31 bis de la citada Ley Orgánica, en lo que respeta al principio de unidad de actuación de la Fiscalía. Es la Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015²⁰³.

Sociedades Cotizadas, publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015 o el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

²⁰² De hecho, el Consejo General del Poder Judicial proclive a un criterio de imputación por el hecho propio a la persona jurídica acorde con la Constitución, recomienda la eliminación del requisito del beneficio en el redactado del artículo 31 bis. En el mismo sentido MORALES PRATS, F.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, artículo 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 del Código Penal” en QUINTERO OLIVARES, G.: *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 56.

²⁰³ Se ha resaltado en algún artículo doctrinal que la FGE y sus Circulares no solo tienen esa función interna (entre sus fiscales) sino también externa, cuál sería el promover la unificación en la interpretación y aplicación del Derecho, y que el papel asignado al FGE es el de impartir órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución (artículo 22.2 EOMF), según puede leerse en *Doctrina de la FGE 1883-2013*, elaborado por la Secretaría Técnica de la FGE que puede consultarse en www.fiscal.es. En este sentido, DE URBANO CASTRILLO, E.:

Ya en la página 2 del documento, la FGE deja claro que, a su entender, “*el propósito de la Ley no sería modificar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas sino aclarar el modelo establecido en el 2010 que, conforme al Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, consagraba en el segundo párrafo del artículo 31 bis 1 una responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica*”, para continuar afirmando en el apartado dedicado al análisis de los títulos de imputación a la persona jurídica que “*el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica, no ha cambiado sustancialmente*”.

Así pues, en contra de lo que opinaba el legislador, y según el parecer de la FGE, en los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis se sigue estableciendo un modelo de atribución de responsabilidad por transferencia o derivación, en definitiva, de tipo vicarial.

Y ello es así por cuanto, en el artículo 31 bis se definen los supuestos que originan la responsabilidad penal de la persona jurídica (los criterios de transferencia), pero sin que ésta cometa el delito, que lo comete una persona física.

En su opinión, el legislador ha tenido la oportunidad de redefinir el artículo 31 bis haciendo expresa constancia a que el subordinado ha podido cometer el delito por la falta de control de la persona jurídica, y no lo ha hecho, sino que, precisamente al contrario, ha aclarado con el pronombre “*aquéllos*” que los titulares del deber de control son las personas descritas en la letra a) del primer apartado del artículo 31 bis.

De esta forma, el incumplimiento grave²⁰⁴ de los deberes de supervisión, vigilancia y control, requisito que, dicho sea de paso, supone una restricción a los supuestos de imputabilidad de una persona jurídica con respecto a la legislación

“La responsabilidad penal del *Compliance officer*”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4/2016, pp. 205-214.

²⁰⁴ La exigencia de que el incumplimiento sea grave, en línea con el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, excede, sin embargo de los planteamientos sectoriales europeos de referencia en la materia (Directivas y Decisiones Marco citadas anteriormente), en las que solo se exige una “falta de supervisión o control” que nunca se adjetiva como grave.

anterior, en opinión de la FGE, corresponde a los sujetos descritos en el apartado a) del artículo 31 bis 1²⁰⁵ y no constituye un déficit organizativo imputable a la persona jurídica.

Lo que ocurre es que dicho incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte del directivo, administrador, o en definitiva persona con facultades de decisión, organización o control dentro de la empresa, puede desembocar en la comisión de un delito por omisión (sea de estructura dolosa o imprudente), y la comisión de ese delito, arrastra de nuevo la responsabilidad penal de la persona jurídica²⁰⁶.

La FGE cita, en apoyo de su tesis, Decisiones Marco y Directivas europeas que, en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas, siempre relacionan la falta de supervisión o control con las personas físicas con poder de representación en la empresa²⁰⁷.

No es baladí el inciso “*atendidas las concretas circunstancias del caso*” que persigue al “incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control” que estamos analizando. En opinión de la FGE²⁰⁸, ese inciso se remite con toda claridad a los modelos de organización y gestión, esto es, que el incumplimiento de dichos deberes se analizará partiendo de lo establecido en los citados modelos de organización y gestión.

²⁰⁵ Los cuáles, en opinión de la Fiscalía, basta con que operen en el ámbito de supervisión, vigilancia y control de los subordinados, sin necesidad de que ostenten una vinculación formal con la empresa, basada en un contrato laboral o mercantil, pudiendo ser autónomos o trabajadores subcontratados.

²⁰⁶ En esos casos, la Fiscalía insta a los fiscales a que dirijan la imputación a la persona jurídica por los dos títulos (el del delito cometido por las personas de la letra a) como por las personas de la letra b), sin necesidad de optar por uno o por otro.

²⁰⁷ Así, Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas; la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información, o la Directiva 2014/62/UE del Parlamento y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación.

²⁰⁸ Tanto en esta Circular como en la anterior, publicada con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de diciembre.

La FGE defiende una responsabilidad autónoma de la persona jurídica, principalmente debido a que su declaración de responsabilidad no se supedita a la previa declaración de responsabilidad de la persona física²⁰⁹, sin embargo, se opone a que dicha responsabilidad autónoma nazca de un injusto y una culpabilidad propias²¹⁰.

Sin embargo, establece la Circular: *“el defecto de organización, construido por el legislador como causa de exención de la pena²¹¹, indudablemente opera como presupuesto y refuerzo de la culpabilidad²¹², desterrando cualquier atisbo de responsabilidad penal objetiva de la empresa, que vulneraría el artículo 5 del Código Penal²¹³”*. Para posteriormente, en su página 38, manifestar todo lo contrario: *“Como se ha dicho, la LO 1/2015, sigue atribuyendo el debido control (ahora, “deberes de supervisión, vigilancia y control”) a las personas físicas de la letra a) del artículo 31 bis.1 y no a la propia persona jurídica, con lo que estos programas ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación, que reside en la comisión de un delito por las personas físicas a las que se refieren las dos letras del artículo 31 bis.1 en las concretas circunstancias que detalla.”*

Se añade a ello el comentario de la conclusión primera de la citada Circular, que sin cortapisas manifiesta que *“la reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de*

²⁰⁹ También reforzada por los siguientes elementos: las agravantes y atenuantes de la persona física no son trasladables a la persona jurídica, que tiene su propio régimen de atenuantes y agravantes, además de su propio régimen de penas.

²¹⁰ Añadiendo que, no se trata de una mera disquisición teórica, por cuanto, de ser así, la acusación debería de probar, además del injusto y la culpabilidad de la persona física, el hecho de que todo ello es consecuencia del defecto de organización de la persona jurídica.

²¹¹ En realidad, la causa de exención de la pena no es el defecto de organización, sino, al contrario, la debida organización.

²¹² Son claros los ecos a la regulación estadounidense cuando en las USSG se habla de “culpabilidad de la organización” a la hora de valorar los modelos de organización y gestión para la determinación de la pena, en un modelo indiscutiblemente vicarial.

²¹³ Con cita a la Sentencia del Tribunal Supremo 514/2015, de 2 de septiembre: *“parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”*.

los programas de organización y gestión, a los que atribuye valor eximente bajo determinadas condiciones”.

Por lo tanto, si la FGE defiende que el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica escogido por el legislador es el de la responsabilidad por el hecho de otro y no el modelo de responsabilidad propio de la persona jurídica, no puede afirmar que el déficit de organización al que alude la nueva regulación del artículo 31 bis es “presupuesto y refuerzo de la culpabilidad”.

Más parece observarse un intento de la FGE de importar el modelo americano a nuestro país que un éxito en su fundamentación dogmática, al tratar de igual modo “presupuesto” que “refuerzo” de la culpabilidad. Así, su intento radicaría en el hecho de valorar estos programas para modelar la culpabilidad de la persona jurídica (no para determinarla), al estilo de lo que sucede en Estados Unidos, sistema puramente vicarial, espejo en el que parece estar claramente reflejándose la FGE²¹⁴.

A no ser, claro está, que se esté refiriendo a la culpabilidad de la persona física (de los sujetos previstos en el apartado a) del 31 bis. 1, responsables de supervisar, vigilar y controlar a sus subordinados a través –podría interpretarse- de estos modelos de organización y gestión), pero no parece ser el caso por la referencia a que, de este modo, se destierra “*cualquier atisbo de responsabilidad penal objetiva de la empresa, que vulneraría el artículo 5 del Código Penal*”.

El fundamento de la imputación de la persona jurídica parece ser la conducta delictiva de los dirigentes o su deficiente control y supervisión sobre la actividad de los subordinados. En este planteamiento, y ahondando en lo que quedó dicho en la Circular 1/2011, “*los programas de control constituyen una referencia para medir las obligaciones de las personas físicas con mayores responsabilidades en la corporación*”, en opinión de la FGE, en los modelos de organización y gestión

²¹⁴ Así, en EEUU, los *Compliance and Ethics Programs* se tienen en cuenta en la Sentencing Phase (y no en la Adjudication Phase) y a efectos de baremar el denominado “*Culpability Score*”. Así puede leerse en el apartado §8C2.5 de las USSG, donde se determina el Culpability Score.

se deben establecer las concretas obligaciones de supervisión, vigilancia y control de los individuos incorporados en la letra a) del apartado 1 del artículo 31 bis.

De lo que no cabe duda (tampoco para la FGE) es que los modelos de organización y gestión se constituyen como causa de exención de la responsabilidad de la persona jurídica. El problema está, como hemos visto, en buscar la fundamentación dogmática a ello si no se quiere atribuir la responsabilidad por el hecho propio a la persona jurídica.

En conclusión, el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica escogido por la Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, es un modelo muy cercano al de responsabilidad por el hecho propio pues fundamenta la responsabilidad penal de la persona jurídica en el déficit organizativo que tanto puede ubicarse en el tipo de injusto (para el caso de los delitos cometidos por los subordinados), como en la culpabilidad (para el caso de los delitos cometidos por los directivos), aunque el artículo 31 bis continua manteniendo la estructura de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el delito cometido por una persona física, pudiendo haber optado por la declaración directa de responsabilidad de la persona jurídica²¹⁵.

Esta distinta adscripción dogmática según sea el sujeto que “transfiere” la responsabilidad al tipo de injusto o a la culpabilidad no debería determinar, necesariamente, un desigual reparto del *onus probandi*. Si se configura, tratándose de directivos como el presupuesto positivo de la culpabilidad (del juicio de imputación del hecho injusto a la persona jurídica), entonces la conclusión sigue siendo la misma: en tanto que elemento que fundamenta la punibilidad²¹⁶, ha de ser probado por la acusación.

²¹⁵ Quintero Olivares opina que el modelo escogido es el de la responsabilidad derivada, al condicionar la responsabilidad penal de la persona jurídica a actuaciones de las personas físicas que se configuran como “hecho de conexión”. Así en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal Español...*, op. cit., p. 387.

²¹⁶ Para un análisis en profundidad de los presupuestos de la punibilidad ROXIN, C: *Derecho Penal Parte General* (traducción LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J.), Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp.969-989.

C. Los primeros pronunciamientos jurisprudenciales.

La jurisprudencia española ya se ha hecho eco del debate dogmático imperante. El primer pronunciamiento del Tribunal Supremo se produjo por Sentencia 514/2015 de 2 de septiembre de 2015, siendo Ponente Manuel Marchena Gómez, la cual casó la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 17 de diciembre de 2014 que condenaba a una persona jurídica como autora de un delito de estafa.

Por medio de la Sentencia 514/2015, el máximo órgano jurisdiccional dejaba claro que: *“se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio o por una fórmula de hetero-responsabilidad, cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas tendrá que estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.”*²¹⁷

La Sentencia de instancia había evitado realizar un análisis de los requisitos del artículo 31 bis y mucho menos un análisis del fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica, a lo que respondió el Tribunal Supremo, además de tachando el laconismo argumental de la Sentencia de instancia, denunciando lo que a su juicio fue *“un llamativo distanciamiento de la sentencia recurrida de las exigencias del principio de culpabilidad del artículo 5 del Código Penal”*.

Quiere ello decir que en su primera referencia a la espinosa materia de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el Alto Tribunal defendió una aplicación garantista de este instituto acorde con el principio de culpabilidad penal y, en general, con los principios informadores del Derecho Penal, dejando a un lado cualquier tentación de declarar una responsabilidad penal objetiva de la persona jurídica. Es decir, lanzó el mensaje a los órganos judiciales inferiores de que la declaración de responsabilidad penal de una persona jurídica deberá

²¹⁷ Entre ellos el principio de culpabilidad que establece el artículo 5 del Código Penal: “no hay pena sin dolo ni imprudencia”. La referida Sentencia parecía poner en entredicho la argumentación jurídica que había realizado la Sentencia de instancia para declarar responsable penal a la persona jurídica como autora de un delito de estafa. Sin embargo, no entró en ello al no interponer la persona jurídica recurso de casación alguno.

fundamentarse al amparo del artículo 31 bis del Código Penal y no declararse sin más como consecuencia de la actuación de la persona física. Es más, el Alto Tribunal expresamente requirió que se realizara un juicio de culpabilidad respecto a la persona jurídica que se pretendía condenar.

Algunos autores²¹⁸, con el mismo acierto que satisfacción, se han lanzado a proclamar que, desde este primer pronunciamiento, el Alto Tribunal aboga por el modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica.

Paralelamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de abril de 2015 (Sección 2ª) ya había hecho referencia a la culpabilidad de la persona jurídica, realizando una interpretación del artículo 31 bis (en su redacción conforme a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) relativo a la exigencia de ese defecto de organización, cuando manifestaba que: *“el artículo 31 bis del Código Penal demanda una interpretación que exige un hecho de conexión y la idea de culpabilidad por defecto de organización o de ejecución de esta.”*

La segunda Sentencia que dictó el Alto Tribunal relativa a la responsabilidad penal de la persona jurídica, fue en fecha 29 de febrero de 2016, Sentencia 154/2016, siendo Ponente José Manuel Maza Martín²¹⁹, en virtud de la cual se condenó a una o varias personas jurídicas como autoras de un delito contra la salud pública, constatada, tanto la comisión de un delito por uno de sus representantes, como la total ausencia de medidas de control eficaces para prevenir delitos en el seno de la organización.

²¹⁸ En este sentido, GÓMEZ JARA-DÍEZ, C.: “El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales”, *Diario La Ley*, número 8632, 2015, edición digital.

²¹⁹ Actual Fiscal General del Estado quién prefiere, desde su actual cargo, no efectuar consideraciones relativas a la fundamentación dogmática de la responsabilidad penal de la persona jurídica, al ser evidente la confrontación de su criterio como Magistrado del Tribunal Supremo y el que defiende la institución a la que ahora representa. Así lo verbalizó en la Lectura Magistral que realizó en el II Congreso Internacional de *Compliance* celebrado en Madrid los días 11 y 12 de mayo de 2017 y organizado por ASCOM.

En esta Sentencia, el Tribunal realizaba una serie de aseveraciones a modo de pautas exegéticas de interpretación para órganos judiciales inferiores, entre las que se encuentran:

- Haciendo referencia precisamente a lo que dijera el Alto Tribunal en su Sentencia 514/2105, defiende la aplicación de derechos y garantías jurisdiccionales para la persona jurídica, entre ellos, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al Juez predeterminado por ley o el derecho a la tutela judicial efectiva.
- Fuera de toda duda queda el hecho de que la responsabilidad penal de la persona jurídica se basa en la previa constatación de un delito cometido por una persona física sea de las de la letra a) o la letra b).
- Se refiere a la “exigencia” del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.
- Afirma el Alto Tribunal que habrá que analizar si el delito cometido por la persona física en el seno de la persona jurídica ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de las personas físicas que la integran, que habrá que manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de delitos.
- Asimismo, manifiesta el Tribunal Supremo que ello va más allá del cumplimiento formal de los requisitos del artículo 31 bis 2 y 5, en el mismo sentido que se manifestó la Circular de la FGE haciendo referencia a la necesidad de implementar una verdadera cultura empresarial de cumplimiento y respeto a la Ley.

- Se adentra asimismo esta Sentencia en la categorización dogmática de la existencia de programas de prevención de delitos como eximente. A tal naturaleza, confiere el Alto Tribunal el apelativo de discutible en cuanto a que la eximente está relacionada con la exclusión de culpabilidad o la concurrencia de una causa de justificación; siendo más favorable a su inclusión en tipo objetivo, manifestando en este punto el Tribunal que: *“lo que sería quizás lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario del ilícito por la persona física.”*

De esta forma, el Alto Tribunal se manifiesta expresamente a favor de que la presencia de adecuados mecanismos de control para la evitación de la comisión de delitos en la persona jurídica, supone la inexistencia de infracción penal por su parte.

Como puede apreciarse, el Tribunal Supremo sostiene una posición muy alejada de la patrocinada por la FGE en su Circular 1/2016, categorizando la existencia de estas medidas, más bien, en las proximidades de una excusa absolutoria.

La consecuencia de integrar la ausencia de mecanismos idóneos para la prevención de delitos en el tipo penal de la responsabilidad de la persona jurídica, es clara para el Tribunal Supremo: sobre quién recaerá la acreditación de tal extremo será sobre la acusación²²⁰.

220

En este sentido se manifiesta: “lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero-responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.”

Forme o no parte del injusto, si ese es el fundamento de la responsabilidad corporativa, deberá ser probado siempre y en todo caso por la acusación para que no se produzca una indeseable inversión de la carga de la prueba²²¹.

Integra la referida Sentencia un voto particular efectuado por siete magistrados. Constituye el objeto central de dicho voto particular la consideración de que las reflexiones de la Sentencia principal relativas a la inclusión, como elemento del tipo objetivo, de la ausencia de una cultura de cumplimiento empresarial, tienen la naturaleza de *obiter dicta* dado que sobre ellas no se ha pronunciado en contradicción el Ministerio Fiscal por no formar parte de la *ratio decidendi* del caso concreto.

Además de ello, estos siete magistrados no están de acuerdo en categorizar como elemento negativo del tipo objetivo la ausencia de medidas eficaces para la prevención de delitos en el seno de las empresas, si bien comparten que ello pueda ser el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En opinión de estos siete magistrados, los elementos del tipo objetivo que permiten declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica son únicamente los previstos en el artículo 31 bis 1 párrafos a) y b) y, solo éstos, son los que, en su opinión, deben ser probados por la acusación.

Dejando claro que no comparten una responsabilidad objetiva para la empresa, los magistrados que firman este voto particular fundamentan la culpabilidad de la persona jurídica en “*el hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad, y en su beneficio*”. Esto es, situando sistemáticamente esa falta de implementación de los modelos de prevención y, con ello, ese “permitir” que cometan el delito, en la categoría de la culpabilidad (o su ausencia) más que en el injusto típico.

²²¹ En este sentido, se elimina de la redacción del artículo 31.2 bis que contenía el Anteproyecto sobre el que dictaminó el Consejo de Estado el “si se prueba que” modificándolo por el “si se cumple que” en relación con las condiciones que exoneran de responsabilidad a la persona jurídica.

En opinión de estos magistrados, la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica que se base en la existencia de medidas eficaces para prevenir delitos, se fundamenta en la exclusión de su culpabilidad como circunstancia eximente y, en consecuencia, debe ser acreditada por la parte que la alega (la defensa)²²².

Unos días más tarde, en fecha 16 de marzo de 2016, se dicta la Sentencia 221/2016 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que vuelve a tener como Ponente a Manuel Marchena Gómez.

En este caso, y tratándose de una condena a una persona jurídica por delito de estafa agravado, se quiere dejar claro que no existe una única solución válida para todos los supuestos interpretativos referentes a los fundamentos de la responsabilidad de la persona jurídica establecidos por el artículo 31 bis del Código Penal. En efecto, ello solo llegará con el transcurso del tiempo y la formación de un cuerpo jurisprudencial sólido en la materia, momento que, desde luego, no ha llegado todavía.²²³

Este tercer pronunciamiento jurisprudencial, no obstante, deja dicho que no basta con la acreditación de la comisión de un delito por uno de los sujetos contenidos en la letra a) o b) del artículo 31 bis 1, sino que es necesario también para declarar probada la responsabilidad penal de la persona jurídica que *“el delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido en*

²²² Se pronuncian en el siguiente sentido: “no apreciamos razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia”, considerando que, lo contrario sería tanto como constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos.

²²³ Así, queda dicho que, en referencia a la Sentencia 154/2016 que acabamos de analizar: “este voto particular también refleja la conveniencia de aceptar la existencia de puntos controvertidos que aconsejan no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización. En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones.”

realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.”

Tampoco vale en opinión de la Sala la presunción *iuris tantum* de que la comisión de un delito por parte de un empleado de la empresa (y más por alguno de sus directivos o administradores) evidencia ese defecto estructural por cuánto tal consideración se erigiría como una presunción *contra reo* y, por tanto, contraria al derecho a la presunción de inocencia²²⁴.

La Sala descarta también de plano esos planteamientos que defendían que la persona jurídica no comete el delito, sino que simplemente recibe la “declaración de responsabilidad penal”, por cuanto, en su opinión, una cosa es consecuencia de la otra, y por tanto no se trata de elementos deslindables.

Y, finalmente, en relación con el enconado debate de la categorización dogmática de la ausencia de programas de prevención de delitos en cuanto a su definición como elementos negativos del tipo objetivo, causas de exclusión de la culpabilidad, circunstancias eximentes o excusas absolutorias, en lo que sí está de acuerdo la Sala es en que “*la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal.*”

En todo caso, en esta Sentencia, la Sala deja dicho que, en la medida en que el fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas es el defecto estructural, corresponde a la acusación acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los derechos de supervisión, vigilancia y control.

Es interesante la referencia que realiza la Sala al modelo vicarial de responsabilidad penal, en respuesta al Ministerio Fiscal, por cuanto considera que

²²⁴ “La Sala no puede identificarse con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo.”

ese modelo “*es tan legítimo como cualquier otro*” siempre que se respeten los principios que informan un procedimiento penal (entre ellos y principalmente la proscripción de la responsabilidad objetiva).

Así, manifiesta la referida Sentencia para concluir: “*la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor²²⁵ de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá constituirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad.*”

Más tarde llegó la Sentencia del Tribunal Supremo 416/2016 de fecha 13 de junio de 2016 en la que, al no haberse dirigido acusación contra persona jurídica alguna, el Alto Tribunal, respondiendo a parte de los argumentos del recurrente en casación, efectuó alguna consideración al respecto de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas contenida en el artículo 31 bis.

En este sentido, manifestó que “*el legislador ha optado por un sistema vicarial*” en el que son independientes las responsabilidades de persona física y persona jurídica. Con carácter añadido, manifestó que para que nazca la declaración de responsabilidad penal de una persona jurídica, además de la comisión de un delito por una persona física, la persona jurídica debe “*no haber adoptado las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad pueda ocasionar*”.

225

Muchas voces se han mostrado contrarias a que sea el Juez instructor el encargado de analizar la eficacia de los modelos de prevención de delitos, manifestando incluso que si ello es así la responsabilidad penal de las personas jurídicas está abocada al fracaso y defendiendo que el órgano adecuado para realizar dicha función es la Fiscalía. Entre ellos, el actual Fiscal General del Estado en el antes mencionado II Congreso Internacional de *Compliance*.

Resuelve la aparente contradicción de estos argumentos el Auto aclaratorio del Tribunal Supremo 6486/16 de fecha 28 de junio de 2016, manifestando que dónde dijo “vicarial” debería haber dicho “individual”, en el sentido de que la responsabilidad de la persona jurídica no es vicarial sino en base a sus propios fundamentos, que son precisamente la no adopción de medidas de vigilancia y control que eviten la comisión de delitos en su seno.

No cabe duda de que los primeros pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo dictados hasta la fecha, se han mostrado favorables a acoger un modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica por el hecho propio, en defensa de los principios que informan el Derecho Penal, entre los que se encuentran tanto el principio de responsabilidad penal personal como el principio de culpabilidad, residenciándose el debate en la catalogación dogmática de los modelos de prevención de delitos en el terreno de la tipicidad o la culpabilidad, pero, en todo caso, como fundamento de la punibilidad de la persona jurídica, y, destacando, además, la relación de causalidad entre el que denominan “delito corporativo” y el delito de la persona física en cuestión.

CAPÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN DERECHO ESPAÑOL

1. Presupuestos legales de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

A. Consideraciones generales.

Situándonos ya en la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica que encontramos en Derecho Español, en el presente apartado trataremos de desarrollar de forma sucinta los requisitos que establece el Código Penal para que nazca la responsabilidad penal de la persona jurídica²²⁶, haciendo énfasis en determinadas características del sistema de responsabilidad, las cuáles, si bien no están configuradas teóricamente como requisitos legales, si contribuyen a su definición.

En primer lugar, se impone el análisis de la estructura del artículo 31 bis que es el que, con carácter principal, regula en nuestro ordenamiento jurídico penal la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La primera consideración es la ubicación sistemática del artículo 31 bis, incluida en el Título II que reza “*De las personas criminalmente responsables de los delitos*”, siguiendo al artículo 31 y la regulación de la autoría en los delitos especiales propios²²⁷, dando pie a que parte de la doctrina, y la Fiscalía General del Estado (FGE), hayan venido considerando que no se trata de una verdadera

²²⁶ Sobre la diferencia entre responsabilidad penal de la empresa o responsabilidad penal de la persona jurídica, *vid.* VON FREIER, F.: *Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen*, Editorial GA 2009, páginas 98 y ss.. Y no se trata de una cuestión baladí por cuanto distingue entre ente diferenciado con personalidad jurídica de unidad económica que se prolonga en el tiempo más allá de una determinada forma jurídica que puede perecer (así, las sociedades que son sucedidas por otras o supuestos de disolución).

²²⁷ Como si de una forma más de especial autoría se tratara. Sobre ello se pronuncia BACIGALUPO SAGGESE, S.: “Artículo 31 bis” en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I (Parte general)*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1º edición, 2015, pp. 469-470.

responsabilidad de la persona jurídica, sino de una responsabilidad basada en el actuar de otro.

A ello hay que añadir el propio redactado del artículo 31 bis que empieza afirmando “*En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos por..*”, estableciendo desde un inicio la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por un delito cometido por otro. Es el denominado “hecho de conexión” al que ampliamente nos hemos referido en el apartado *Presupuestos dogmáticos* del presente trabajo.

Prima facie, se observa una división del artículo 31 bis en dos bloques, un sistema de “doble vía”, diferenciando, por un lado, lo que serían los actos de los sujetos situados, con mayor o menor grado, en la cúspide de la organización societaria, y por otro, los empleados subordinados a ellos²²⁸.

Dicha división resulta una constante en las regulaciones europeas de nuestro entorno²²⁹ desde que se armonizara la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Segundo Protocolo al Convenio de Protección de los Intereses Financieros²³⁰, aunque no derive de obligación alguna emanada de legislación europea. No obstante, sobre las Decisiones Marco y la mayoría de las legislaciones europeas que las han traspuesto, la división obedece al

²²⁸ Sobre la discutida necesidad de esta división se pronuncia NIETO MARTÍN, A.: “El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno”, *Diario La Ley*, número 8248, 2014, edición digital.

²²⁹ En las cuales y de modo mayoritario se regula una responsabilidad penal de la persona jurídica: Francia (1994), Austria (1994), Bélgica (1999), Holanda (1976), Dinamarca (1996), Finlandia (1995), Portugal (1976), Suecia y Noruega (1991), Islandia (1993) o Luxemburgo (1994). Por contrapartida, Alemania e Italia introducen una responsabilidad administrativa, si bien, como se verá en el apartado correspondiente a Italia que contiene el presente trabajo, se trata de una responsabilidad pseudo-penal.

²³⁰ Establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la UE del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. (DO C 316 de 27.11.1995, pp. 48-57).

establecimiento de dos regímenes sancionatorios diversos, lo que, sin embargo no ocurre en nuestro país²³¹.

El establecimiento de mayores o menores requisitos para el nacimiento de la responsabilidad de la persona jurídica según el acto delictivo previo, lo hayan cometido unos u otros sujetos, así como las distintas condiciones exigidas en uno u otro caso para que la persona jurídica resulte exonerada de responsabilidad penal (aunque muy escasas), justifican tal división.

Y es que, conceptualmente, no será lo mismo que la responsabilidad penal de la persona jurídica nazca de los actos cometidos por los sujetos que más directamente encarnan la voluntad de la persona jurídica que por actos del resto de empleados de la misma. Ello sin perjuicio de que determinados delitos especiales propios solo podrán cometerlos los sujetos a los que se refiere el apartado a) del artículo 31 bis²³².

De este modo, la dicción del artículo 31 bis del actual Código Penal erige como responsable penal a la persona jurídica de los delitos cometidos por: (i) representantes legales o aquéllos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma²³³, o (ii) quiénes estén sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado (i) anterior. Siempre que se trate de uno de los delitos respecto a los cuales expresamente se establezca su posible comisión por parte de la persona jurídica, por cuanto el régimen escogido ha sido,

²³¹ El Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica que reformaba el Código Penal en el año 2010, aconsejó expresamente diferenciar las penas en uno y otro caso: “La trasposición fiel de las Decisiones Marco, la técnica y el fundamento político-criminal del sistema dualista aconsejan diferenciar la gravedad de las penas para las personas jurídicas en cada uno de estos supuestos.”

²³² Así, por ejemplo, el delito contra la Hacienda Pública que sigue la regla especial de autoría del artículo 31 del Código Penal y que, en consecuencia, impedirá que se cometa por parte de un subordinado.

²³³ Los denominados “apicali” en Italia.

como ocurre con los delitos imprudentes, el de *numerus clausus*²³⁴, pudiendo interpretarse como una excepción a la regla general de que los delitos se cometen por las personas físicas. Esto es, solo en determinados casos, las personas jurídicas podrán ser declaradas responsables penales²³⁵.

Quién sabe si nuestro sistema seguirá los pasos de lo que ocurrió en el ordenamiento jurídico francés, el cual comenzó instituyendo un sistema de responsabilidad penal de *numerus clausus*, estableciendo en su Código Penal de 1994 que las personas jurídicas serían responsables de los delitos que se establecieran por ley o reglamento, y acabó aprobando la Ley Perben II²³⁶ en fecha 9 de marzo de 2004 que adoptó el principio de generalidad en esta materia, según el cual “*todas las infracciones son aplicables a las personas morales* (artículo 12.2).²³⁷”

En todo caso, el catálogo de delitos susceptible de cometerse por personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español ha ido²³⁸ e irá, con mucha

²³⁴ Así preconiza el artículo 31 bis iniciando su redacción con “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos...”

²³⁵ Algunos autores señalan también que el sistema de incriminación específica obedece al intento de calmar el alarmismo que pudo provocar la introducción en el Código Penal de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En este sentido, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal Español*. Editorial Aranzadi, 7ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 402-403.

²³⁶ Ley de Adaptación de la Justicia a la Evolución de la Criminalidad.

²³⁷ Y ello por cuanto la constatación de si una persona jurídica puede o no cometer un delito (o se la puede hacer responsable del mismo) no es una tarea que admita una sola interpretación. Incluso los delitos personales (homicidios o lesiones imprudentes en el ámbito del trabajo) pueden entenderse cometidos por la persona jurídica, como ocurre en la regulación italiana de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (con la introducción del artículo 25 *septies*: homicidio imprudente o lesiones imprudentes cometidas con violación de las normas de seguridad y salud, introducido por Ley de 3 de agosto de 2007, n. 123).

²³⁸ Así, por medio de Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal se incorporan los nuevos delitos de frustración de la ejecución (artículos 257, 258 y 258 bis), el delito de financiación ilegal de partidos políticos (artículo 304 bis), los delitos contra la salud pública no relacionados con el tráfico de drogas (artículos 359 a 365), los de falsificación de moneda (artículo 386) y los de odio y enaltecimiento (artículo 510), para los que con anterioridad no se contemplaba el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica previsto en el artículo 31 bis, sino el régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal.

probabilidad²³⁹, ampliándose conforme se sucedan modificaciones legislativas del Código Penal, por cuanto se hará necesario un juicio de valor adaptado al contexto político-criminal sobre su posible comisión por parte de una persona jurídica²⁴⁰.

Con carácter adicional, deberán darse dos condiciones:

- Que las personas físicas actúen en nombre y por cuenta de la persona jurídica (los sujetos comprendidos en la letra a del artículo 31 bis) o en el ejercicio de actividades sociales (los sujetos comprendidos en la letra b del citado artículo).
- Que actúen en su beneficio directo o indirecto.

Además de ello, y para el caso de los delitos que cometan los subordinados, para que nazca la responsabilidad penal corporativa, éstos deberán haber cometido el delito facilitados por el incumplimiento grave de los deberes de supervisión,

²³⁹ Tal y como ha ocurrido en países vecinos, en particular Italia. El Tribunal de Casación italiano, sección plenaria, 22 de septiembre de 2011, Deloitte & Touche, S.P.A., y en el mismo sentido Tribunal de Casación, 29 de septiembre de 2009, Rimordi, número 41.488, se pronunciaron denunciando la rigurosa taxatividad del Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio en la enumeración de los delitos. Y eso que los delitos de los que una empresa puede reputarse responsable en Italia han sido objeto de una importante expansión. Con un *scope* inicialmente limitado a delitos contra la Administración Pública, han ido añadiéndose los siguientes: por Ley de 23 de noviembre de 2001 sobre Disposiciones Urgentes por la introducción del Euro, n. 409, el artículo 25 *bis* que introduce la falsedad de moneda o efectos timbrados; el artículo 25 *ter* con los delitos societarios como consecuencia de la reforma del Derecho de Sociedades por Decreto Legislativo de 11 de abril de 2002, n. 61; también por Ley de 14 de enero de 2003, n. 7, el artículo 25 *quater* con la introducción de los delitos de terrorismo, o por Ley de 18 de abril de 2005, el artículo 25 *sexties* con la introducción de la responsabilidad de las sociedades por nuevos delitos de abuso de información privilegiada y manipulación de mercado. Asimismo, la Ley de 3 de agosto de 2007, n. 123 introdujo la responsabilidad de la persona jurídica por homicidio culposo o de lesiones culposas graves o gravísimas cometidos con violación de las normas de seguridad y salud en el trabajo; los delitos de receptación fueron introducidos por Decreto Legislativo 231/07 en el artículo 25 *octies* o el artículo 24 bis con los delitos de criminalidad informática introducidos por Ley de 18 de marzo de 2008, de ratificación y ejecución del Convenio del Consejo de Europa sobre criminalidad informática firmado en Budapest el 23 de noviembre de 2001.

²⁴⁰ Continúa siendo difícil de encontrar una respuesta al porqué de la introducción de unos u otros delitos en el catálogo de los que pueden ser cometidos por una persona jurídica, cuya inclusión o exclusión en ocasiones puede deberse a razones de política criminal (u “oportunismo social”) más que de dogmática penal. Así, los delitos contra los derechos de los trabajadores o los delitos societarios, excluidos del referido catálogo y, sin embargo, tan comunes en el ámbito del delito de empresa o del Derecho Penal Económico, donde se circunscribe el sujeto empresa.

vigilancia y control de su actividad por parte de sus superiores²⁴¹, incumplimiento que, como veremos a continuación, se relaciona con el déficit organizativo que deriva la responsabilidad penal a la persona jurídica.

Continúa el texto legal en su artículo 31 ter estableciendo la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica²⁴², subrayando la no necesidad de que se individualice o se dirija procedimiento penal alguno contra la persona física autora de los hechos, para que la persona jurídica pueda ser declarada responsable penal²⁴³.

Sin duda dicho precepto trata de evitar la impunidad que podría alentarse en estructuras organizativas complejas si se hubiera previsto un sistema en el que la falta de determinación de la persona física que cometió el hecho, impidiera declarar responsable a la persona jurídica.

Cabe destacar, sin embargo, que sí debe haberse cometido un delito en el seno de la entidad por uno de los sujetos enunciados en las letras a) o b) del artículo 31 bis apartado 1, aunque no pueda individualizarse. Por lo tanto, la presunción que se

²⁴¹ El denostado “debido control” de la anterior Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio que tanta producción literaria creó: Circular 1/2011, de 1 de junio de 2011, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010; VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control?”, *Diario La Ley*, número 7794, 2012, edición digital; MAGRO SERVET, V.: “Contenido necesario del Plan de Prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales”, *La Ley Penal*, número 87, 2011, edición digital.

²⁴² Autonomía que ya defendió la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, donde puede leerse: “Se trata, por tanto, de una responsabilidad que si bien no es independiente, si es autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la de la persona física, posibilidad que no sólo elimina lagunas punitivas, sino que además minimiza notablemente previsibles intentos de deslizamiento del gravamen desde la persona física hacia la jurídica y viceversa.” En el mismo sentido siguió defendiendo tal autonomía en la Circular 1/2016, donde, pese a negar tajantemente el fundamento propio de la responsabilidad penal de la persona jurídica, si apreció la “indudable autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica” en este nuevo texto legal.

²⁴³ En palabras de la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011: “se elimina así el cordón umbilical propio de los anteriores artículos 129 y 31.2 del Código Penal, sin que ello suponga en modo alguno que pueda prescindirse de la existencia de un delito protagonizado por las personas físicas para que la maquinaria de la Administración de Justicia penal pueda dirigirse contra las corporaciones.”

establece en el artículo 31 ter (“*la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o las funciones aludidas en el artículo anterior*”²⁴⁴) debe ser sin duda susceptible de prueba en contrario.

En todo caso, la responsabilidad penal de la persona jurídica puede ser acumulativa a la de la persona física que comete el hecho delictivo (artículo 31 ter)²⁴⁵, si ésta ha podido individualizarse, aunque no debiera ser así en el supuesto de empresas unipersonales por cuanto podría resultar claramente conculcado el principio *non bis in idem* al compartir idéntica *mens rea* la persona física – administrador y socio único- y la jurídica en este tipo de estructuras, por más que cuenten formalmente con personalidad jurídica diferenciada de la de sus miembros²⁴⁶.

El hecho de que la responsabilidad pueda ser acumulativa, abre el debate sobre la relación entre ambas responsabilidades, cuando el hecho delictivo es en realidad único²⁴⁷.

La mayoría de la doctrina²⁴⁸ considera que no puede hablarse ni de coautoría ni de participación, sino simplemente de co-responsabilidad o doble autoría, por cuanto

²⁴⁴ La referencia a “cargos o funciones aludidas en el artículo anterior” es confusa por cuanto parece referirse únicamente a los sujetos de la letra a) del apartado 1. del artículo 31 bis al ser éstos los que sí tienen “cargos o funciones” definidas en ese mismo artículo (facultades de decisión u organización y control en el seno de la persona jurídica), y no así los subordinados a éstos. Sin embargo, no parece atinado interpretar que la voluntad del legislador circunscribe la no necesidad de individualización de persona física para los casos en los que el delito lo hayan cometido dirigentes y sí para cuando lo hayan cometido subordinados.

²⁴⁵ Y ello, a pesar de que haya caído de la redacción que actualmente integra el Código Penal, la referencia a que “la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas”.

²⁴⁶ Una personalidad jurídica que, sin embargo, al confundirse con la de las personas físicas que las gobiernan, pueden otorgar la empresa la condición de inimputable. En el mismo sentido se pronuncia la Circular 1/16 sobre responsabilidad penal de la persona jurídica..., *doc. cit.*, p. 17 y la reciente Sentencia del Juzgado de lo Penal 8 de Madrid, de 13 de febrero de 2017 [63/2017].

²⁴⁷ Ahonda en tal consideración el artículo 31 ter cuando dice: “cuando consecuencia de los mismos hechos, se impusiere a ambas la pena de multa..”

²⁴⁸ *Cfr.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN,

la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma²⁴⁹ y el fundamento de su responsabilidad distinto al de la persona física.

El elemento que distorsiona es el criterio de proporcionalidad en la determinación de la pena de multa que establece este artículo 31 ter²⁵⁰. Sean persona física y persona jurídica coautoras o corresponsables de un delito, siendo las penas personales en dependencia del desvalor de acción o resultado realizado personalmente por su autor, no se logra entender la incorporación de tal elemento distorsionador²⁵¹. La única respuesta a ello la encontramos en aquellas personas jurídicas que tan solo encarnan la voluntad de su representante y socio único persona física. En dichas personas jurídicas, si se impusiere una pena de multa además de a las mismas a sus representantes personas físicas, éstas deben atender a un necesario criterio de proporcionalidad con la gravedad del delito cometido.

Por ello, existe algún planteamiento doctrinal que defiende la posibilidad de que la persona jurídica sea partícipe en el delito cometido por la persona física²⁵². Sin embargo, resulta harto difícil una construcción teórica de ejecución compartida, en clave de cooperación, en un hecho delictivo entre un órgano sin psique y una

A. (Dirs.): *El derecho penal económico en la era Compliance...*, op. cit., pp. 165-187, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

²⁴⁹ En el mismo sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *El delito corporativo en el Código Penal Español: cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2ª Ed., Editorial Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 89.

²⁵⁰ Artículo 31 ter apartado 1: “cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiera a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllas.”

²⁵¹ Esta cuestión será de nuevo analizada en el apartado correspondiente al modelo de atribución de responsabilidad escogido por nuestro legislador.

²⁵² En este punto, algún autor ha propuesto que podría haberse optado por un modelo de accesoriedad limitada de la persona jurídica con respecto a la actuación de la persona física que actúe en su nombre o su representación. Así, GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 31 bis” en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 176-190, defendiendo que bastaría un acto típico y antijurídico para que pudiera responder el partícipe sin necesidad de que respondiera el autor, por falta de culpabilidad. Aunque ello no es necesario en un régimen en el que se protege la responsabilidad autónoma de la persona jurídica.

persona física²⁵³. Y ya no solo por este motivo, sino porque resulta muy forzado construir la participación delictiva sobre la base de un defecto de organización en clave de acto de cooperación necesaria y *sine qua non* para la ejecución del delito cometido por la persona física²⁵⁴.

Asimismo, el artículo 31 *ter* deja claro que la culpabilidad es individual y que, por lo tanto, las circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado no excluyen ni modifican la responsabilidad penal de la persona jurídica, en una construcción que recuerda a las reglas generales de la accesoriedad limitada en la participación delictiva que ha ido desarrollándose por la jurisprudencia de nuestros Tribunales (mediante las cuales basta con un hecho típico y antijurídico del autor, aunque no culpable, para penar en exclusiva al partícipe).

Otra nota de su autonomía, es que tampoco excluye la responsabilidad de la persona jurídica el fallecimiento del autor persona física o el hecho de que éste se haya sustraído a la acción de la justicia²⁵⁵. A lo que cabe añadir lo previsto en el artículo 130.1 del Código Penal, el cual deja dicho que la responsabilidad penal de la persona jurídica no se extingue en supuestos de transformación, fusión o escisión, sino que se traspa a la nueva entidad.

²⁵³ Gómez Jara-Díez efectúa planteamientos creativos sobre la cuestión en BAJO FERNÁNDEZ, M./ FEIJÓO SÁNCHEZ, B./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, *op. cit.*, pp. 251-272.

²⁵⁴ Contrariamente, la jurisprudencia italiana tiene manifestado que el hecho delictivo es hecho tanto de la persona física como de la persona jurídica, encuadrando esta responsabilidad convergente en una responsabilidad siempre concursal, de participación delictiva. Así, el Tribunal de Casación, sección plenaria, 2 de julio de 2008, n. 26.654, afirma que “el ente colectivo, más allá de groseras interpretaciones antropomórficas, se considera el verdadero inductor, ejecutor o beneficiario de la conducta criminal materialmente cometida por la persona física que se inserta en él.” Asimismo, la doctrina desarrolló en Italia la teoría de la responsabilidad concursal con PALIERO, C.E.: “La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordenamento italiano: profili sistematici..” *op. cit.* También ROMANO, M.: “La responsabilità amministrativa degli enti, società e associazioni: profili generali..” *op. cit.*, p. 409.

²⁵⁵ De lo que, a *sensu contrario*, podría interpretarse que otras causas no reguladas de exclusión de la responsabilidad penal de la persona física tales como el indulto o la prescripción de la pena o del delito, sí pueden excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Del mismo modo, la persona jurídica tiene un régimen propio de atenuantes²⁵⁶, “*figuras de captación de benevolencia*”²⁵⁷, diferenciado e incommunicable, según parece, con el de la persona física. A dicho catálogo hay que añadir la concreta previsión del artículo 31 bis apartados 2 y 4 respecto a la atenuación de la pena en casos de acreditación parcial de los requisitos para la exoneración de responsabilidad penal en supuestos de existencia de modelos de organización y gestión para la prevención de delitos, la cual, para una mejor regulación, debiera haber tenido cabida en el catálogo de atenuantes a modo de eximente parcial.

Precisamente, sobre la atenuación prevista en el artículo 31 bis se sucede un irremediable comentario crítico. Se condiciona la aplicación de la atenuante a una acreditación parcial de las condiciones del programa de prevención de delitos, no a una falta de cumplimiento de los requisitos, en lo que podríamos interpretar simplemente como un defecto de redacción legal²⁵⁸.

²⁵⁶ Entre ellas y en el actual 31 *quater* “solo”: la confesión antes de que el procedimiento se dirija contra él, la reparación del daño, la colaboración en la investigación en cualquier momento del proceso o el establecimiento de medidas de prevención de delitos antes del comienzo del juicio oral. Nótese la comparación del redactado de esta última: “haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos que en el futuro pudieran cometerse *con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*” con la redacción que a día de hoy integra el punto 2 del artículo 31 bis cuando establece las condiciones bajo las que operará la exención de responsabilidad para la persona jurídica, señalando “para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir significativamente el riesgo de su comisión”. Sin duda, la redacción de la circunstancia atenuante citada parece llevarnos más a las anteriores consecuencias accesorias y se hace eco del concepto “peligrosidad”, mientras que la redacción actual del 31 bis punto 2 hay que relacionarla con el hecho de conexión concretado en el apartado 1 del artículo 31 bis para que nazca la responsabilidad penal de la persona jurídica.

²⁵⁷ Así han sido denominadas por GOENA VIVES, B.: “La atenuante de colaboración” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance...*, *op. cit.*, pp. 229-259, en la que realiza un análisis del sistema de atenuantes en términos teleológicos (la finalidad es la eficiencia, que la Administración no destine más recursos a la persecución del delito).

²⁵⁸ En este mismo sentido se pronuncia en su Informe el Consejo de Estado: “no parece adecuado considerar aplicable la atenuante en caso de una acreditación parcial de los citados requisitos; lo lógico es que la atenuante se aplique cuando dichas condiciones se cumplan en un grado inferior al necesario para reconocer la exención de responsabilidad, pero suficiente para apreciar la existencia de una voluntad y actuación de control por parte de la persona jurídica, y así se acredite. En definitiva, no se trata de que la existencia y aplicación de los mecanismos de control solo se haya probado en parte, sino de que únicamente se ha probado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena”. Dictamen 358/2013 realizado el 27 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica que dio pie a la Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, de

B. De los delitos cometidos por los dirigentes.

En primer lugar, tal y como señala el Consejo de Estado en su Dictamen 358/2013²⁵⁹, no consigue entenderse el motivo por el cuál en el transcurso de la Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio a la Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, hubo de modificarse *in peius* la definición del elenco de sujetos activos contenida en la letra a) del apartado 1 del artículo 31 bis²⁶⁰.

Así, pasamos de determinar como sujetos responsables susceptibles de generar con sus actos la responsabilidad penal de la persona jurídica, a representantes legales, administradores de hecho²⁶¹ y derecho, a modificar el texto legal haciendo constar “*representantes legales o aquéllos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma*”²⁶²”.

Esto es, pasamos de una redacción legal clara y diáfana a una redacción legal que puede llevar a cierta inseguridad jurídica, porque dependerá, en mayor medida que

reforma del Código Penal. Puede consultarse en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>.

²⁵⁹ *Doc. cit.*

²⁶⁰ El Consejo de Estado llegó a aconsejar eliminar tal modificación, manifestando que: “no consta en el expediente cuales son los motivos para sustituir un término relativamente claro, consolidado en la legislación penal y mercantil (véanse, por ejemplo, el artículo 31 del Código Penal y el artículo 133 del Código de Comercio) y ampliamente interpretado por los Tribunales, por una redacción que peca de excesiva complejidad y que podría introducir cierta inseguridad jurídica. En consecuencia, y salvo que existiese alguna objeción importante a la utilización de la terminología actual, el Consejo de Estado considera que sería preferible no alterar en este punto la redacción del primer supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Dictamen 358/2013..., *doc. cit.*

²⁶¹ El concepto de administrador de hecho, frecuente en Derecho Penal, ha sido definido con precisión por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias 774/2005, de 2 de junio; 480/2009, de 25 de mayo o 986/2009 de 13 de octubre.

²⁶² Se produce una reminiscencia a la redacción que integró el Anteproyecto de 23 de julio de 2009: “los empleados con facultades de obligar a la persona jurídica”.

lo que ocurría en el texto de la Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio, de su interpretación²⁶³.

En cualquier caso, este primer supuesto establece la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica para el caso de los delitos cometidos por aquéllos sujetos a los que, más o menos directamente, se ha confiado la dirección y gestión de la persona jurídica, incluida su representación frente a terceros.

Lo que es indiscutible es que la modificación operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, realiza una ampliación de los sujetos de este primer apartado, por cuanto lo que se observa es que, inicialmente, por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se pretendió reservar este primer supuesto de responsabilidad exclusivamente a aquellos sujetos ubicados en la misma cúspide de la organización (solo representantes legales y administradores, fueran de hecho o derecho)²⁶⁴. En cambio, en la reciente reforma, se amplía notablemente dicha esfera a sujetos que se encuentran en algún eslabón inferior a ese poder de decisión (así, todos los apoderados o mandos intermedios)²⁶⁵.

Entre los mandos intermedios pueden encontrarse sujetos que no participen en la gestión ordinaria de la empresa, por cuanto sus actos siempre estén controlados por quién sí participe pero que, sin embargo, ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

La doctrina mayoritaria se ha pronunciado en contra de aceptar que los sujetos que no detenten de forma directa la facultad de tomar decisiones en nombre de la persona jurídica (apoderados generales) o facultades reales de organización y

²⁶³ Y en este sentido se pronunció precisamente el Consejo de Estado denunciando la inseguridad jurídica que podía entrañar tal definición de sujetos responsables, recomendando que en este punto no se modificara la redacción sino que se mantuviera tal y como estaba en la redacción de 2010. Dictamen 358/2013..., *doc. cit.*

²⁶⁴ Y así se pronunciaba la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/11, sobre la responsabilidad de la persona jurídica, cuando dejaba claro que administradores de hecho eran “personas no sujetas a esferas superiores de aprobación o decisión”. Puede consultarse en www.fiscal.es.

²⁶⁵ Como también considera la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/16 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas..., *doc. cit.*

control²⁶⁶, puedan transferir la responsabilidad a la persona jurídica con sus actos en base a esta letra a) del artículo 31 bis apartado 1, no bastando con terceros que posean cierta capacidad de influencia en la entidad (y que en todo caso pudieran ubicarse en la letra b) del referido artículo).

La importancia de ello en la práctica es notable en el ámbito de sociedades que operan con distintas sucursales o centros de negocio, por cuanto, siguiendo el espíritu de la ley y la interpretación mayoritaria de la doctrina, el director de una sucursal, en principio, no será un sujeto susceptible de, con su actuación, transferir responsabilidad a la persona jurídica en base a la letra a) del artículo 31 bis, al no ostentar éste ni facultades de organización o control dentro de la entidad ni facultades de tomar decisiones en nombre de la empresa (pese a ser un mando intermedio). Sí lo será, sin embargo, cualquier directivo de la empresa, considerado como personal de alta dirección.

Sobre la inclusión del *Compliance officer* entre los sujetos de la letra a) del artículo 31bis, como órgano de la persona jurídica con facultades de supervisión y control (en concreto, para prevenir delitos o vigilar el cumplimiento de las medidas que se establecen en los modelos de organización y gestión), se entrará más adelante.

La transferencia de responsabilidad se realizará siempre que estos sujetos, como hemos dicho, actúen “*en nombre y por cuenta*” de la persona jurídica, remitiéndose al contenido formal o material del mandato o representación del sujeto en cada caso. Necesariamente habrá que valorar si se ha producido una extralimitación en las facultades que por la persona jurídica le fueron conferidas (partiendo de que siempre la habrá cuando se cometió el delito, el análisis deberá

²⁶⁶ En contra de que las personas jurídicas respondan de los actos cometidos por sujetos que no se integran en el órgano de gobierno de las mismas o no sean controlables por este se pronuncia DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Jurisprudencia*, 2/2015, pp. 7-15.

realizarse sobre el ámbito de competencias en el que este se produjo) para determinar si la transferencia de responsabilidad a la misma es o no válida²⁶⁷.

En todo caso, no existe consenso doctrinal a día de hoy en este punto, si bien, parece difícil de legitimar que la conducta de un sujeto que se extralimita del mandato que originariamente recibió de la persona jurídica, pueda con ello transferirle la responsabilidad al mandante²⁶⁸ por actuar “en su nombre o por su cuenta”, y de ahí la diferencia con la responsabilidad civil subsidiaria, en la que la persona jurídica queda vinculada por la actuación de la persona física por la relación de la “ocasionalidad”.

Nótese, sin embargo, que la redacción literal de este primer apartado del artículo 31bis no exige que los representantes hayan actuado en el marco o ejercicio de sus funciones (como es común en cualquier régimen de responsabilidad vicarial)²⁶⁹.

*En beneficio directo o indirecto*²⁷⁰.

²⁶⁷ Sobre el hecho de que la conducta extralimitada del sujeto en cuanto a sus facultades reales de representación, gestión o dirección realiza un cortapisas la Fiscalía General del Estado ya en la referida Circular 1/2011, al señalar que limitar la responsabilidad de la persona jurídica al contenido real del mandato supondría “crear de inicio una amplia zona de irresponsabilidad penal que debe ser objeto de valoración casuística”, añadiendo que “se tratará de evitar que la compañía se desentienda de la responsabilidad derivada de los delitos cometidos o no evitados por su gestor, cuando es este último quien, en condiciones normales, diseña y lleva a la práctica la propia política empresarial”.

²⁶⁸ En contra de esta opinión, BAJO FERNÁNDEZ, M./ FEIJÓO SÁNCHEZ, B./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit., p. 79, para quien debe sostenerse una interpretación amplia del precepto en la que queden abarcados tanto los supuestos en los que el delito se ha cometido en el ámbito de las competencias específicas asignadas como cuando se haya cometido con ocasión del ejercicio de tales competencias.

²⁶⁹ Como sí parecía incluir el Anteproyecto de Ley Orgánica de 2009 cuando establecía la pena a imponer en cada uno de los delitos que, en la parte especial, preveían su posible comisión por parte de la persona jurídica: “cuando los delitos comprendidos en los capítulos anteriores se hubieran cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código..”, redactado que no llegó a ver la luz cuando se aprobó la modificación del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el que podemos ver que la referencia quedó limitada a: “cuando de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos...”

²⁷⁰ La noción de “interés” ha desplegado una abundante doctrina en Italia, entre ella, SELVAGGI, N.: *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Jovene Editore, Napoli, 2006 o MONGILLO, V.: “Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale” en *La responsabilità amministrativa delle società e*

Es una constante en Derecho comparado limitar la responsabilidad de la empresa a los casos en los que la acción ilícita se suscita en su interés²⁷¹.

Seguramente ello es debido a que la mayoría de países de nuestro entorno establecen regímenes de responsabilidad por transferencia o vicarial y con la incorporación de este requisito, cuanto menos, tratan de limitar los supuestos en los que se sucede la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica.

La jurisprudencia italiana se ha pronunciado ya en varias ocasiones acerca de este concepto, dejando dicho, por ejemplo, que si el sujeto actúa en su interés propio, para que la entidad sea responsable es imprescindible que dicho interés coincida al menos en parte con el de la empresa²⁷².

El beneficio directo o indirecto no debe entenderse en clave estrictamente económica (ventajas financieras o ganancias económicas, réditos fácilmente evaluables económicamente)²⁷³ por cuanto integran dicho concepto también todos aquellos actos que de algún modo faciliten la consecución de los objetivos de la empresa o el funcionamiento de la misma²⁷⁴ o, incluso, se dirijan a evitar un perjuicio a la misma.

*degli enti, Rivista 231, 4/2009, pp. 116-124. También COMPAGNA, F.: “The commission of the offence for the benefit of the entity”, en FIORELLA, A.: *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, Vol. II, “Towards a common model in the European Union”, Jovene Editori, Napoli, 2012, pp. 173-211.*

²⁷¹ En este sentido, SCHÜNEMANN diferencia entre lo que es criminalidad de empresa (actuaciones penalmente relevantes que tienen un beneficio para la empresa) y criminalidad en la empresa, entendiéndolo por ello aquellas actuaciones ilícitas que se desarrollan por empleados en la empresa pero que normalmente tienen a la empresa como primera perjudicada. Sostiene este autor que únicamente el primero de los supuestos es susceptible de generar responsabilidad penal para la persona jurídica. SCHÜNEMANN, B.: “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa....”, *op. cit.*, pp. 529-588.

²⁷² Cas., Secc. V de lo Penal, sentencia 40380 de 2012.

²⁷³ Que, como señala ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por LO 5/2010, de 22 de junio)”, *La Ley Penal*, número 76, 2010, edición digital, pueden estar o no relacionadas con el giro de la empresa. Piénsese en el tráfico de droga dentro de los contenedores de muebles que sí constituyen el objeto social de la misma.

²⁷⁴ Se afirma la existencia de beneficio para la empresa, aunque, posteriormente, un tercero pueda exigir a la empresa responsabilidad civil derivado del hecho antijurídico realizado en interés de ésta. En este sentido, BACIGALUPO SAGGESE, S.: “Los criterios de imputación de la

De hecho, la referencia actual a que la actuación se realice “*en beneficio directo o indirecto*” es consecuencia de que la anterior regulación (Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio) se refería a actuación “*en provecho*”, obedeciendo tal modificación a una voluntad de ampliar los supuestos en los que puede responder una persona jurídica por los actos delictivos cometidos por sus representantes o empleados²⁷⁵.

El término “*en provecho*” o el actual “*en beneficio directo o indirecto*” en la dicción del artículo 31 bis, se debe interpretar en relación con el delito cometido por la persona física, de manera que el análisis se impone sobre la expresión “*delito cometido en provecho*” o “*delito cometido en beneficio directo o indirecto*”. Así, se ha vertido considerable tinta sobre si el mismo define una intención del sujeto (ánimo subjetivo) o se trata de un elemento objetivo, unido o no a la constatación de un resultado de beneficio para la entidad.

La FGE se ha inclinado desde el análisis que hiciera de la regulación de 2010²⁷⁶ por considerar que el artículo 31 bis incorpora un elemento objetivo y no tendencial, no unido, a mayor abundamiento, a la necesaria consecución de un resultado de beneficio²⁷⁷. Así, y en su opinión, bastará con que el comportamiento delictivo sea idóneo *ex ante* para producir algún tipo de beneficio a la entidad²⁷⁸.

responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno”. *Diario La Ley*, número 7541, 2011, edición digital.

²⁷⁵ Sobre que ello entraña una ampliación objetiva de los supuestos en los que va a exigirse responsabilidad penal a la empresa no hay mucha discusión doctrinal. En el mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de la que acabó siendo Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, enfatizando que la expresión “en provecho” parecía requerir un resultado económico favorable para la persona jurídica por la actuación delictiva de la persona física que actuaba en su nombre, dejando fuera muchos supuestos en los que podía no evidenciarse un resultado en términos económicos, exigencia que no parecía corresponderse con los objetivos que se persiguieron con la introducción de esta clase de responsabilidad. En el mismo sentido se pronunciaron los expertos de la OCDE cuando evaluaron la implementación en España del Convenio sobre corrupción en las transacciones comerciales internacionales, evidenciando que una ventaja de carácter indirecto para la sociedad podía quedar fuera del apelativo “en provecho” que contenía la anterior regulación. Dictamen 358/2013..., *doc. cit.*

²⁷⁶ En la ya citada Circular 1/2011.

²⁷⁷ En apoyo de la no necesidad de constatación de un beneficio para la entidad en una interpretación sistemática de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, parece ahondar el artículo 52.4 del Código Penal que prevé expresamente aquellos supuestos en los que, a efectos

El pronunciamiento del Tribunal Supremo ya recaído en la materia, parece, sin embargo, centrarse en el aspecto subjetivo del elemento beneficio, esto es, en la intencionalidad del sujeto que comete el delito²⁷⁹.

En Italia²⁸⁰ se ofrece una reducción de la sanción a la persona jurídica que finalmente no ha recibido ningún tipo de ventaja con la actuación de la persona física idónea *ex ante* para producir un beneficio, lo que tanto casaría con poner el acento en la intencionalidad del sujeto o en que el delito era objetivamente idóneo *ex ante* para proveer un beneficio, finalmente no verificado.

En el reverso de la moneda, no valdrán análisis *ex post*, en los que, lógicamente, la conclusión sería que, tras la detección del ilícito, la persona jurídica no obtendrá beneficio alguno de la conducta delictiva cometida por su empleado²⁸¹.

de determinar la pena de multa aplicable, habrá de estarse a parámetros objetivos si no es posible determinar, entre otros baremos, el beneficio obtenido.

²⁷⁸ Si bien los ejemplos que ilustran tal elemento objetivo son hartamente discutibles: del ejemplo del director general que, mediante escuchas ilegales, obtiene un secreto de empresa de un competidor beneficiando objetivamente a la empresa aunque la intención de tal acción sea exclusivamente en beneficio propio o del trabajador que, con la intención de exclusivamente obtener su beneficio personal de ascender en la compañía, comete un hecho delictivo para aumentar la cifra de negocio de la sociedad, produciendo objetivamente un beneficio para la entidad, aunque ese beneficio no estuviera en la clave de su intención; al ejemplo del portero de discoteca que vende droga en la puerta con el exclusivo interés de embolsarse tales ingresos, el cual, con su actuación, y en opinión de la Fiscalía General del Estado, provoca objetivamente un beneficio a la entidad para la que actúa por cuanto con dicha venta de droga se suscita una mayor afluencia de entrada en la discoteca.

²⁷⁹ Así lo define el Tribunal Supremo en su Sentencia 154/16, de 29 de febrero: “cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa (el subrayado es nuestro) o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc, provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico se comete”, concluyendo que existe el beneficio directo o indirecto para la persona jurídica condenada (entre otras penas a una pena de multa de casi 800 millones de euros que el Tribunal Supremo mantiene, no así la pena de disolución a la que también había condenado la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) por cuanto se beneficiaría del reintegro de las máquinas en el patrimonio de la Sociedad que se utilizaban para transportar sustancia ilícita pero que acababan reimportándose a España.

²⁸⁰ Así puede leerse en el artículo 12 del Real Decreto Legislativo 231/2001.

²⁸¹ En este sentido, deja claro el Tribunal Supremo en su Sentencia 154/16 que habrá que huir tanto de posiciones maximalistas como de posiciones minimalistas; esto es, tanto de las que consideran que siempre existirá un provecho para la persona jurídica aunque sólo fuere por el ahorro económico que le supone la inexistencia de adecuados mecanismos de control, como de las que consideran

Sobre como casa dicho requisito con la modalidad imprudente de determinados delitos se ha pronunciado la jurisprudencia italiana en reiteradas ocasiones²⁸² considerando que, en esta clase de delitos, hay que valorar el interés o la ventaja en función de la circunstancia global del delito y no solo en relación con el ánimo tendencial en la comisión del mismo, lo que sitúa la interpretación del elemento beneficio en un terreno objetivo.

En los delitos imprudentes el beneficio de la empresa podrá estar en el ahorro de costes en seguridad, la mayor productividad o en la mayor rapidez en realizar determinada prestación, elementos que incidirán en la valoración del beneficio de forma objetiva.

Y es que, en los supuestos de modalidad imprudente, se pone el acento en que el hecho se haya cometido infringiendo determinados deberes de cuidado a los que deben hacer frente y que no siempre tienen que implicar un ahorro en términos económicos²⁸³.

que nunca habrá beneficio por el delito cometido en su nombre dado el daño reputacional y cumplimiento de las penas que provocará a la persona jurídica el procedimiento penal.

²⁸² Así, se ha definido como *“la tensión última de la conducta infractora del autor destinada a beneficiar a la entidad, en virtud de un juicio ex ante, es decir, trasladado al momento en que se violan las medidas de seguridad”* (Tribunal de Turín, 10 de enero de 2013); Tribunal de Cagliari, sentencia 13 de julio de 2011 o Tribunal de Trani, secc. Molfetta, sentencia de 26 de octubre de 2009. También, el denominado *“Giudice per le Indagini Preliminari”* (en adelante, “GIP” y equivalente a un Juez de garantías en la fase de instrucción italiana), Tribunal de Cagliari, 4 de julio de 2011, según el cual, en materia de delitos imprudentes el *“único criterio adscriptivo aplicable es el del interés, elemento que se debe poner en relación con la conducta que ha producido el delito y no solamente con el propio hecho. En esta acepción, el interés se integra por una tensión finalística frente a un ahorro de empresa, independientemente del hecho de que tal objetivo sea concretamente obtenido”*. En el mismo sentido, Tribunal de Trani, 11 de enero de 2010 y, entre la abundante doctrina, *cfr.* ALESSANDRI, A.: *“Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione”*, *Analisi giuridica dell’economia*, 2/2009, pp. 337-354; GARGANI, F.: *“Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile “per definizione” la persona giuridica?”* en AA.VV: *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. II, Napoli, Jovene Editori, 2011, pp. 1939-1975.

²⁸³ Por ello, la legislación austríaca diferencia, de un lado, los delitos cometidos en provecho de las personas jurídicas, de los delitos cometidos infringiendo algún deber jurídico que compete a la persona jurídica.

C. De los delitos cometidos por los subordinados.

Respecto a la segunda vía de transferencia, los delitos cometidos por empleados, se exige idéntico requisito del beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, si bien se añaden tres más:

- Que estén sometidos a la autoridad de las personas indicadas en la letra a) del artículo 31 bis.
- Que el hecho delictivo se realice por cuenta de la persona jurídica y en el ejercicio de actividades sociales.
- Que el hecho delictivo haya podido ser realizado por haberse ejercido por los “dirigentes” (sujetos contenidos en la letra a del artículo 31 bis 1) un “grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control”, en lo que supone una de las importantes modificaciones de la reforma de 2015 con respecto a la del 2010, la cual se refería al concepto “debido control”²⁸⁴.

Esta modificación que incluye la regulación del 2015 es consecuencia de las exigencias del Derecho de la Unión Europea. Y ello por cuanto, si bien el ordenamiento comunitario, como hemos visto, no exigía a los ordenamientos jurídicos internos el establecimiento de una verdadera responsabilidad penal para las personas jurídicas, lo cierto es que el hecho de que el ordenamiento jurídico español haya optado por establecer consecuencias penales debe compadecerse bien con el principio de intervención mínima, reservando solo para los casos más graves de incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control, su intervención.

Sobre el primero de los requisitos de este segundo apartado del artículo 31bis, cabe decir que la posición orgánica de estos sujetos impide que la redacción de

²⁸⁴

Concepto que, como ya se ha dicho, fue objeto de petición expresa de aclaración por parte de los expertos de la OCDE y así quedó dicho en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, la cual señaló que el objetivo principal de la reforma era aclarar qué se entiende por “debido control”.

este segundo apartado del artículo 31 bis pueda hacer referencia al “actuar en nombre de la persona jurídica”, por cuanto, los subordinados carecerán de poderes de representación que les permitan actuar en esa calidad, razón por la que se prevé la actuación “por cuenta de”.

Además de ello, hay que manifestar que no cualquier subordinado hará nacer la responsabilidad de la persona jurídica, sino solo los “sometidos a la autoridad de los sujetos referidos en la letra a) del artículo 31 bis”.

Se plantea la duda de si por “sometido a la autoridad” debe entenderse con cadena de reporte directa o basta también la indirecta y, por lo tanto, cualquier empleado es sometido a la autoridad de un administrador²⁸⁵, entendiéndose más correcta esta última al relacionar el incumplimiento con un incumplimiento estructural como veremos a continuación.

A ello habrá que añadir que se actúe en el ejercicio de las actividades sociales de la misma. Así, trabajadores dependientes de una persona jurídica subcontratada o de un distribuidor o un franquiciado, deberán arrastrar la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ejercicio de las actividades sociales de la cual prestan sus servicios materialmente y no la responsabilidad de la persona jurídica que subcontrató a esta otra.

Por el contrario, sí incluirá la actuación descontrolada de aquellos empleados que, sin tener una relación laboral o mercantil directa con la persona jurídica sujeto de imputación penal, actúan por su cuenta. Así, trabajadores autónomos a los que une un mero arrendamiento de servicios, subcontratados y empleados de empresas

²⁸⁵ Interesantes referencias a la oportunidad de hacer responder a la persona jurídica de los actos que cometa cualquier empleado de la organización (como parece refiere el artículo 66 bis cuando indica que dependerá del puesto que en la persona jurídica ocupa la persona que omitió el debido control), se contienen en NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo...*, *op. cit.*, p. 88-101.

filiales, o también, trabajadores por cuenta de una empresa de trabajo temporal, siempre que actúen bajo los dictados de los sujetos referidos en el apartado a)²⁸⁶.

El establecimiento de la cláusula referente al “*incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control*” implica poder defender que, si no se ha producido un ineficiente control, aún y cuando se haya producido el delito, no se podrá imputar a la persona jurídica la comisión del mismo. O que, si el control no hubiera evitado el delito (no bastando con que hubiera “dificultado” su comisión²⁸⁷), aún y cuando éste se haya omitido, no podrá imputarse dicha omisión a la persona jurídica²⁸⁸.

Por otra parte, cabe decir que el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte del directivo no tiene por qué haber supuesto una responsabilidad penal para el mismo (la cual solo se verificará en el caso de que el incumplimiento sea doloso o gravemente imprudente, en los casos en que, además, el delito en cuestión prevea la comisión imprudente), para que pueda nacer la responsabilidad penal de la persona jurídica²⁸⁹.

Sobre la relación entre el “debido control” o la actual referencia que contiene el artículo 31bis al grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control y la inclusión como causa de exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la adopción de los modelos de organización y gestión, nos hemos detenido en el apartado correspondiente, a fin de diagnosticar si el modelo de

²⁸⁶ Así se ha manifestado por la Fiscalía General del Estado y abundante doctrina. Por todos, *vid.* MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 176 y siguientes.

²⁸⁷ A modo de comparación, el “proyectado” artículo 286.6, bastaba, para castigar al administrador que no hubiera adoptado medidas de vigilancia y control exigibles para evitar delitos cuando se diera inicio a la actividad delictiva que hubiera resultado impedida, o al menos seriamente dificultada si se hubiera empleado la diligencia debida.

²⁸⁸ Son las reglas de la imputación objetiva en la comisión por omisión.

²⁸⁹ Contrariamente a lo que ocurre en Alemania, país en el cual el directivo es castigado por infracción del deber de vigilancia sobre el subordinado, cuando con tal infracción ha permitido la comisión del delito, estableciéndose un verdadero sistema de hetero-responsabilidad.

imputación de responsabilidad acogido era el de la transferencia o el de la auto-responsabilidad²⁹⁰.

Y es que, el debido control, en corporaciones de mediano o gran tamaño será francamente difícil de ejercer sin una estructuración del mismo, sin el establecimiento de un programa de prevención de delitos que incorpore medidas concretas, procedimientos y políticas determinadas para neutralizar riesgos²⁹¹.

Conviene en este sentido señalar que el apartado 2 del vigente artículo 31 bis deja claro que los programas de cumplimiento no solo tienen un efecto penológico positivo en el caso de los delitos cometidos por subordinados, sino también para el caso de los delitos cometidos por los sujetos situados en la cúspide de la pirámide societaria²⁹².

En la línea con lo que denunció el Consejo de Estado, se impone una crítica a la inseguridad jurídica que genera la indeterminación de los deberes de supervisión, vigilancia y control, que, supuestamente, ostentan los sujetos de la letra a) del artículo 31 bis cuando, del incumplimiento grave de los mismos, se deriva la responsabilidad penal de la persona jurídica²⁹³. Como es sabido, el Derecho Penal

²⁹⁰ Apartado 3 del Capítulo I.

²⁹¹ Sobre la posición de garante que parece imponer el artículo 31 bis b) a la empresa sobre las acciones u omisiones de sus miembros, escribe QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal Español...*, op. cit., p. 375- ¿, enfatizando que la fuente legal de esa posición de garante que ha sido históricamente el fundamento de la responsabilidad civil de las sociedades, establecida en el artículo 120.3 y 4 del Código Civil, no es suficiente para fundamentar una imputación penal en comisión por omisión. El autor concluye diciendo que lo que habrá que evitar es una derivación de responsabilidad automática a la empresa en nombre de que todo se puede impedir con el debido control.

²⁹² Aunque la Fiscalía General del Estado parece ponerlo en tela de juicio cuando señala en su Circular 1/16 que una de las muestras de la falta de eficacia de los modelos de organización y gestión será que el delito lo hayan cometido los representantes o directivos, siendo ellos los que encarnan la voluntad de la persona jurídica (teoría de la identificación), señalando incluso que la exoneración en esos casos no operará de forma automática sino que habrá que presumir que el programa no es eficaz.

²⁹³ Sobre ello, el Consejo de Estado denuncia: “el principio de seguridad jurídica impone un determinado nivel de certeza en torno a los medios, órganos y cauces exigibles para el desarrollo de esas funciones de vigilancia y control, aspectos cuya regulación corresponde, por su propia naturaleza, a la legislación mercantil o a la que resulte de aplicación a las personas jurídicas de que en cada caso se trate.”, aunque, por el contrario, para la Fiscalía General del Estado parecen estar claramente delimitados estos deberes en la legislación mercantil, tanto en la Ley de Sociedades de

no soporta conceptos indeterminados como sustrato de la imputación de responsabilidad a una persona, sea esta física o jurídica.

La FGE siempre ha querido dejar claro que los programas de prevención de delitos precisamente eran de utilidad para valorar si había existido o no, debido control por parte de los superiores jerárquicos en función del mandato de control que a estos sujetos se les otorgaba tanto en esa normativa interna como en la normativa reguladora correspondiente. Y a ello confiaba la expresión “*atendidas las circunstancias concretas del caso*” que se incluye en el artículo 31 bis.

Sin embargo, el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 dejó dicho que esta expresión se trataba de una “*consideración imprescindible para evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.*”

Y es que la regulación actual es en parte contradictoria por cuanto, por un lado parece confiar la inexistencia de debido control o de incumplimiento grave de los deberes de vigilancia y control en la implementación de los programas de prevención de delitos por parte de la empresa (deficiencia estructural), a la vez que establece como requisito expreso la falta de diligencia en dichos deberes por parte de los directivos o sujetos incardinados en la letra a) del artículo 31 bis (*culpa in vigilando*)²⁹⁴ para la imputación de responsabilidad a la persona jurídica en el supuesto de la letra b).

Si se trata de requisitos cumulativos o excluyentes (en dependencia del fundamento de responsabilidad que se otorgue a la regulación citada) se verá con el paso del tiempo: *Veritas filia temporis*.

Capital (artículo 225 y 249 bis) para los administradores, ya en lo que respecta a la configuración legal del deber de supervisar la buena dirección y control de la sociedad como por lo que respecta a la indelegabilidad de tal deber (p. 23 Circular 1/16).

²⁹⁴ En este sentido se pronuncia GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, pp. 169 y ss..

D. Las penas y sus reglas de aplicación.

El catálogo de penas que se establece en el artículo 33.7 y que confiere a todas ellas la consideración de graves es, sin lugar a dudas, uno de los más completos si lo comparamos con los sistemas legislativos de nuestro entorno²⁹⁵.

Se prevé junto a la pena de multa (por cuotas o proporcional), pena obligatoria, la posibilidad de imponer otras penas de modo facultativo, catálogo entre las que se encuentran desde penas interdictivas a la pena de disolución de la persona jurídica.

La finalidad del régimen de responsabilidad penal es incentivar a las empresas para que establezcan modelos eficaces de prevención de delitos, por lo tanto, si es esa la finalidad del régimen, cuanto más, es esa la finalidad de las penas previstas para la persona jurídica, una finalidad preventivo-general²⁹⁶.

La pena de multa no viene determinada por un enriquecimiento injusto o ahorro de costes al no establecer programas de prevención de delitos; viene determinada en parámetros de justicia retributiva y finalidad de prevención general. La pena de multa es proporcional a la gravedad del delito, al hecho causado y la deficiente organización empresarial²⁹⁷.

Sin embargo, parte de la doctrina no aprecia prácticamente diferencia entre la pena de multa a la persona jurídica del actual artículo 33.7 y la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.4, la responsabilidad civil a título lucrativo del

²⁹⁵ Así se pronuncia NIETO MARTÍN, A.: “El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno...” *op. cit.* y “Looking for a system of sanctions for an EU normative”, en FIORELLA, A.: *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Volum II “Towards a common model in the European Union”*, Jovene Editore, Napoli, 2012, pp. 313-339.

²⁹⁶ En este mismo sentido se pronuncia el autor norteamericano HENNING, P.: “Should the perception of corporate punishment matter?”, *Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series*, 2011, pp. 10-26.

²⁹⁷ Sobre la eficacia preventiva de la multa se pronuncia ampliamente NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la Empresa...*, *op. cit.*, p. 74-79, estableciendo como opción que si la finalidad era que las empresas se autorregularan podía haberse optado por que el establecimiento de medidas de prevención formara parte de planteamientos de justicia restaurativa una vez cometido el delito.

artículo 122 del Código Penal²⁹⁸ o la responsabilidad del artículo 31.2 ya derogada del Código Penal, en términos de sanción económica derivada del hecho dañoso.

La responsabilidad civil es prácticamente una responsabilidad puramente vicarial y objetiva, en la que la persona jurídica responde por el viejo principio romano *ubi commodum, ibi incommodum*. La jurisprudencia de nuestros tribunales vincula tal aforismo al principio del riesgo, como criterio que fundamenta la responsabilidad civil subsidiaria de las empresas²⁹⁹, manifestando incluso que no admite ninguna prueba liberatoria del empresario fundada en su comportamiento diligente para evitar el nacimiento de una tal responsabilidad³⁰⁰.

Contrariamente a lo que sucede con la pena de multa del artículo 33.7 del Código Penal, la responsabilidad civil se basa en la equidad, en la distribución equitativa de costes y beneficios entre el sujeto y la empresa (parámetros de justicia distributiva).

²⁹⁸ En este sentido, ROBLES PLANAS, R.: “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis...”, *op. cit.*, edición digital, matizando que el artículo 31 bis está orientado a un principio del riesgo jurídico-público, considerando que los parámetros son más del ámbito civil que del penal, de justicia distributiva, de compensación de ventajas indebidas, vinculado a eliminar un enriquecimiento injusto, que de justicia retributiva. En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G.: “La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Claroscuros de una novedad...”, *op. cit.*, p. 977-999, quien considera que bastaba con la responsabilidad civil del artículo 120.3 y 4 del Código Penal, la cual si bien de distinta naturaleza tiene un sustrato bien similar (basado en la infracción de reglamentos de policía o porque el hecho se ha producido en el cumplimiento de sus obligaciones o servicios) o con la responsabilidad administrativa. También *Cfr.* QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 77-93.

²⁹⁹ Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 237/2010, de 17 de marzo afirma: “el fundamento del nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria encuentra en la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de las actividades de otra persona, que de alguna manera puedan provocar un riesgo para terceras personas, también debe soportar las consecuencias negativas de las consecuencias lesivas de ese riesgo creado, y ello incluso se ha declarado cuando la actividad desarrollada por el infractor no le reporte ningún beneficio al principal, bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentra tal actividad sujeta de algún modo a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma.”

³⁰⁰ Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 544/2008, de 15 de septiembre.

No ocurre lo mismo sin embargo en relación con la pena de multa cuya imposición requiere la previa constatación de un hecho delictivo propio y la finalidad de su imposición de cualquier pena, preventiva y disuasoria³⁰¹.

Asimismo, la lectura del artículo 66 bis del Código Penal, con el establecimiento de las penas interdictivas de carácter facultativo³⁰², refuerza la finalidad preventiva de las penas que se prevén para las personas jurídicas, si bien, en este caso, la finalidad es preventivo-especial, por cuanto se referencian las mismas continuamente tanto a la necesidad como a la extensión de la pena para la persona jurídica en sí³⁰³.

Aunque es cierto que dicho artículo con su imposición facultativa por parte de los Jueces y Tribunales, sitúa la naturaleza de la consecuencia penal más en una medida de seguridad determinada por su peligrosidad para la continuación delictiva, que en una pena propiamente dicha (al estilo de las consecuencias accesorias).

Asimismo, estas penas se asemejan a auténticas medidas de seguridad por los siguientes motivos:

³⁰¹ En este sentido se pronuncia la STS 830/2014, de 28 de diciembre que recuerda que “*ciertamente no puede llegar a declararse un beneficio a la empresa por razón de su actividad delictiva, a modo de cómo hoy se describe en el artículo 31 bis del Código Penal, pero ha de convenirse que no estamos juzgando la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuyos controles para su activación han de ser más rigurosos, sino estamos declarando un aspecto meramente civil, cual es la responsabilidad civil subsidiaria, que por tal carácter, deberá recaer directa y principalmente sobre el acusado, y tras su insolvencia en su principal, al no haberse implantado los controles necesarios para evitar este tipo de conductas en la empresa, estando justificada tal responsabilidad civil no solamente en los principios clásicos de la falta in eligendo o in vigilando, sino en la responsabilidad objetiva por la que esta Sala Casacional camina incesantemente para procurar la debida protección de las víctimas en materia de responsabilidad civil subsidiaria.*”

³⁰² La suspensión de actividades, la clausura de locales o establecimientos, la intervención judicial, la prohibición de contratar con el sector público o la inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas.

³⁰³ Definidas por ROBLES PLANAS, R.: “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis..., *op. cit.*, edición digital, como intervenciones fáctico-asegurativas que tienen como finalidad prevenir la incorporación de beneficios provenientes de actividades delictivas a la persona jurídica y en su caso tutelar y garantizar la reintegración futura e inmediata de tales ganancias ilícitas.

- Artículo 31 ter: el hecho de que puedan imponerse aun y cuando la persona física que comete el hecho delictivo haya obrado sin culpabilidad.
- Artículo 66 bis: que la imposición de las penas facultativas se vincule a la peligrosidad del ente, esto es, su necesidad para evitar la continuidad delictiva.
- El sistema de atenuantes relacionado con el comportamiento post-delictivo de la entidad, más vinculado a la prevención que a la culpabilidad³⁰⁴.
- El hecho de que todo el catálogo de penas facultativas previstas en el artículo 33.7 b) a g) sea idéntico a las históricas consecuencias accesorias, basadas en la peligrosidad y nunca en la culpabilidad.

Cabe decir también que, más allá de la etiqueta “penal”, en lo fáctico estas penas en nada se diferencian a aquellas que pueden ser establecidas en el marco del Derecho Administrativo. Aún y cuando la pena de multa mantenga el significado punitivo tanto de una sanción administrativa como de una auténtica pena en términos penales, lo significativo será encontrarle asimismo el reproche culpabilístico necesario en Derecho Penal³⁰⁵.

Sin embargo, el efecto de que a estas consecuencias penales se les denomine “penas” y que se impongan en el marco de un procedimiento penal, es que para su imposición deberán respetarse todas las garantías jurídico-penales y procesales³⁰⁶.

³⁰⁴ En sentido contrario, sobre el significado que respecto a la cultura empresarial de cumplimiento al Derecho tienen estas atenuantes y que la existencia de ellas, precisamente, lo que demuestra es que existe el debido control y por tanto, no debiera existir responsabilidad penal de la persona jurídica, por cuanto no hay culpabilidad reactiva, se pronuncia NIETO MARTÍN, A.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa...*, op. cit., pp. 78 y ss.

³⁰⁵ En este sentido, y como ha manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 17 de diciembre de 2009, 19.359/04, M, c/ Alemania” el término pena se refiere a cualquier medida que se imponga por una condena a causa de un hecho penal.”

³⁰⁶ Sobre ello puede profundizarse en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: “Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica Societas Delinquere Potest)” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263-281.

En todo caso, existen muy diversos tipos de empresas sobre las cuáles no siempre operará la misma finalidad. Mientras algunas, si preferirán evitar la imposición de sanciones penales mediante el establecimiento de programas de prevención, otras no se verán intimidadas de igual manera por esa sanción penal³⁰⁷.

Por ello, quizás deberíamos plantearnos un sistema de doble vía en la imposición de sanciones a las personas jurídicas, tal y como ocurre en el Derecho penal individual: penas basadas en la culpabilidad y medidas de seguridad basadas en la peligrosidad, tal y como de *lege lata*, parece ocurrir³⁰⁸.

2. La exoneración de responsabilidad penal a la persona jurídica.

A. Los modelos de organización y gestión.

La principal novedad de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica es la exención de responsabilidad para éstas en el caso de que hayan establecido con carácter previo a la comisión de un delito en el seno de la empresa, modelos de organización y gestión idóneos y eficaces para prevenir delitos o reducir el riesgo de su comisión, que expresamente incluyan medidas para prevenir delitos de la misma naturaleza del que se cometió³⁰⁹.

³⁰⁷ Sobre la importancia de individualizar la sanción más correctora para la empresa de que se trate, siendo necesario atender al “autor empresarial” individual (empresas corregibles, empresas reincidentes o empresas peligrosas) se pronuncia NIETO MARTÍN, A.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa...*, *op. cit.*, pp. 78 y ss., explicando que para las empresas corregibles será más disuasorio la imposición de una pena de multa o una prohibición de obtener ayudas públicas, mientras que para las reincidentes deberá optarse por una sanción más de tipo estructural, como la intervención judicial, o para las peligrosas medidas incoizadoras como la interdicción o el cierre de locales.

³⁰⁸ Ahonda en esta idea GÓMEZ JARA-DÍEZ, C.: *La culpabilidad penal de la empresa...*, *op. cit.*, pp. 179-196.

³⁰⁹ Según un reciente Informe publicado por la firma auditora Deloitte, el 80% de las empresas de más de cinco mil (5.000) empleados ya tienen implantados programas de prevención de delitos (principalmente en el sector financiero y farmacéutico), mientras que el 40% de las empresas menores a dicha cifra, los han implantado igualmente.

Ya han sido apuntadas las razones de política criminal que llevaron a la introducción de tal exención, razones todas ellas aducidas por la OCDE y distintos organismos internacionales, los cuales recomendaron a nuestro país el cumplimiento normativo como forma de luchar contra la corrupción (pública y privada) en las empresas³¹⁰.

España ya cuenta con el primer pronunciamiento judicial que descarta la indiciaria responsabilidad penal de una persona jurídica (la entidad auditora Deloitte) al haberse dotado de suficientes mecanismos de prevención para evitar la comisión de delitos por sus empleados. Es el Auto de 11 de mayo de 2017 dictado por el Juzgado Central de Instrucción número 4 en el caso Bankia (Diligencias Previas 59/12) que decide, en fase de instrucción, no continuar el procedimiento respecto a una persona jurídica que cuenta con sistemas de prevención de delitos.

Por el contrario, el Auto del Juzgado Central de Instrucción 5 de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2016 incoa procedimiento abreviado por un presunto delito de corrupción entre particulares y un presunto delito de estafa contra el Futbol Club Barcelona como persona jurídica al no tener este implementado, en la fecha de comisión del delito, sistema alguno de cumplimiento penal o prevención de delitos³¹¹.

Como veremos a continuación, en nuestro país ha sido la propia Ley penal³¹² la que ofrece el contenido de los programas de cumplimiento normativo³¹³, como una manifestación de la auto-regulación regulada.

³¹⁰ Asimismo fue subrayado por el actual Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín en el II Congreso Internacional de *Compliance* organizado por Thomson Reuters y celebrado en Madrid los pasados 11 y 12 de mayo de 2017.

³¹¹ Así puede leerse en el punto a.4 del citado Auto: «*Lo mismo ocurre, finalmente, con las personas jurídicas FCB y N&N en cuanto los hechos descritos fueron realizados por representantes legales de estas entidades, en nombre y por cuenta de las mismas y en su provecho, sin que además conste (de hecho lo acreditado es la situación contraria), que se hubieran adoptado por el órgano de administración de cada una de las entidades mecanismos o modelos de organización y control para prevenir delitos de esta naturaleza*».

³¹² Las formas de intervención del Derecho Público pueden ser desde la propia ley (normalmente la administrativa, como ocurre en nuestro país en el ámbito del blanqueo de capitales o la prevención de riesgos laborales), la Fiscalía o una autoridad estatal como ocurre con la Sentencing

A mayor abundamiento, tal y como acertadamente señaló el Consejo de Estado en su Dictamen efectuado al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal por el Pleno en sesión celebrada el 27 de junio de 2013, se trata de una regulación totalmente impropia del Derecho Penal, más característica del Derecho Mercantil o Administrativo³¹⁴.

Y así es, por cuanto la comparación es obligada con la regulación de la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, o la prevención de riesgos laborales, campos en los que existe una ley especial administrativa que regula las obligaciones para los distintos tipos de sujetos que deben prevenir infracciones administrativas que también pueden ser constitutivas de delito.

En cualquier caso, de esta forma, el Estado a través del artículo 31 bis del Código Penal, establece cómo debe ser la auto-regulación de las empresas³¹⁵ en materia de

Commission de Estados Unidos. Paralelamente, el *soft law* se expresa también en forma de recomendaciones de organismos públicos o privados, como es el caso de Confindustria en Italia, a modo ilustrativo.

³¹³ Los programas de prevención de delitos, programas de cumplimiento, planes de prevención de delitos, entre otras muchas denominaciones han sido ya objeto de una extensa bibliografía. Entre ella puede encontrarse: SIEBER, U.: “Programas de *Compliance* en el Derecho Penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Derecho Penal Económico en la era Compliance...*, *op. cit.*, pp. 63-108; ARTAZA VARELA, O.: “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance...*, *op. cit.*, pp. 231-270; COCÓ VILA, I.: “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance...*, *op. cit.*, pp. 43-72 y NIETO MARTÍN, A.: “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa...*, *op. cit.*, pp. 111-132.

³¹⁴ En el mismo sentido, *cfr.* ENGELHART, M.: *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, Eine rechtsvergleichende Analyse des Sraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, Editorial Duncker & Humblot, Berlín, 1ª edición, 2010, p. 711, ha dejado dicho que una indicación detallada de todos los componentes de un programa de corporate *compliance* por parte del legislador es prácticamente imposible y no se corresponde con el principio de autorregulación empresarial.

³¹⁵ Para un estudio sucinto sobre el instituto de la auto-regulación *vid.* MONTANER FERNÁNDEZ, R.: *La autorregulación normativa en derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad*, Editorial Montiel, Madrid, 2012 y DARNACULLETA I GARDELLA, M.: *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

prevención penal, constriéndolas, en cierta medida, para que adopten esos estándares de prevención para evitar una sanción penal³¹⁶.

De tal modo que el establecimiento de programas de prevención de delitos, si bien no se configura como una obligación *ex lege* sino como una forma de “autorregulación regulada”³¹⁷, *de facto*, constituye un mandato legal si se quiere evitar la imposición de sanciones penales³¹⁸.

Todo ello bajo el principal objetivo de que las empresas coadyuven como agentes primigenios en la evitación del delito que corresponde al *ius puniendi* estatal, en compensación a los réditos y beneficios que con dicha actividad reciben, convirtiéndose en auténticos garantes de la legalidad³¹⁹.

En definitiva, los modelos de organización y gestión suponen la incorporación del *Compliance*³²⁰ en el ámbito del Derecho Penal³²¹.

³¹⁶ Por ello, NIETO MARTÍN, A.: “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo...”, *op. cit.*, p. 111-132, es más partidario de que el sistema penal integra una forma de auto-regulación estimulada o coaccionada más que una forma de auto-regulación regulada.

³¹⁷ Como se indica por DARNACULLETA I GARDELLA, M.: *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada...*, *op. cit.*, p. 83, la autorregulación voluntaria prácticamente no existe por cuanto todas las estructuras de autorregulación son objeto de algún tipo de configuración o condicionamiento, directo o indirecto por parte de los poderes públicos. En definitiva, la autorregulación regulada es la actividad pública mediante la cual el Estado hace posible la regulación específica de los espacios de organización de alta complejidad técnica, con la pretensión de que puedan llegar a satisfacerse fines o intereses públicos.

³¹⁸ Sobre ello, ampliamente, *vid.* NIETO MARTÍN, A.: “La institucionalización del sistema de cumplimiento” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la Empresa...*, *op. cit.*, pp. 187-206.

³¹⁹ La finalidad preventiva y disuasoria del artículo 31 bis del Código Penal, marcando el incentivo a las empresas para incrementar su control interno, ha sido reconocida por el actual Ministro de Justicia, Excmo. Sr. D. Rafael Català, en distintos foros, entre ellos, el II Congreso Internacional de *Compliance* organizado por Thomson Reuters y celebrado en Madrid los días 11 y 12 de mayo de 2017.

³²⁰ El Comité de Basilea en 2004 presentó la función de *Compliance* como “una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos derivados de fallos de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas.”

³²¹ Un plan de prevención de delitos forma parte del conjunto del cumplimiento normativo, tal y como se define en el artículo 66 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras: “un sistema eficaz de gestión de riesgos que comprenderá las estrategias, los procesos y los procedimientos de información necesarios

Así mismo, y pese a que la redacción de este artículo 31 bis 5 es una copia a pies juntillas del artículo 6.2 del Decreto Legislativo italiano 231/2001, lo cierto es que el origen de todo ello no se encuentra en Europa sino en Estados Unidos³²².

Ya en las USSG³²³ se incluyeron importantes referencias a cómo debe ser un efectivo *Compliance and Ethics Program*³²⁴, que sin duda han sido ampliamente tenidas en cuenta por nuestros sistemas continentales³²⁵.

En nuestro país, tras el enconado debate que se produjo bajo la vigencia de la regulación anterior (Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio) acerca del impacto penal que iba a otorgarse al establecimiento de estos modelos con anterioridad a la comisión del delito (con posterioridad, la eficacia atenuante en términos de responsabilidad estaba clara), el legislador se ha manifestado a favor del posicionamiento de la mayor parte de la doctrina, esto es, la exención de

para identificar, medir, vigilar, gestionar y notificar de forma continua los riesgos a los que, a nivel individual y agregado, estén o puedan estar expuestas y sus interdependencias"; y puede encajarse en otros planes de la organización, como el plan estratégico.

³²² Podemos remontarnos al año 1990, año en el que se dictó la primera sentencia por el Tribunal Supremo en EEUU condenando a una persona jurídica (*New York Central & Hudson River v. U.S.*), para encontrar ya la referencia de que el objetivo de la sanción era incitar a las empresas a que se dotaran de mecanismos de control que les permitieran cumplir con la legalidad.

³²³ Las "Sentencing Guidelines" se corresponden con una fase del proceso penal en la que el acusado ya ha sido declarado culpable. En esta fase se trata de individualizar la pena ante un tribunal distinto al que juzgó (el "Sentencing Judge"). Las Sentencing Guidelines fueron creadas por la Sentencing Commission con carácter vinculante para los Jueces, sin embargo a día de hoy tienen carácter meramente orientativo. Estas normas fijan un sistema de puntos a asignar en función del delito cometido, las circunstancias del hecho, etc. Según la puntuación resultante se acude a unas tablas que fijan la pena a imponer.

³²⁴ Así, se establecían como elementos esenciales de todo buen programa en la Sección 8 B2.1 de las Guidelines ("Effective and Ethics Programs"): el establecimiento de estándares y procedimientos para prevenir y detectar el delito, el ejercicio por parte del Consejo de Administración de una autoridad supervisora sobre la implementación y mejora del programa de *Compliance*, la delegación de funciones en el ejercicio de responsabilidades operativas, el nombramiento de un *Compliance officer*, el reporting a los miembros del consejo de administración, la exclusión de empleados incumplidores, la impartición de formación continuada en materia de *Compliance*, la monitorización y auditoria del programa de *Compliance*, el establecimiento de medidas disciplinarias frente a los incumplimientos detectados, la constante actualización y mejora del programa, etc

³²⁵ En el mismo sentido en la UK Bribery Act se destaca la evaluación del riesgo penal como uno de los elementos principales del *Compliance* que puede exonerar a la persona jurídica si se ha visto involucrada en algún caso de corrupción.

responsabilidad penal para las empresas que se hubieran dotado de estos programas con anterioridad a la comisión de un ilícito penal en su seno.

Así, y tras la desconfianza inicial que este tipo de modelos o programas de prevención de delitos³²⁶ suscitaba, entre otros operadores jurídicos, a la FGE³²⁷ (*make up Compliance*³²⁸ o “negocio casi especulativo de las grandes firmas legales de nuestro país”)³²⁹, éstos han ido poco a poco mejorando su fama y lavando su imagen hasta que el propio legislador ha creído en ellos como causa de exención de responsabilidad penal para la persona jurídica.

A día de hoy, nuestro Código Penal recoge en su artículo 31 bis 2 y 4 la exención de responsabilidad penal para la persona jurídica, cuyo Órgano de administración

³²⁶ Encontramos una definición de lo que es un programa de prevención de delitos en MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M./ NIETO MARTÍN, A.: “Mucho más que una circunstancia atenuante: contenido y efectos prácticos de los programas de cumplimiento normativo en el Derecho Penal Comparado” en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, Madrid, 2014, pp. 465-507. Así, en referencia a una definición de BIEGELMAN, M.: *Building a World-Class Compliance Program: Best Practices and Strategies for Success*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2008, se define un programa como una forma de autorregulación que combina reglas y procedimientos internos, códigos éticos, etc. que en ocasiones derivan de directrices o normas administrativas de ámbito local, estatal o incluso internacional, y cuya finalidad es prevenir no sólo delitos sino también cualquier tipo de infracciones a la ley.

³²⁷ En la primera Circular (Circular 1/11) emitida a propósito de la LO 5/10, de 22 de junio, *doc. cit.*, podía leerse: “Como ya se ha señalado, existe en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno de esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación”.

³²⁸ Sobre ello ha escrito en Estados Unidos HECHLER BAER, M.: “Governing Corporate Compliance”, *Boston College Law Review*, Vol. 50 (2009), pp. 949-1019.

³²⁹ A lo que claramente habían contribuido importantes escándalos financieros como el caso ENRON en EEUU, Parmalat en Italia o más recientemente el caso Pescanova o BANKIA en España, todos ellos expresivos de que, en ocasiones, profusos programas de *Compliance* no se han revelado como eficaces para la prevención de importantes delitos que finalmente se han materializado. Así, y a título de ejemplo, BANKIA contaba con un Reglamento Interno de conducta en el mercado de valores. Con motivo de la exigencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de actualizar ese Reglamento a los cambios legislativos vigentes, el mismo se había actualizado, por parte del Comité de Cumplimiento Normativo y el Comité de Dirección del Grupo (y ratificado por el Consejo de Administración de la entidad) como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 47/2007 y el Real Decreto 217/2008, que transponen la Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MiFid). Asimismo, BANKIA contaba con numerosas políticas de acuerdo con la normativa sobre Mercado de Valores: Políticas de gestión y ejecución de órdenes; Política de protección de activos; Política de gestión de conflictos de interés; Sistema de incentivos; Política de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; políticas de captación y conocimiento de clientes; etc.

ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza que el que se cometió o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Los apartados 2 y 4 del artículo 31 bis y, en definitiva, la exención de responsabilidad penal a la empresa cuyo Órgano de administración haya adoptado este tipo de modelos, deben leerse junto con los requisitos que para ellos establece el apartado 5 del artículo 31 bis, siendo estos:

- Identificar las actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- Establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de voluntad de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos³³⁰.
- Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos³³¹.

³³⁰ Como ya dijimos en el Capítulo II, si bien la redacción no es muy clara, parece fuera de toda duda que el legislador otorga una capacidad de acción a la persona jurídica, en la línea de los modelos de autorresponsabilidad que se han analizado en el correspondiente apartado, al incluir una referencia expresa tanto a la voluntad de la persona jurídica (diferenciada de las personas físicas que la integran) como a la toma de decisiones y la ejecución de estas.

³³¹ Si bien la opinión doctrinal mayoritaria es que este requisito solo hace referencia a la dotación y previsión presupuestaria por parte de la persona jurídica de recursos económicos para trabajar en la prevención de delitos en su seno, lo cierto es que existe otra interpretación posible cual es que este apartado se refiere a las concretas medidas de prevención o detección de delitos en los que los recursos financieros tengan un papel relevante (como serían el delito de blanqueo de capitales o el delito contra la Hacienda Pública) aunque pudiera pensarse que éstas ya estarían incluidas en el establecimiento de medidas de prevención o detección de delitos en general. Ello es así por cuanto la Ley Chilena cuenta con el mismo requisito referido precisamente a este segundo escenario. Así de explícita es la Ley 20.393 en su artículo 4.3. “El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la persona jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica que deberá contemplar a lo menos lo siguiente: c): la identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.” Más claro queda aun cuando se aprecia que la regulación de requisitos y facultades del encargado de prevención (artículo 3) está separada de la regulación del contenido del programa de prevención de delitos, la cual se encuentra en el artículo posterior. En el mismo sentido, la novedosa Norma UNE-ISO 19601 Sistemas de Gestión de *Compliance* penal dedica un apartado a los “Controles Financieros” para evitar la comisión de delitos en el seno de su actividad (p. 29).

- Imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- Establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- Realizar una verificación periódica del modelo y su eventual modificación cuando se ponga de manifiesto una infracción relevante de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

En cualquier caso, los requisitos que, según el Código Penal, debe contener un modelo de prevención de delitos, son muy similares a los que establece COSO³³² para el control interno: entorno de control (“*control environment foundation level*”), evaluación de riesgos, supervisión, actividades de control, información y comunicación, y tal y como ocurre en COSO³³³, todos ellos han de ser valorados en su conjunto para estar en condiciones de determinar si la empresa posee o no un sistema de prevención de delitos o, en su caso, de control interno eficaz.

Así, aunque el Código Penal defina estos programas de cumplimiento como “*modelos de organización y gestión que incluyan medidas idóneas para prevenir delitos o reducir el riesgo de su comisión*” lo cierto es que lo principal de estos modelos no es el establecimiento de medidas concretas de prevención de delitos (también de detección o reacción frente a delitos ya cometidos) sino el

³³² *Comité of Sponsoring Organization of Treadway Commission*, órgano que realiza recomendaciones en el marco de la auditoría a nivel global. Especialmente destacables en el ámbito de los riesgos empresariales son los estándares que propone COSO bajo la denominación Enterprise Risk Management. Se encuentra un análisis de tales estándares en MOELLER, R.: *Coso Enterprise Risk. Establishing Effective Governance, Risk and Compliance Processes*, Editorial Wiley Corporate F&A, 2011, 2ª edición.

³³³ La aproximación que en Italia realiza Confindustria a la identificación de los riesgos penales se hace también partiendo de los estándares de COSO, en particular, el *Internal Control Integrated Framework* en materia de control interno emitido por COSO en 1992 y actualizado en mayo de 2013 o el *Enterprise Risk Management Framework* emitido en 2004 en materia de gestión de riesgos.

establecimiento de una verdadera cultura de cumplimiento en la empresa³³⁴ (entorno de control). Ello hace plantearse si un sistema de prevención de delitos únicamente destinado a facilitar medidas de prevención de los delitos que pueden ser cometidos por la persona jurídica en atención al sistema de *numerus clausus*, y no de cualquier delito que pueda ser cometido en el seno de la empresa, se reputa como un sistema que sinceramente vela por crear una cultura de cumplimiento en la entidad.

Y en este punto es donde los Códigos Éticos o de Conducta³³⁵ adquieren su importancia. La diferencia de estos códigos con los planes de prevención de delitos puede ser precisamente esa: que los planes de prevención de delitos se dirijan a la prevención de delitos empresariales³³⁶ y los códigos éticos al establecimiento general de una cultura de cumplimiento en la empresa que enfatice la firme voluntad de la empresa de cumplir la legislación y el orden jurídico³³⁷.

Y es que un auténtico plan de prevención de delitos no puede quedarse en el ámbito de un Plan de prevención de Seguridad y Salud o de un Manual de gestión

³³⁴ Y en esta línea se ha pronunciado tanto la FGE en su Circular 1/16..., *doc. cit.*, en la cual menciona un total de catorce veces la palabra “ética”, como los primeros pronunciamientos jurisprudenciales emanados del Tribunal Supremo a los que nos hemos referido en el apartado correspondiente a los modelos de responsabilidad.

³³⁵ NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo...*, *op. cit.*, p. 240-248, identifica Código de Conducta con un conjunto de disposiciones que tienen como finalidad reforzar los mandatos que se contienen en un texto legal. Es lo que se conoce con el nombre de *Compliance*. Estos constituyen el tronco del sistema de organización interno, sobre él descansan el resto de contenidos.

³³⁶ Entendiéndose aquí por ellos los delitos *numerus clausus* respecto a los cuales nuestro Código Penal permite la imposición de sanciones de naturaleza penal a las empresas.

³³⁷ En concreto, pueden atribuírseles las siguientes funciones: (i) refuerzo del mandato normativo y la asignación de relevancia al cumplimiento de la ley como uno de los objetivos prioritarios de la organización, (ii) cumplir con una función de especificación o concreción de las normas jurídicas, mostrando a sus destinatarios la forma en que debe actuar el empleado ante una oportunidad delictiva o una situación de riesgo para determinados bienes jurídicos. (iii) cumplir con una función externa (destinada a sujetos fuera de la estructura organizacional) vinculada a la regulación de la relación de la empresa con otros organismos y al respecto de su normativa interna en esta interacción, y (iv) fijar las normas de comportamiento de la empresa en general, no solo en relación con el reforzamiento del mandato sino también estableciendo la conducta posterior de la empresa tras la comisión de un delito.

de los que imponen determinadas Normas de calidad, sino que debe ir más allá estableciendo un sistema de control que arbitre el cumplimiento efectivo de las normas que se disponen y un sistema disciplinario para el caso de que no sea así, formando parte intrínseca del día a día del funcionamiento de la organización³³⁸.

Y para ello, son instrumentos esenciales el Código Ético o de Conducta que definen los valores y principios que imperan en una determinada organización societaria³³⁹ y que deben hacerse extensibles a todos los empleados o directivos de la compañía así como, preferiblemente, a sus proveedores o colaboradores de distinto rango³⁴⁰ (entre ellos, claro está, empresas subcontratadas o trabajadores autónomos que ocasionalmente presten sus servicios profesionales para la empresa en cuestión).

Por lo tanto, no se trata de establecer un sistema policial en el seno de la empresa que tenga en el control y la supervisión el aspecto fundamental del modelo de prevención de delitos, sino en saber transmitir la cultura de cumplimiento o la cultura ética en el seno de las organizaciones³⁴¹.

³³⁸ El sistema disciplinario para incumplimientos de las medidas de prevención que la empresa haya dispuesto se encuentra también en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en su artículo 29.3: “el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores.”

³³⁹ Efectúa consideraciones de este estilo FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *El delito corporativo en el Código Penal Español (cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas)*, Editorial Civitas, Navarra, 2015, mostrándose partidario de que se logre a medio-largo plazo una cultura de cumplimiento en la empresa más que el establecimiento de un estado policial dentro de la misma cuyo principal objetivo sea la vigilancia y control.

³⁴⁰ Sobre ello, *vid.* ALONSO GALLO, J.: “Los programas de cumplimiento” en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.): *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Editorial Civitas, Navarra, 2011, pp. 143-200.

³⁴¹ En este sentido, *cfr.* NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la Empresa...*, *op. cit.*, pp. 121-129, que distingue entre las dos opciones por las que puede optarse a la hora de concebir un programa de cumplimiento normativo. Por un lado, puede optarse por un sistema que entre al detalle de las medidas de vigilancia, supervisión y control y haga de ello la piedra de toque del sistema. Y por otro, puede optarse por un sistema basado en la proclamación de principios y valores éticos, el cual, a modo programático, establezca la importancia de la cultura de cumplimiento en la entidad, estableciendo sanciones o incentivos para lograr su cumplimiento, pero dejando un gran margen de maniobra a las empresas para lograr los objetivos de cumplimiento. Lógicamente, esta segunda opción también integrará medidas de control pero a modo ejemplificativo y no exhaustivo.

La prevención de riesgos penales como control de riesgos, forma pues parte tanto de la ética de la empresa como del buen gobierno corporativo, siendo lo primero parte intrínseca de lo segundo³⁴².

A continuación, pasaremos a analizar los aspectos fundamentales que debe contener un modelo de cumplimiento o programa de prevención de delitos.

a. Contenido de los modelos de organización y gestión.

i. El análisis de riesgos.

El análisis de riesgos es la génesis de un programa de prevención de delitos. Se trata de identificar qué actividades o procesos de la empresa pueden derivar en un riesgo de delito y, a continuación, valorar su probabilidad (teniendo en cuenta para ello tanto los factores criminógenos coetáneos como los controles existentes en la empresa).

Nos movemos en el terreno de la predicción penal y para ello, además de un buen asesoramiento experto, será importante contar con una buena metodología³⁴³.

El análisis o evaluación de riesgo³⁴⁴ determinará las actividades en las cuales “previsiblemente” puede cometerse un delito, es decir, aquellas actividades

³⁴² Así, puede apreciarse como se comparten requisitos de las exigencias de la normativa en materia de Responsabilidad Social Corporativa (IQNet SR 10; Sistemas de Gestión de la Responsabilidad Social) con los parámetros que fija el Código Penal para los modelos de organización y gestión en materia de prevención de delitos. Entre ellos puede citarse: el Código ético o de conducta, los canales de denuncia, el Comité de Ética y Cumplimiento o el Organismo de Vigilancia y Control.

³⁴³ La jurisprudencia italiana ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la bondad de una evaluación de riesgos. Así, el Tribunal de Milán, por sentencia de 20 de septiembre de 2004, destacó que las evaluaciones de riesgo deberán tener en cuenta fuentes financieras, creación de cajas negras, participación en licitaciones de adjudicación de contratos públicos, ejecución de contratos públicos, etc. *A sensu contrario*, esta Sentencia consideró eficaz el programa de prevención de delitos que tenía en cuenta la contabilidad y los balances, las reglas de facturación con intermediarios, la participación en *joint ventures* y la contratación de empresas consultoras. También se ha pronunciado sobre este particular, la Sentencia del Tribunal de Bari de 18 de abril de 2005, la cual juzgó no apropiado un programa de prevención de delitos por cuanto no se identificaban las actividades más expuestas a riesgo penal ni los delitos concretos que podían cometerse.

³⁴⁴ Definida por el Ministerio de Justicia inglés en www.justice.gov.uk (The Bribery Act 2010, Section 9, Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place

que mediante un análisis *ex ante* se definen como potencialmente probables en el riesgo de comisión de delito y que, lógicamente, están relacionadas con el catálogo de delitos que puede cometer una persona jurídica.

Por ello este análisis es un íter esencial en la buena definición de un programa de prevención de delitos. Para ese cometido, la entidad deberá tener en cuenta sus distintas áreas de negocio, la sensibilidad de sus productos o servicios, las ubicaciones de sus filiales o empresas vinculadas, o sus procesos de contratación o subcontratación de terceros.

Asimismo, se propone desde la entidad certificadora AENOR³⁴⁵ que, la identificación de riesgos penales incluya:

- Identificación exhaustiva y documentada de los riesgos penales ajustada a la realidad y la experiencia previa de su actividad; documento que debe mantenerse periódicamente actualizado.
- Fuentes del riesgo penal, tanto si están bajo el control o no de la organización.

to prevent persons associated with them from briving) como: “procedimiento que una empresa implanta para valorar la naturaleza y extensión de los potenciales riesgos internos y externos a los que se expone en su actividad comercial”.

³⁴⁵ AENOR (Asociación Española de Normalización y Certificación) ofrece desde hace un tiempo la Certificación IURISCERT del Sistema de Gestión para la prevención de delitos en las organizaciones sobre la base del cumplimiento de los requisitos de su especificación técnica AENOR IURISCERT, la cual tiene en cuenta tanto los requisitos de los modelos de organización y gestión de prevención de delitos establecidos en el artículo 31.2 bis como las prácticas internacionales establecidas en el ámbito del *Compliance*, la responsabilidad social y la gestión de riesgos por organismos como ISO, British Standards o Australian Standard *Compliance* programs AS 3806 - 2006. Dicha especificación no es una Norma UNE ni ISO, pero es compatible con la Norma UNE-ISO 19600 *Sistemas de gestión de Compliance. Directrices*, publicada en abril de 2015 para la gestión del cumplimiento en general. Además esta Norma UNE no establece requisitos con lo que no está dirigida a la certificación. Todo ello ha quedado atrás con la publicación de la Norma UNE 19601 de Sistema de Gestión de *Compliance* Penal, publicada en fecha 18 de mayo de 2017, la cual incorpora buenas prácticas reguladas en la Norma UNE –ISO 19600 Sistemas de Gestión de *Compliance*, así como las reguladas en la reciente Norma UNE – ISO 37001 Sistemas de Gestión Antisoborno, junto con las directrices también establecidas en la Norma UNE – ISO 31000 Gestión del Riesgo. En idéntico sentido, la legislación laboral de prevención de riesgos establece que, para la evaluación de los riesgos, podrá acudir a metodologías o criterios establecidos en Normas UNE, normas internacionales o criterios profesionales descritos documentalmente.

- Áreas de impacto de los riesgos penales en operaciones, procesos o actividades de la organización.
- Causas y consecuencias potenciales de los riesgos penales.

El documento en el que normalmente se identifican los riesgos es un mapa o matriz de riesgos. La identificación es esencial porque el riesgo que no se identifique, no será evaluado ni tratado, ni le serán impuestas medidas para mitigar el mismo. Por lo que un riesgo no identificado podrá llevar a la nefasta conclusión de que todo el programa de prevención de delitos sea identificado como no eficaz (sobre todo si adoptamos un modelo de organización y gestión basado en la supervisión y control de medidas concretas, y no tanto un modelo de establecimiento de una cultura empresarial de cumplimiento, en la diferenciación que proponíamos anteriormente³⁴⁶).

Se trata de establecer procedimientos para la identificación continua del riesgo penal, por cuanto la identificación del riesgo no es estática sino dinámica (como el programa de prevención de delitos).

Además de ello, siempre que surja un índice de sospecha superior al promedio en relación con la legalidad de una operación comercial, deberá realizarse un análisis pormenorizado y especial de identificación de riesgo³⁴⁷. Lo mismo ocurre en áreas especialmente sensibles para el surgimiento de riesgos penales como puede ser el área financiera³⁴⁸.

³⁴⁶ En el sentido indicado por NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la Empresa...*, *op. cit.*, pp. 121-129.

³⁴⁷ Adquiere precisamente la denominación de “Examen Especial” en la regulación administrativa de la prevención de riesgos de blanqueo de capitales (artículo 25 del Real Decreto 304/14, de 5 de mayo) el análisis de aquellas operaciones con un riesgo superior al promedio de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

³⁴⁸ Sobre los mayores riesgos de esta área de las empresas se pronuncian MARTÍN FERNÁNDEZ, J./ JUAN LOZANO, A.: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: a propósito de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y su impacto en el ámbito tributario”; *Actum Fiscal*, número 111, 2016, edición digital, enfatizando además la difícil operatividad práctica de mantener actualizadas las medidas de prevención de delitos, en este caso,

Tras la identificación del “riesgo”³⁴⁹, deberá realizarse la evaluación del mismo a efectos de priorizar unos riesgos frente a otros y facilitar la toma de decisiones. Contener todos los riesgos de una empresa puede resultar una tarea casi titánica, de manera que se impone la priorización para el consecuente tratamiento de los mismos. Así, los riesgos prioritarios para la empresa serán aquellos con un rango más alto una vez aplicadas las variables de probabilidad de ocurrencia y severidad del daño en caso de materializarse el mismo.

A efectos de poder evaluar y analizar los riesgos para su priorización o prelación, deberán establecerse unos criterios. AENOR propone los siguientes:

- El entorno interno y externo en el que se encuentra la organización.
- Los valores, la política, los objetivos y recursos de la organización.
- Los requisitos legales o reglamentarios.
- La naturaleza, causas y consecuencias de los riesgos.
- La metodología para determinar el nivel de riesgo, definiendo la probabilidad de ocurrencia, las consecuencias (impacto) y los límites a los que el riesgo es aceptable.
- Las opiniones, percepciones o inquietudes de los grupos de interés³⁵⁰.
- La interdependencia de los diferentes tipos de riesgos y sus fuentes, las posibles combinaciones de riesgos múltiples.

el delito contra la Hacienda Pública. A título de ejemplo, el artículo 15 de la LGT y la regulación del conflicto en la aplicación de la norma destaca la exigencia de atenerse a los criterios que la Administración Tributaria hará públicos para evitar esquemas que puedan considerarse abusivos, de manera que el *Compliance* en esta materia deberá ser constantemente actualizado.

³⁴⁹ AENOR define riesgo como “efecto de la incertidumbre sobre la consecución de objetivos”, pudiendo ser el efecto una desviación positiva o negativa respecto a lo previsto. Habitualmente, el riesgo se caracteriza por referencia a sucesos potenciales y a sus consecuencias, o a una combinación de ambos.

³⁵⁰ Partes interesadas o stakeholders.

- Los controles existentes, su eficacia y eficiencia.

Una vez el riesgo está evaluado en base a estos criterios, las opciones de tratamiento van desde eliminar el riesgo mediante la finalización de la actividad que lo provoca, eliminar la fuente del riesgo, modificar su probabilidad de ocurrencia, modificar las consecuencias, compartir el riesgo con otras partes o, en el otro extremo, mantener el riesgo mediante decisión informada.

Lógicamente, la selección del tratamiento del riesgo será aquella que se realice en un equilibrio entre los costes y el esfuerzo de implementación del tratamiento con las ventajas que éste puede llevar aparejadas para la organización y corresponderá exclusivamente a los órganos de gobierno y gestión de la entidad que son los encargados de aprobar el modelo de prevención de delitos en tanto que política de la entidad.

Sin embargo, en este primer momento de la elaboración del programa hay tres grupos de personas importantes: en primer lugar los propios directivos o empleados de la empresa, los cuales conocen la realidad de los procesos productivos, las medidas de control existentes y la idiosincrasia de la empresa o el sector y pueden aportar el conocimiento base para valorar los riesgos (*control self assesment*)³⁵¹.

En segundo lugar, los auditores o consultores quienes poseen los conocimientos de la metodología para el análisis de riesgo, la evaluación o tratamiento de los mismos³⁵², en definitiva, la gestión del riesgo empresarial³⁵³.

³⁵¹ Quienes se corresponden con la primera de las líneas de defensa que el Institute of Internal Auditors norteamericano establece en su “Modelo de las Tres Líneas de Defensa” por el que opta como modelo ejemplar para la gestión de riesgos empresarial.

³⁵² AENOR define tratamiento del riesgo como proceso destinado a modificar el riesgo.

³⁵³ La gestión del riesgo empresarial se establece por UNE-ISO 31000:2010, mientras que la Norma UNE-EN 31010:2011 establece directrices sobre las técnicas de identificación, análisis y evaluación del riesgo.

Y en tercer lugar los expertos en Derecho Penal, los cuales aportan su *expertise* jurídico a la hora de valorar si ese riesgo es o no delictivo, donde está la barrera de intervención del Derecho Penal o cuales son los parámetros de exigibilidad debidos.

El riesgo permitido. El riesgo residual. El riesgo aceptable.

El riesgo residual es el producto de restar al riesgo real el efecto de las medidas preventivas y controles aplicados intentando que éste sea lo más cercano a cero posible³⁵⁴. También es aquél que se queda intacto tras el análisis por una decisión empresarial.

En este sentido, se partirá, en este análisis *ex ante*, de identificar los riesgos potenciales para, una vez establecidos los controles necesarios para mitigar probabilidad e impacto, tratar de residenciar el riesgo en un nivel aceptable y, en todo caso, residual.

Una posible definición de riesgo aceptable es la que establece que es aquel en el que los controles adicionales cuestan más que el recurso que hay que proteger³⁵⁵.

El riesgo residual en términos de gestión del riesgo³⁵⁶ (tanto el que deriva de la mitigación de riesgos una vez establecidas las medidas de contención como el riesgo no mitigado con medidas por la baja o nula probabilidad de ocurrencia), puede relacionarse con el riesgo permitido en ámbito penal, concepto propio de la teoría de imputación objetiva y la exigibilidad de la conducta (perteneciente a la tipicidad)³⁵⁷.

³⁵⁴ Desde un punto de vista conceptual, reducir un riesgo es reducir tanto la probabilidad de su comisión como el impacto del hecho en sí.

³⁵⁵ Así lo definen las Linnee Guida de Confindustria de marzo 2014.

³⁵⁶ Denominado por MOELLER, R.: *Coso Enterprise Risk. Establishing Effective Governance, Risk and Compliance Processes.. op. cit.*, como “apetito del riesgo”: cantidad de riesgo que la empresa está dispuesta a aceptar en la organización.

³⁵⁷ El concepto de riesgo permitido se introdujo por la doctrina alemana en el siglo XIX como consecuencia de la industrialización. Mientras que en los delitos dolosos fue rechazado, si tuvo

Y es que, la evolución de los avances técnicos y la realidad social actual han hecho que el deber de cuidado haya dejado de considerarse solo como evitación de conductas peligrosas para pasar a considerarse también como planificación de riesgos.

En las sociedades modernas la complejidad de la actividad empresarial genera riesgos crecientes que son necesarios para el progreso y resultan de difícil o imposible conjuro completo³⁵⁸. Por ello hay consenso social en la permisividad de ciertas actividades susceptibles de generar riesgos, siempre que el peligro se mantenga dentro de unos determinados límites que lo hagan tolerable (regulados en determinados sectores como el tráfico vial, la seguridad nuclear o el medio ambiente), en función de la finalidad perseguida³⁵⁹.

Así, el riesgo será permitido³⁶⁰ cuando socialmente esté aceptado ese nivel de riesgo y, en consecuencia, será un elemento que romperá la imputación objetiva del resultado lesivo, al no poderse atribuir dicho resultado a un aumento del riesgo creado por encima del riesgo permitido.

Al objeto de mantener el riesgo dentro de los límites de lo aceptable, la configuración de las normas de cuidado y los deberes objetivos de cuidado, cuya infracción puede dar lugar a la imprudencia punible, evoluciona con el

importante acogida en el ámbito de la imprudencia. Así Jakobs en su obra “La imputación objetiva en el Derecho Penal” (JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Editorial Civitas, Navarra, 1999) explica qué se debe entender por riesgo permitido relacionándolo con la concreción de la actividad social.

³⁵⁸ Así, se ha definido que cierto nivel de riesgo genera provecho social, en RUSCONI, M.: *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal moderno*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 7.

³⁵⁹ En estos términos se pronuncia el Auto 850/2011, de 14 de diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid.

³⁶⁰ “El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para auto-protegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección”, así se pronuncia la STS 867/2013, de 28 de noviembre, en relación con la estimación del riesgo permitido en la valoración de la tipicidad del engaño en un delito de estafa.

tiempo³⁶¹. La acción imprudente supera el riesgo permitido por cuanto infringe el deber de cuidado que se ha establecido tomando en consideración dicho límite³⁶².

La conclusión de relacionar el riesgo residual o aceptable en términos de gestión de riesgo con el riesgo permitido en clave penal es la siguiente: cualquier resultado lesivo que se produzca como materialización de ese riesgo permitido no podrá ser imputado objetivamente al autor de la acción, por cuanto romperá la imputación objetiva al no partir de un aumento del riesgo por encima de lo permitido³⁶³. Lo mismo debería considerarse respecto a la materialización de un riesgo residual siempre que éste respete los límites del riesgo permitido en un determinado contexto social (como puede ser el empresarial o el profesional).

Sin embargo, no estará nunca dentro del riesgo permitido: (i) una acción prohibida por vía legislativa o reglamentaria, normativa que en definitiva regula la norma objetiva de cuidado a respetar; (ii) los riesgos que sobrepasan el estándar de adecuación social³⁶⁴ y, (iii) conductas especialmente peligrosas que requieren conocimientos especiales.

³⁶¹ Sobre la disminución creciente de los niveles de riesgo permitido en atención a la sobrevaloración de la seguridad se pronuncia, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del derecho penal*, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2ª edición, 2008, p. 36 y ss.

³⁶² Para más información sobre la determinación del riesgo permitido en el contexto social y su efecto sobre las normas de cuidado y el deber objetivo de cuidado sobre el que valorar la imprudencia en sede penal, cfr. STS 282/2010, de 10 de marzo, STS 1050/2004, de 27 de septiembre.

³⁶³ Sobre si el riesgo permitido excluye la tipicidad, la antijuridicidad o la punibilidad han escrito, entre muchos otros, MAIWALD, M.: *De la capacidad de rendimiento del concepto de riesgo permitido para la sistemática del Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996. Schunemann se muestra partidario de situarlo en la antijuridicidad. *Vid.* Al efecto, SCHÜNEMANN, B.: *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal* (Mariana Sacher, trad.). Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007, p. 43.

³⁶⁴ En este punto señala FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Editorial Reus, Madrid, 2007, p. 227, que al juez no le corresponde más que descubrir cuál es ese estándar, no determinarlo.

Poco a poco van sucediéndose críticas sobre la metodología en el análisis de riesgo que se está empleando en la elaboración de este tipo de programas de prevención de delitos por parte de las firmas legales o consultoras que los están ofreciendo en el mercado³⁶⁵. En principio, la evaluación del riesgo -su probabilidad- no debe basarse en una simple fórmula matemática o algoritmo sino que tiene que ser corregida por el factor humano y, a poder ser, experto.

Asimismo, no se trata de un análisis de riesgos “tipo”, en base a ciertas objetividades tales como “existirá riesgo de cohecho por cuanto la empresa se relaciona habitualmente con la Administración Pública”, sino que se tratará de realizar el análisis de forma más concreta, partiendo de la idiosincrasia de la propia empresa, sus procesos, procedimientos y formas de actuar.

Es decir, detrás de la valoración del riesgo penal que puede realizar la propia empresa con ayuda de las correspondientes aplicaciones informáticas que introducen fórmulas de multiplicación, deberá haber un análisis de ese riesgo por un profesional especializado que conozca tanto el sector de la empresa como las dinámicas comisivas del delito en cuestión, al objeto de que en la valoración global de los riesgos de la empresa se respete el principio de proporcionalidad y exigibilidad de la conducta desde el punto de vista del Derecho Penal.

ii. La promoción de la cultura de cumplimiento.

El entorno de control es fundamental tanto para el establecimiento de las medidas concretas de prevención de delitos como para el cumplimiento de las mismas, o la necesaria labor de mantener vivo el sistema mediante la incorporación de nuevas medidas de control que se hayan verificado necesarias tras la constatación de un nuevo riesgo o un vacío preventivo en

³⁶⁵ En este sentido *cf.* Xavier Ribas, blog en <https://xribas.com/>.

un determinado ámbito. Entorno de control que equivale a la cultura de cumplimiento, la institucionalización de la ética, o la moralización de la economía³⁶⁶, en definitiva, al hecho de si se ha creado o no desde la dirección una buena cultura de control y cumplimiento, como uno de los objetivos primordiales de la entidad (junto a los objetivos del *core business* de la empresa, pero nunca por debajo).

Ello puede lograrse, en sentido positivo, con un sistema de incentivos³⁶⁷ o, en sentido negativo, con un sistema de sanciones para el caso de incumplimientos (vía, esta última, por la que opta nuestro Código Penal en su artículo 31.5.5º).

El primer pilar será, como hemos dicho, el Código Ético o de Conducta de la empresa, obligatorio en determinados sectores de actividad como las empresas cotizadas³⁶⁸, que establecerá no solo el fiel cumplimiento con la legalidad vigente, sino también sus principios y valores en la gestión empresarial y desarrollo de su actividad social, así como sus lindes de tolerancia con ciertas prácticas³⁶⁹.

³⁶⁶ En este sentido, BUSSMANN, K.: "Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht: zu einer Kriminologie des Managements", *Zeitschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. 86, No. 2, 2003, pp. 89 -104, destacando la importancia de la ética en los negocios y en la gestión de valores.

³⁶⁷ Tal y como se prevé en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su artículo 5.3: "Las Administraciones Públicas fomentarán aquellas actividades (...) en orden a la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo y la reducción de los riesgos laborales, la investigación o fomento de nuevas formas de protección y la promoción de estructuras eficaces de prevención. Para ello podrán adoptar programas específicos dirigidos a promover la mejora del ambiente de trabajo y el perfeccionamiento de los niveles de protección. Los programas podrán instrumentarse a través de la concesión de los incentivos que reglamentariamente se determinen que se destinaran especialmente a las pequeñas y medianas empresas."

³⁶⁸ Así se establece en el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo de las empresas cotizadas.

³⁶⁹ Junto al Código Ético muchas empresas aprueban su Reglamento y la creación de un canal ético para la denuncia de conductas contrarias al mismo, así como un órgano denominado Comité de Ética y Cumplimiento que vela por el cumplimiento de las disposiciones del Código Ético y su Reglamento; órgano que en la gran parte de los casos se solapa con las funciones que tiene atribuidas el *Compliance officer*.

Para que ello prospere será esencial la implicación de administradores y directivos (*tone from the top*) a la hora de difundir el verdadero compromiso de la entidad con la prevención de los delitos³⁷⁰.

La evidencia del compromiso de la Dirección con el programa se demuestra, a título de ejemplo, con comunicados a la organización acerca de la importancia de la gestión en materia de prevención de delitos o el cumplimiento de los requisitos legales o reglamentarios, promoviendo un ambiente y cultura ético, estableciendo una política de gestión de riesgos para la prevención de delitos, definiendo un código de conducta donde se fijen los valores y los principios de la entidad, llevando a cabo las revisiones oportunas desde la dirección y asegurando la disponibilidad de recursos, entre otras medidas.³⁷¹

Y es que una de las formas en las que se exterioriza el compromiso de la Dirección es en la dotación presupuestaria para la cuestión del cumplimiento normativo, y en concreto, el cumplimiento penal. Asignación de recursos que se erige en uno de los requisitos, como hemos visto, que establece el propio Código Penal para la exoneración de la responsabilidad penal a la persona jurídica³⁷².

Asimismo, la Dirección deberá asegurarse de que todos los empleados, administradores o directivos de la entidad, así como cualquier persona que ostente cualquier vínculo contractual con la misma, firmen un compromiso de cumplimiento con la política de gestión de riesgos para la prevención de

³⁷⁰ Siendo ello una constante de la legislación de prevención de riesgos laborales existente en la materia. Así, el artículo 2 del Reglamento de Prevención establece la obligación de que el Plan de prevención de riesgos laborales sea aprobado por la dirección de la empresa y conocido por todos los trabajadores.

³⁷¹ Así lo establece la especificación de AENOR en materia de prevención de delitos.

³⁷² En su artículo 31 bis.5.3º, aunque, como hemos dicho anteriormente, también se admite otra interpretación para este apartado, cuál es la prevención de delitos financieros o de blanqueo de capitales, en definitiva, relacionados con la prevención de todo lo relativo a los recursos financieros de la entidad.

delitos, compromiso de cumplimiento que si no se evidencia en el día a día de la relación contractual deberá abocar a la rescisión de la misma.

AENOR recomienda que la Dirección designe un miembro de entre los suyos que deberá tener la responsabilidad de asegurarse de que el sistema de gestión de riesgos para la prevención de delitos se implementa y mantiene de acuerdo con los requisitos legales, que informa a la Dirección y a los órganos de administración sobre el desempeño del sistema de gestión para su revisión y, con carácter especial, deberá asegurarse de que se promueve la toma de conciencia en esta materia.

Ello se relaciona con la figura del *Compliance officer* en la entidad³⁷³ o los canales de reporte de la información de éste al Órgano de administración o la Dirección de la entidad. Sin embargo, la recomendación de AENOR se verificará, no tanto con la designación de un *Compliance officer* miembro de la Dirección de la entidad (lo cual puede no ser deseable en términos de independencia) sino a través de los canales de reporte de información que se pacten y la posición de autoridad que ocupe éste en el organigrama de la sociedad.

Las actividades de sensibilización en esta materia con los grupos de interés de la empresa, internos o externos, también tienen un valor añadido a la hora de evaluar la real cultura de cumplimiento que propaga e impregna la entidad³⁷⁴.

La FGE ha destacado en su Circular 1/16 la importancia de la promoción de la cultura de cumplimiento³⁷⁵ en la empresa hasta el punto de que podrá

³⁷³ Análisis en el que entraremos en profundidad en el Capítulo III siguiente.

³⁷⁴ Respecto a estas actividades de sensibilización y a nivel práctico, AENOR recomienda guardar registros documentales.

³⁷⁵ Sobre ella también se pronuncian las USSG (Capítulo VIII) emitidas por la Comisión para la armonización de Sentencias de Estados Unidos cuando expresan: “*to have an effective Compliance and ethics program (...) an organization shall (1) exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct, and (2) otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law*” (<http://www.uscc.gov/guidelines-manual>).

llegarse a la situación de solicitar la condena a una persona jurídica con un modelo de organización y gestión de prevención de delitos eficaz, si se detecta que no existe una verdadera cultura de cumplimiento en la entidad porque, por ejemplo, el mismo no se cumple o no se respeta realmente. Ello podría llevar aparejados problemas con el principio de legalidad penal que exige el respeto al artículo 31 bis apartado 2 cuando establece que quedará exonerada de responsabilidad penal la persona jurídica que cuente con modelos de prevención eficaces.

En definitiva, la única manera de objetivar la existencia o no de una verdadera cultura de cumplimiento en la empresa, respetando el principio de legalidad penal, será determinar: (i) la existencia de eficaces controles para evitar la comisión de delitos, (ii) el respeto a dichos controles por parte de la organización y, especialmente, sus máximos dirigentes, y (iii) la efectiva involucración de la cúspide de la organización en la prevención de delitos mediante la dotación presupuestaria y de recursos correspondiente.

iii. Medidas de control.

Si el riesgo de delito ha sido identificado y, por lo tanto, el riesgo de su comisión o materialización ha sido previsto en términos penales, podrán y deberán, en términos de exigibilidad de conducta, adoptarse unas determinadas medidas de control o contención³⁷⁶. Por cuanto lo contrario podría situar la conducta de quién pudo mitigar el riesgo y no lo hizo, ya no en imprudente por la no adopción de las necesarias normas de cuidado sino en dolosa, al existir esa previa constatación del riesgo y conocimiento de la necesidad de mitigarlo.

Se trata de lo que el artículo 31 bis 5.2º denomina como “*establecimiento de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de*

³⁷⁶ Dentro de lo difícil que supone tanto anticiparse a prever un riesgo de comisión de un delito doloso por un tercero como su prevención. En este sentido se pronuncia Quintero Olivares durante todo su trabajo dedicado a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Entre otros, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2015...*, op. cit., pp. 77-91.

voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a los delitos que deben ser prevenidos.”³⁷⁷

Asimismo, el Código Penal se refiere a dichas medidas en el enunciado de los modelos de organización y gestión (artículo 31 bis apartado 2) “que incluyen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.”

En la práctica, la empresa deberá realizar un análisis preventivo de las medidas que ya tiene implementadas para actualizarlo con la identificación de los riesgos realizada y, en su caso, mejorarlas o bien crear *ex novo* un catálogo de medidas preventivas si no existe.

Dentro de estas medidas, podemos distinguir dos clases:

- Medidas dirigidas a la creación y puesta en marcha de un sistema de gestión de riesgos penales (medidas “estructurales”).

Son aquellas actuaciones que deben emprenderse con el fin de asegurar que la gestión de riesgos es adecuadamente implementada en la organización. Esto es:

- Una estructura organizativa para la prevención de riesgos penales que relacione los riesgos con las descripciones de los puestos de trabajo

³⁷⁷ La jurisprudencia italiana ya ha tenido ocasión de identificar un programa de prevención de delitos ineficaz (Ordinanza del Tribunal de Nápoles de 26 de septiembre de 2007) por no contener protocolos de implementación de las decisiones adoptadas para la prevención de delitos o normas específicas sobre procedimientos de participación en licitaciones o relación con funcionarios públicos.

- Un plan de formación³⁷⁸ y de comunicación en materia de riesgos penales, incluyendo un sistema de evaluación periódica de los colectivos afectados e integrando la información a todos los empleados de las políticas, procedimientos, protocolos y manuales ya existentes en la compañía, que se pudieran elaborar *ex novo* o las eventuales adaptaciones de materiales ya existentes en la organización para la prevención de dichos delitos; todo ello a fin de que todos los conozcan, los apliquen adecuadamente y se sientan motivados con la cultura de cumplimiento empresarial y su responsabilidad dentro de la misma.
- Un procedimiento de control de la documentación del sistema de gestión de riesgos penales.
- Un sistema disciplinario que sancione los incumplimientos de las medidas de prevención de delitos.
- Un Reglamento para la utilización del canal de denuncias que debe crearse en la entidad, sobre el que entraremos a continuación.
- Un estatuto del Organismo de vigilancia y control (OVC) que además de contemplar sus concretas funciones y responsabilidades, y fijar los canales de reporte de información, garantice que:
 - Dispone de suficientes poderes autónomos de iniciativa y control internos para una adecuada supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de organización y gestión.

³⁷⁸ La importancia de la formación en riesgos penales a los empleados es decisiva, por cuanto muchos empleados no están informados de los riesgos que subsisten en su actividad del día a día y, aunque ello pudiera situar su conducta en el terreno del error de prohibición, el riesgo de una imputación penal tanto para la persona física como para la persona jurídica en nombre o por cuenta de la cual actúa, es evidente. Sobre esta cuestión, cfr. NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, *op. cit.*, pp. 240-248 y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dirs.): *El derecho penal económico en la era Compliance...*, *op. cit.*, pp. 165-187.

- Dispone de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para prevenir la comisión de los delitos cuyo riesgo ha sido identificado.
- Medidas concretas dirigidas a identificar, prevenir o mitigar los riesgos penales.

Son aquellas medidas que se propone implantar con el fin de evitar, en la medida de lo posible, que se desarrollen conductas delictivas que puedan generar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Además de ello, atendiendo al criterio de probabilidad del riesgo, deberá distinguirse entre medidas dirigidas a prevenir riesgos penales prioritarios o no prioritarios.

Entre estas medidas estarán desde la elaboración de políticas concretas que formen parte de la normativa interna de la empresa o la regulación de procedimientos para evitar la materialización de determinados riesgos penales hasta la realización de auditorías periódicas para verificar el cumplimiento o funcionamiento de políticas o procedimientos en la entidad.

Normalmente existirá un primer nivel de control (*controles en línea*) que verificará el propio operario en relación con los procesos que la empresa tenga establecidos o, en todo caso, los recursos internos de la empresa (encargados o jefes de sección), y un segundo nivel de control a desarrollar por las estructuras más técnicas de la empresa, competentes por razón de la materia o del sector laboral sometido a verificación³⁷⁹. El sistema de control se reforzará en las empresas grandes con un tercer nivel de control, con sistemas de auditoría interna o externa³⁸⁰.

³⁷⁹ Ambos se corresponden con la primera y segunda líneas de defensa del Modelo de las Tres Líneas de Defensa al que hace referencia el Institute of Internal Auditors norteamericano, ya citado.

³⁸⁰ Tercera línea de defensa. La opción de la auditoría externa de AENOR permite además de obtener el correspondiente proceso de auditoría externa del sistema de gestión de riesgos penales con su correspondiente Informe de auditoría, la certificación de conformidad de prevención de delitos con la especificación IURISCERT de AENOR y la licencia de uso de la marca AENOR IURISCERT de prevención de delitos. Además de ello, anualmente se realiza una auditoría sobre el

Las auditorías tendrán como objetivo determinar si el sistema de gestión de riesgos está cumplimentándose de acuerdo con lo establecido en el programa que ha sido adoptado por el Órgano de administración y de acuerdo al cual hay un compromiso de cumplimiento por parte de la dirección. Las auditorías asimismo controlarán las deficiencias del sistema y la efectividad del mismo.

De dichas conclusiones deberá partir el *Compliance officer* para proponer mejoras en el sistema de cumplimiento o funcionamiento de los modelos de organización y gestión, pero su labor, como veremos, no acabará ahí.

Por ello las funciones del *Compliance officer* son sensiblemente distintas a las de auditoría, por cuanto el primero no se limita a “auditar” el funcionamiento o cumplimiento del sistema de gestión de riesgos penales de la compañía entendiéndose por ello el análisis del cumplimiento de lo que la propia empresa se ha auto-dispuesto, sino que sus funciones se extienden, entre otras, a su comparación con la legislación vigente en cada momento, tanto a nivel penal como a nivel sectorial, a fin de mantener actualizado y eficaz el sistema de gestión de riesgos penales.

Ese es el motivo por el cual en el presente trabajo se pone en duda que, siendo nuestro sistema conceptualmente distinto al americano, pueda regir el Modelo de las Tres Líneas de Defensa que propone el *Institute of Internal Auditors* norteamericano y que sitúa al *Compliance officer* en la segunda línea de defensa y a la auditoría interna en la tercera, verificando el cumplimiento de las funciones que el órgano de gobierno de la empresa ha impuesto al *Compliance officer*.

mantenimiento y funcionamiento del sistema de prevención. La vigencia del certificado es de dos años, con lo que, tras la segunda auditoría de seguimiento deberá valorarse si se mantienen las condiciones para la renovación del certificado. Por su parte, y tras la publicación de la Norma UNE – ISO 19601 Sistema de Gestión de *Compliance* el certificado de acreditación con dicha Norma tiene una duración de tres años.

En realidad dichos postulados no son incompatibles con nuestro sistema que hace pivotar la función del *Compliance officer* sobre la independencia, puesto que, además de ello, el *Compliance officer* también verificará el cumplimiento de las medidas de prevención de delitos que se asignen a la auditoría interna y sus respectivas funciones de control interno. Sin lugar a dudas, en muchos de los casos se solaparán y deberán llevar a las convenientes sinergias.

Volviendo a las medidas de control que están siendo objeto del presente apartado, cabe decir que el proceso de estandarización ascendente que está viviendo el cumplimiento normativo hace que, cada vez más y, sobretodo en determinados tipos delictivos, se estén estandarizando unas medidas de control.

Entra las medidas de prevención de delitos que propone AENOR se encuentran:

- Normas de control interno para asegurar el cumplimiento de los procedimientos o reglamentos.

Al control interno puede añadirse el control externo de proveedores o empresas subcontratadas (sea a nivel de la calidad del servicio prestado, el cumplimiento normativo o el cumplimiento contractual), a fin de que no repercuta en la empresa por *culpa in eligendo*, la falta de diligencia del proveedor contratado, el cual, como hemos visto, puede situarse dentro de este perímetro social que actúa “por cuenta” de la entidad, y puede derivarle, con una actuación contra ley, en la responsabilidad penal.

- Catálogo de conductas de riesgo penal y conductas prohibidas, dependiendo de la actividad de la persona jurídica y antecedentes.
- Obligaciones de informar de incidencias de las que puede derivarse riesgo penal.

- Obligación de consulta con carácter previo a la toma de decisiones sensibles que puedan entrañar riesgo penal (*double check*).
- Planes de formación periódica a empleados, nuevos empleados, directivos o administradores adecuados a su ámbito de actividad.
- Inclusión de cláusulas contractuales en las que se acredite el conocimiento del sistema de prevención de delitos.
- Una relación de competencias exigibles a administradores, directivos o empleados que intervienen en la ejecución de actividades de riesgo.

En este punto es también importante señalar que existen sectores (blanqueo de capitales o riesgos laborales) en los que se contempla una importante regulación extrapenal³⁸¹ que establece detalladamente qué tipo de medidas de diligencia debida deben llevarse a cabo para prevenir ese tipo de riesgos, bajo la amenaza de sanción administrativa³⁸².

Es importante destacar el enfoque al riesgo que contiene esta normativa reguladora extrapenal, compartiéndose una metodología muy cercana a la de la prevención de delitos en general que aquí se analiza³⁸³ y que parte en definitiva de: (i) analizar riesgos (hay referencias en el artículo 11 de la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales en materia de medidas de

³⁸¹ Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales o Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo y el Reglamento 304/14, de 5 de mayo, que la desarrolla.

³⁸² Sobre estas sinergias tanto en cuanto a las medidas de prevención definidas para evitar la comisión de los delitos que subyacen (blanqueo de capitales o delitos contra la seguridad de los trabajadores) como a los registros de documentación que generan las normas de estandarización y los procedimientos de auditoría que conllevan, se pronuncian también las Linee Guida de Confindustria de marzo de 2014.

³⁸³ Siendo, en opinión de muchos autores, una “versión desarrollada del sistema de prevención de riesgos penales en las empresas”. Puede leerse en profundidad sobre el sistema de prevención del blanqueo de capitales en CARO CORIA, D./ MALARINO, E. (Coord.): *Lavado de activos y Compliance. Perspectiva Internacional y Derecho Comparado*, Jurista Editores, Perú, 2015.

diligencia reforzada³⁸⁴, en el artículo 17 de la Ley en el examen especial a realizar a cualquier acto “sospechoso³⁸⁵, en el artículo 38 de la Ley en materia de comercio de bienes, etc.)³⁸⁶ para (ii) establecer las políticas y procedimientos necesarios o eficaces para mitigarlos³⁸⁷.

Esas políticas o procedimientos serán la base para determinar en sede penal si ha existido o no dejación de los deberes que eran propios a un determinado sujeto penal (la diligencia debida de persona física o empresa).

En materia de delitos dolosos, Confindustria en Italia señala, a título de ejemplo, los siguientes sistemas de control preventivo³⁸⁸:

- Un código ético o de conducta que identifique los valores y principios éticos de la empresa como expresión de decisión empresarial y base de cualquier sistema de control preventivo.

Se prohibirán determinadas conductas contrarias a las disposiciones normativas o valores deontológicos, y se exigirán elevados estándares de profesionalidad.

³⁸⁴ Asimismo, los sujetos obligados aplicarán, en función del análisis de riesgo, medidas reforzadas de diligencia debida en aquellas situaciones que por su propia naturaleza puedan presentar un riesgo más elevado de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.

³⁸⁵ Los sujetos obligados examinarán con especial atención cualquier hecho u operación, con independencia de su cuantía que, por su naturaleza, pueda estar relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, reseñando por escrito los resultados del examen. En particular, los sujetos obligados examinarán con especial atención toda operación o pauta de comportamiento inusual o compleja, sin un propósito económico o lícito aparente o que presente indicios de simulación o fraude.

³⁸⁶ Asimismo se contienen amplias referencias al riesgo a lo largo del articulado del Reglamento (artículo 32 intitulado “análisis de riesgo” especifica cómo realizar el mismo según el tipo de cliente, área geográfica, productos, servicios, operaciones, etc.).

³⁸⁷ Entre los puntos en común está la gestión de riesgo en función del tamaño de la entidad, así, se limitan las obligaciones procedimentales para sujetos obligados de tamaño más reducido.

³⁸⁸ No se escapa a esta parte la dificultad de prevenir delitos dolosos que puede cometer un tercero, pero la diligencia debida de la entidad a fin de que no se la pene por un déficit organizativo, se demostrará con la implantación de unas determinadas medidas para prevenir también esos delitos dolosos.

- Un sistema organizativo que diferencie por responsabilidades y líneas jerárquicas los principios de control de cada uno de los estamentos y tenga especial cuidado con los sistemas de retribución variable de los empleados.
- Procesos manuales o informáticos que regulen el desarrollo de las actividades así como los medios de control (comprobaciones económicas, *double check*, firmas conjuntas, conciliaciones frecuentes, separación de tareas en las fases cruciales de un proceso de riesgo etc.³⁸⁹)
- Poderes de autorización y firma, que integren limitaciones y un control del ejercicio del delegado por parte del delegante.
- Comunicación al personal y formación en todos los procesos y documentos que integran los modelos de organización y gestión, así como las líneas de *reporting*, contribuyendo a la transparencia de la actividad de la organización.
- Sistemas de control integrado, lo que supone que sus elementos se encuentren coordinados entre sí y sean interdependientes y que el sistema en su conjunto se encuentre a su vez integrado en la estructura general organizativa, administrativa y contable de la sociedad³⁹⁰.

Se han desplegado también Manuales de Principios de Buen Gobierno que incluyen principios básicos de buen gobierno. Así, los principios de control o de gestión regulada que sugiere Confindustria son los siguientes:

- *“Toda operación, transacción y acción deberá ser verificable, coherente y razonable y estar documentada”.*

³⁸⁹ Especialmente común en el área financiera “quien paga no contabiliza y a la inversa”.

³⁹⁰ Así se define en el Código italiano de Autorregulación de las Sociedades por Acciones en el apartado relativo a “Sistemas de control interno y gestión de riesgos”.

- “*Nadie puede gestionar autónomamente todo un proceso*”: debe garantizarse el principio de separación de funciones, siendo distinta la persona que autoriza la operación a la que la ejecuta.
- “*Los controles deben estar documentados*”.

Son lo que algunos autores denominan los “siete principios básicos”³⁹¹:

- El principio de separación de poderes o competencias en el seno de la empresa, como modo de favorecer la fiscalización sucesiva de la actividad empresarial³⁹².
- El principio de documentación o verificabilidad.
- El principio de congruencia o coherencia en las operaciones.
- El principio de transparencia en la gestión empresarial.
- El principio de independencia e imparcialidad de los órganos de control.
- El principio de cumplimiento o explicación.
- El principio de confidencialidad.

iv. Los canales de denuncia.

Los canales de denuncia tienen su precedente en Estados Unidos, constituyendo un ejemplo más de la influencia de este país en la Europa

³⁹¹ En este sentido, *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V.: “*Compliance y derechos de los trabajadores*” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance...*, *op. cit.*, pp. 421-459.

³⁹² En este mismo sentido, *cfr.* NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo...*, *op. cit.*, p. 250.

Continental y en el desarrollo del *Compliance* en nuestro territorio³⁹³. Es el denominado “*whistleblowing*”³⁹⁴.

Su aplicación parece claramente una medida efectiva en grandes o medianas organizaciones (siendo ya una realidad en la mayoría de multinacionales), con escaso o nulo sentido en pequeñas corporaciones³⁹⁵.

La promulgación de la *Sarbanes-Oxley Act*, tras los escándalos financieros sucedidos en EEUU a finales de los años 90, obligó a las empresas estadounidenses que cotizaran en bolsa a dotarse de unos canales de denuncia que permitieran hacer llegar al Comité de Auditoría de las empresas cualquier irregularidad contable de la que tuvieran conocimiento.

Ya con carácter previo las *USSG* en vigor desde el año 1991 habían establecido el sistema del canal de denuncias como un medio por el cual empleados y agentes de la compañía podían denunciar o solicitar orientación acerca de conductas delictivas de las que hubieran tenido conocimiento o fundada sospecha.

En España, los canales de denuncia o canales éticos se introdujeron con el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el año 2006³⁹⁶, exactamente

³⁹³ Puede profundizarse en los canales de denuncia en GARCÍA MORENO, B.: “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la Empresa...*, *op. cit.*, pp. 206-229.

³⁹⁴ Existe un interesante estudio sobre whistleblowing a nivel europeo en HASSINK, H./ DE VRIES, M./ BOLLEN, L.: “A content analysis of whistleblowing policies leading European Companies”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 75, Issue 1, 2007, pp. 25-44.

³⁹⁵ Sobre ello el *Code of Practice* elaborado por Public Concern at Work y la British Standards Institution (www.bsigroup.com) señala que este tipo de medidas no tienen ningún sentido en el caso de pequeñas empresas en las que “el jefe conoce a todos los empleados por su nombre.”

³⁹⁶ El Código Unificado de Buen Gobierno establece expresamente: “como novedad procedente de la Comisión Europea –inspirada, a su vez, en la experiencia de Estados Unidos, Reino Unido y otros países cuyas compañías tienen establecidos cauces internos para que sus empleados puedan denunciar irregularidades (whistleblowing)- el Código recomienda que las sociedades cotizadas encomienden al Comité de Auditoría el establecimiento y seguimiento de mecanismos de esa naturaleza, que protejan la identidad del denunciante e incluso, si se considera oportuno, permitan su anonimato. El Código parte de que tales mecanismos se destinarán preferentemente a la denuncia de irregularidades financieras y contables y, sobre todo, que respetarán escrupulosamente

en la misma línea que hemos visto con la *Sarbanes-Oxley Act* y han ido extendiéndose en el panorama empresarial al amparo de los principios de buen gobierno corporativo y ética empresarial en el terreno de la Responsabilidad Social Corporativa³⁹⁷, como forma de velar por el cumplimiento del Código ético de las sociedades.

Sin embargo, hay que diferenciar dichos canales de denuncia del canal de denuncias que parece configurarse en nuestro Código Penal.

Así, el artículo 31 bis 5.4º establece como requisito de los modelos de organización y gestión: “*imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo de vigilancia y control*”, con lo que el único contenido que el Código Penal confiere a estos canales de denuncia es el incumplimiento de las medidas de prevención que haya establecido el programa, como forma de velar por la eficacia de estos modelos de organización y gestión, y no cualquier denuncia que no tenga que ver con esta finalidad³⁹⁸.

El apartado 4º del artículo 31 bis 5 también incluye como parte de la obligación de información, los “riesgos”, sin definir, no obstante, a qué riesgos se refiere y siendo la primera mención al concepto “riesgo” del artículo 31 bis.

Y es que, tal y como ocurre en Italia, las obligaciones de información al OVC no se agotan en las denuncias sino que también se incluyen las relacionadas con la gestión del riesgo, esto es, resultados periódicos de la

las limitaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal”.

³⁹⁷ Sobre el desarrollo del buen gobierno corporativo *cfr.* PERDICES HUETOS, A./ RIAÑO LÓPEZ, D.: “El gobierno corporativo en España” en GOÑI SEIN, J.L. (Dir.): *Ética empresarial y Códigos de Conducta*, Editorial La Ley, Madrid, 2011, pp. 31-58.

³⁹⁸ En este sentido también se pronuncia GOÑI SEIN, J.L.: “Programas de cumplimiento empresarial (*Compliance programs*): aspectos laborales” en MIR PUIG, S./ CORCÓY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance...*, *op. cit.*, pp. 367-418.

actividad de control realizada por las distintas áreas de la empresa en aplicación de los modelos de organización y gestión, o las anomalías detectadas.

En este sentido, como hemos visto anteriormente, las *Linee Guida* de Confindustria señalan como objeto de información al OVC: decisiones correspondientes a la solicitud, emisión y uso de financiaciones públicas, solicitudes de asistencia jurídica remitidas por los directivos, investigaciones en curso de la policía judicial por los delitos mencionados en el Decreto 231, procedimientos disciplinarios aplicados en el seno de la empresa y sanciones proscritas; resultados de los controles realizados; adjudicaciones a operadores de mercado como consecuencia de concursos nacionales o europeos o contratación privada; resultados de seguimiento o control realizados sobre entidades públicas o sujetos que desempeñen funciones de utilidad pública. Asimismo el Organismo de vigilancia y control deberá recibir una copia de los informes periódicos de vigilancia y salud.

En consecuencia, la figura del *Compliance officer* (OVC) deberá constituirse como receptor de las denuncias e informaciones relativas a “riesgos”. Así se manifiesta el artículo 31 bis apartado 5 y tendrá un papel fundamental en el deshecho de las denuncias que no se correspondan con la finalidad del establecimiento de este canal y el dar trámite a las que sí se corresponden y, en definitiva, pueden contribuir a la mejora del sistema.

En muchas ocasiones, las denuncias canalizadas a través de estos sistemas darán lugar a investigaciones internas, a las que de igual modo podrá llegarse como producto de auditorías internas realizadas u otras medidas de control interno³⁹⁹. La investigación de las denuncias recibidas no es, sin

³⁹⁹ Sobre investigaciones internas en la empresa: MONTIEL, J.P.: “Auto-limpieza empresarial: *Compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 221-245. También MONTIEL, J.P.: “Sentido y alcance de las investigaciones

embargo, una opción para la reciente Norma UNE ISO 19601 Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal, por cuanto la implementación de procedimientos que aseguren la investigación de todas las denuncias recibidas se establece como requisito para lograr la declaración de conformidad con la norma.

La duda que se plantea es si es legítimo, en atención al deber de buena fe contractual establecido en los artículos 5 y 20 del Estatuto de los Trabajadores, que la empresa imponga a sus empleados un deber genérico de denuncia de incumplimientos de su normativa interna (o riesgos de comisión de delito), bajo la amenaza de sanción disciplinaria, cuando un tal deber de denuncia en la práctica solo existe para los funcionarios públicos y ante los órganos judiciales o policiales⁴⁰⁰.

Y ello por cuanto, en nombre del *Compliance*, no pueden infringirse los derechos laborales o constitucionales de los trabajadores, ni en la figura del denunciante ni en la del denunciado⁴⁰¹.

Sin embargo, se trata simplemente de una manifestación más del poder de mando del empresario respecto a sus empleados, de una orden de trabajo más.

internas en la empresa” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance...*, op. cit., pp. 487-515.

⁴⁰⁰ Al amparo de lo previsto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el desarrollo de la jurisprudencia de los artículos 259 y 264 del mismo cuerpo legal. Entra en dicho análisis con mayor profundidad GARCÍA MORENO, B.: “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la Empresa...*, op. cit., pp. 206-229, señalando que dependiendo de las funciones propias del cargo, en ocasiones el deber de denuncia estará implícito en él (así, los auditores, o los superiores en relación con la conducta de sus subordinados), sin embargo, el problema está en establecer un deber genérico de denuncia independientemente del cargo o las funciones que a él atañan, aunque finalmente la relación contractual establece el contenido concreto de los pactos entre el empresario y los empleados, en una relación en la que el empresario establece el contenido de los deberes de los empleados.

⁴⁰¹ Sobre los límites en las investigaciones internas que puede realizar el empresario sobre el trabajador, véase GÓMEZ MARTÍN, V.: “*Compliance* y derechos de los trabajadores” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance...*, op. cit., pp. 421-459.

Solo con la atención fijada en lograr el establecimiento de una verdadera cultura de cumplimiento de la legalidad en la empresa con un modelo de organización y gestión de riesgos empresarial eficaz, que proteja debidamente al empleado, podrá implementarse un programa acorde con la legislación vigente.

En este sentido, un Informe emitido por la Agencia Española de Protección de Datos⁴⁰² (AEPD) con ocasión de una consulta realizada en el año 2007⁴⁰³ analiza el fenómeno del *whistleblowing* y su necesario respeto a la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) concluyendo que deberá cumplir los siguientes requisitos:

- Los empleados han de haber sido previamente informados en su contrato de trabajo de la existencia y finalidad del canal de denuncias, su funcionamiento y la garantía de confidencialidad de los datos del denunciante así como de la información en el plazo más breve posible al denunciado de la existencia de la denuncia (pero no de la identidad del denunciante⁴⁰⁴, con la excepción de que la denuncia haya sido formulada de mala fe);
- El procedimiento de denuncia debe ser telefónico o presencial;
- Solo accederán a los datos el responsable de cumplimiento y las personas involucradas en la investigación de los hechos;

⁴⁰² Creación de denuncias internas en las empresas (mecanismos de “whistleblowing”), Informe jurídico de la AEPD, 2007.

⁴⁰³ Tomando en consideración la Opinión 1/2006 sobre aplicación de las normas de protección en el ámbito de la contabilidad y los controles internos de auditoría, la lucha contra la estafa y los delitos bancarios y financieros.

⁴⁰⁴ El derecho de acceso del denunciado le permite tener acceso a los datos personales sometidos a tratamiento (los suyos, no los del denunciante), el origen de dichos datos (entendiéndose por ello la denuncia, no la identidad del denunciante), así como las comunicaciones que se prevén hacer de los mismos (artículo 15.1 LOPD). Aunque es cierto que el hecho de que la denuncia tenga que ser confidencial puede vaciar de contenido el derecho a conocer el “origen de los datos”.

- El sistema incorporará los datos relativos al denunciado, el denunciante, los hechos denunciados y las investigaciones realizadas, y
- Los datos deberán ser cancelados en el plazo máximo de dos meses tras el fin de las investigaciones si los hechos no hubieran sido probados⁴⁰⁵.

Así, la AEPD se muestra favorable a la confidencialidad relativa al denunciante pero no al anonimato, por cuanto la no identificación del denunciante podría incentivar el mal uso de estos canales de denuncias y no se podría emprender acciones contra el denunciante que haya obrado de mala fe.

Por el contrario, la Norma UNE ISO 19601 Sistema de Gestión de *Compliance* penal permite expresamente dicha posibilidad⁴⁰⁶.

El hecho de que el denunciante pueda resultar identificado, abre el debate sobre si sus derechos pueden verse seriamente comprometidos por represalias⁴⁰⁷ de la persona denunciada, sobre todo, si ello radica en un superior jerárquico⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Esta obligación no opera si los hechos sí han resultado probados o se han puesto en manos de las autoridades judiciales.

⁴⁰⁶ En su página 31 apartado dedicado a “Comunicación de incumplimientos e irregularidades”, tal y como sucede en los sistemas estadounidenses. Véase la Sarbanes-Oxley Act, sección 301[4]. Ahonda en este análisis de confidencialidad y anonimato: ARTAZA VARELA, O.: “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico-penal”, *Política Criminal*, Volumen 8, número 16, pp. 544-573, enfatizando que la confidencialidad y el anonimato deben ser compatibles con las acciones que quiera tomar la empresa una vez conocida la denuncia, en el sentido de que el anonimato debe permitir continuar la investigación tendente a impedir o remediar la conducta ilícita y no debe ser un obstáculo para acceder a las fuentes de prueba necesarias para un posterior procedimiento penal.

⁴⁰⁷ Sobre este tema, *cfr.* RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “La protección de los *whistleblowers* por el ordenamiento español. Aspectos sustantivos y procesales” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Fraude y corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2006, pp. 447-484.

⁴⁰⁸ Sobre el *whistleblower* que decide denunciar una práctica corrupta en la empresa se ha pronunciado ya la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a favor del derecho fundamental a la

En conclusión, los canales de denuncia pueden ser un instrumento valioso para la prevención o detección de delitos⁴⁰⁹ por cuanto la empresa podrá tomar conocimiento de conductas irregulares que se produzcan en el seno de su organización, de las cuales, quizás, sin la existencia de una verdadera cultura de cumplimiento y la implementación de estos canales, nunca hubiera tenido conocimiento⁴¹⁰. Ello sin duda puede situarla en una especial posición de garante respecto a la evitación del delito si el ilícito penal y sus consecuencias dañosas aún pueden ser evitados⁴¹¹. Entraremos sobre ello en el apartado dedicado a la figura del *Compliance officer*.

Estos canales deben establecer su funcionamiento en un Reglamento donde se fije ante quien debe formularse la denuncia, como se registrará la documentación, las normas de archivo y conservación⁴¹², cuál será el proceso de investigación que se derive, cuando se informara a la autoridad policial o judicial, o cuando se adoptaran sanciones disciplinarias.

información del artículo 20.1 d) de la Constitución (Así, STC 157/99, de 12 de abril; STC 36/81, de 12 de noviembre; STC 196/00, de 24 de julio; STC 198/01, de 4 de octubre; STC 5/2003, de 20 de enero o STC 87/04, de 10 de mayo) o el deber de todos los ciudadanos de colaboración con la justicia, con ocasión del despido de trabajadores por haber denunciado prácticas irregulares en la empresa, resultando siempre impropio un despido fundamentado en una supuesta deslealtad del empleado por esos motivos.

⁴⁰⁹ Aunque para ello, para la real consecución de este objetivo en nuestro país, deberá comenzarse por cambiar la cultura en la empresa y pasarse del tradicional pacto de silencio al fomento de la cultura de la delación para la transparencia. Sobre ello, *cf.* BLUMENBERG, A./ GARCÍA MORENO, B.: “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance...*, *op. cit.*, pp. 273-301.

⁴¹⁰ También sobre ello *vid.* NIETO MARTÍN, A.: “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, número 8120, 2013, edición digital.

⁴¹¹ Sobre ello véase, RAGUÉS I VALLÈS, R.: “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013, pp.161-197. *Cfr.* también RAGUÉS I VALLÈS, R.: “El fomento de las denuncias como instrumento de política-criminal contra la criminalidad corporativa: whistleblowing interno vs. whistleblowing externo” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance...*, *op. cit.*, pp. 459-487.

⁴¹² Atendiendo a los plazos máximos de conservación que se fijan en la Ley de Protección de Datos 15/1999.

Según la especificación de AENOR el canal de denuncias debe contemplar como mínimo, estos extremos:

- Los potenciales destinatarios.
- Los canales de comunicación.
- Las materias susceptibles de denuncia.
- El órgano receptor y gestor de denuncias.
- El tratamiento de las denuncias
- La protección del denunciante.

Un último comentario procede en este apartado: la gestión y tratamiento del canal ético puede externalizarse a empresas especializadas, como forma de asegurar la integridad de la información⁴¹³.

v. El sistema disciplinario.

La violación de alguna de las normas, procedimientos o políticas incluidas en los modelos de organización y gestión por parte de cualquier empleado, directivo o administrador, puede implicar una infracción del deber de buena fe contractual que rige en materia laboral o mercantil según el caso, al formar todo ello parte de la normativa interna de la empresa de obligado cumplimiento.

Así, en primer lugar, por lo que respecta a empleados, el artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores⁴¹⁴ remite al convenio colectivo aplicable para establecer las sanciones disciplinarias correspondientes. De manera que deberá ser por la vía de la negociación colectiva donde se introduzca el

⁴¹³ Dicha posibilidad se recoge expresamente en la Directiva 95/46/CE en sus artículos 16 (confidencialidad del tratamiento) y 17 (seguridad del tratamiento), estableciéndose que los proveedores de servicios externos estarán vinculados a obligaciones estrictas de confidencialidad y tratamiento de la información.

⁴¹⁴ “Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable.”

régimen sancionador aplicable por incumplimiento del programa de prevención de delitos, lo que hasta ahora parece no ha ocurrido en demasiados casos⁴¹⁵.

Por otro lado, y con respecto a los administradores, el artículo 227 de la ley de Sociedades de Capital⁴¹⁶ establece el deber de lealtad de estos en el desempeño de su cargo, recogiendo en el Capítulo V de este texto legal las consecuencias del ejercicio de su cargo de forma contraria a este deber⁴¹⁷.

Finalmente, y con respecto a las relaciones mercantiles de alta dirección, éstas se basan en la autonomía de la voluntad, de manera que será por la vía contractual por la cual se fijarán las posibles sanciones por incumplimiento de las obligaciones que dimanen de los modelos de organización y gestión destinados a prevenir delitos.

Huelga decir que cualquier procedimiento sancionador deberá observar las garantías básicas del sancionado⁴¹⁸. Por otra parte, la empresa asumirá una serie de principios que se consideran irrenunciables en el ejercicio de su poder sancionador. Entre ellos se encuentran el principio de proporcionalidad⁴¹⁹, el principio de audiencia o el principio de tipicidad⁴²⁰.

⁴¹⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* CALVO GALLEGO, F.J.: “Códigos de conducta y obligaciones éticas de los trabajadores: análisis jurídico” en GOÑI SEIN, J.L. (Dir.): *Ética empresarial y Códigos de Conducta*, Editorial La Ley, Madrid, 2011, pp. 263-317 y MORATO GARCÍA, R.: “Incumplimiento de los códigos de conducta y potestad disciplinaria del empresario” también en GOÑI SEIN, J.L. (Dir.): *Ética empresarial y Códigos de Conducta...*, *op. cit.*, pp. 263-317.

⁴¹⁶ “1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. 2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.”

⁴¹⁷ Entre ellas, la acción social o individual de responsabilidad, que se recoge en los artículos 238 y 241 de la Ley de Sociedades de Capital.

⁴¹⁸ Ampliamente sobre ello NIETO MARTÍN, A.: “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en Derecho Penal” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 21-51.

⁴¹⁹ Pudiendo estarse a los siguientes criterios para valorar la proporcionalidad de la sanción: grado de intencionalidad, incumplimiento de advertencias previas, reincidencia, concurrencia de varias

Además de las sanciones disciplinarias que puedan imponerse, podrán emprenderse también las posibles acciones civiles y penales a las que hubiere lugar.

vi. La revisión y actualización.

La verificación periódica del modelo de prevención de delitos y su eventual modificación es un requisito más del contenido que el Código Penal establece para estos modelos a los fines de la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica (artículo 31 bis apartado 5. 6).

Basada en un compromiso de mejora continua y eficacia, la revisión periódica del sistema debe quedar documentada convenientemente e incluir, entre otros posibles aspectos, los siguientes:

- los resultados de las auditorías internas o externas,
- la información sobre sucesos o incidentes potenciales o reales que puedan afectar a la organización o a los grupos de interés,
- los resultados de las evaluaciones de cumplimiento de los requisitos legales o reglamentarios,
- las comunicaciones con los grupos de interés, incluyendo consultas, quejas, reclamaciones, sugerencias o denuncias,
- el desempeño del sistema de gestión de riesgos,
- el grado de cumplimiento de los objetivos del programa,
- el estado de las acciones preventivas y correctivas,
- el seguimiento de las acciones resultantes de revisiones previas,

infracciones en el mismo hecho o actividad, magnitud del perjuicio económico derivado de la infracción, consecuencia de materialización de un delito tipificado en el Código Penal, o contribución significativa a ello.

⁴²⁰ Profundiza en todo ello, GOÑI SEIN, J.L.: “Programas de cumplimiento empresarial (*Compliance programs*): aspectos laborales” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance...*, op. cit., pp. 367-418.

- el análisis de su efectividad,
- los cambios que pudieran producirse en el contexto de la organización y pudieran afectar al sistema de gestión de riesgos.

Los resultados de la revisión pueden llevar a cambios en políticas o procedimientos, el Código de conducta u otros elementos del sistema de gestión para la prevención de delitos (la denominada “actualización”). En cualquier caso, las revisiones deben llevar a la mejora del sistema⁴²¹.

Asimismo, las *USSG* señalan tres (3) necesarios puntos de revisión periódica:

- El grado de interiorización efectivo de las medidas prescritas en el modelo y, en general, del cumplimiento normativo del sector de que se trate.
- La idoneidad de las medidas establecidas en el programa para la consecución del fin preventivo.
- La rapidez de envío de información relativa a la efectividad del programa de cumplimiento a la administración de la empresa.

Todo ello deberá hacerse periódicamente⁴²² y, en todo caso, cuando se detecte una urgencia especial derivada de una infracción o incidencia que haga necesaria la reedición del sistema de cumplimiento tanto en la

⁴²¹ En este sentido, Tribunal de Nápoles, 26 de junio de 2007, IMPREGILO, comentada en PRESUTTI, A./ BERNASCONI, A./ FIORIO, C.: *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Editorial Cedam, Padova, 2008, quienes consideran que el modelo de organización debe asumir la forma de un instrumento concreto y sobretodo dinámico, idóneo para configurarse constantemente con el cambio de realidad operativa y organizativa de la persona jurídica.

⁴²² Por revisión periódica cada empresa adoptará un criterio determinado. El sistema norteamericano habla de una “actualización constante” mientras que nuestro sistema se refiere a “verificación periódica”. A título de ejemplo, la legislación laboral, en el artículo 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que el sistema deberá revisarse cada vez que se constaten cambios en la organización del trabajo o se produzca algún daño, estableciendo con carácter añadido que: “en todo caso, las actividades de prevención deberán ser modificadas cuando se aprecie por el empresario, su inadecuación a los fines de protección requeridos.”

evaluación de nuevo del riesgo como de la adopción, si es necesario de nuevas medidas preventivas.

En todo caso, la aprobación de las modificaciones que requiera el sistema, siempre que éstas afecten a elementos estructurales del mismo o al importe de la necesaria dotación económica, deberán ser objeto de aprobación por el Órgano de administración, a propuesta del *Compliance officer*⁴²³.

b. La eficacia e idoneidad de los modelos de organización y gestión.

El artículo 31 bis del Código Penal incluye de soslayo estas dos categorías dentro de los requisitos con que debe contar un programa de prevención de delitos para gozar de eficacia exoneratoria.

Así, en primer lugar se refiere a que “*el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia*⁴²⁴ *modelos de organización y gestión*” (artículo 31.2 bis) para continuar en el mismo apartado haciendo referencia a que éstos deben incluir medidas *idóneas* para prevenir delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Si bien es cierto que la literalidad del precepto relaciona la eficacia con el modo de adopción de los modelos y no con los modelos en sí, lo cierto es que viene interpretándose que la eficacia debe reputarse respecto al programa de prevención de delitos en su conjunto y la idoneidad respecto a las medidas de vigilancia y control que sean adoptadas⁴²⁵.

En este sentido, la FGE ofrece una serie de pautas exegéticas para definir lo que, en su opinión, integra un modelo de organización y gestión eficaz. Entre ellas:

⁴²³ No creemos que cualquier modificación tenga que aprobarla el órgano de administración puesto que el *Compliance officer* se configura, como veremos a continuación, como órgano autónomo y con iniciativa suficiente, pero sí aquellas que puedan afectar al denominado “apetito de riesgo”, o que supongan la definición de una determinada política de la entidad o el aumento presupuestario correspondiente.

⁴²⁴ El subrayado es nuestro.

⁴²⁵ Respecto a la eficacia de un programa de prevención de delitos puede leerse WELLNER, P.A.: “Effective *Compliance* Programs and Corporate Criminal Prosecutions”, *Cardozo Law Review*, Vol. 27, New York, 2005, pp. 497-528.

- Si el modelo se tiene en cuenta por los dirigentes y empleados a la hora de tomar decisiones y refleja o expresa una verdadera cultura de cumplimiento existente en la entidad.
- Si la cúspide de la organización está volcada e implicada en el cumplimiento del mismo, realizando, a *sensu contrario*, la interpretación de que si es la propia cúspide la que lo incumple, ello será tanto como presunción de que el programa no es eficaz⁴²⁶. Presunción que, añadimos nosotros, siempre deberá admitir prueba en contra.
- El establecimiento de altos estándares éticos en la contratación de directivos y empleados tratando de garantizar que su conducta será ética⁴²⁷.
- La detección de los delitos y la actuación de la persona jurídica tras esa detección⁴²⁸ (*reactive fault*⁴²⁹).

⁴²⁶ En el mismo sentido las USSG en su apartado C del Capítulo 8 establece que será presunción iuris tantum (“rebuttable presumption”) sobre la no eficacia del programa el hecho de que personal de “alto nivel” de una pequeña organización o personal con “substantial authority” de cualquier organización participe, consienta o sea deliberadamente ignorante del delito que se comete (definiéndose por ella en las propias Guidelines: personas físicas que ejerciten sus facultades con cierto poder de discrecionalidad cuando actúan en representación de la compañía; entre ellos, personal con facultades de supervisión o personal con facultades para determinar precios o negociar contratos significativos).

⁴²⁷ Mención que también encontramos en la normativa de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; en concreto en el artículo 40 del Real Decreto de Prevención del Blanqueo de Capitales, se hace referencia a que se valorará su “trayectoria profesional, valorándose la observancia y respeto a las leyes mercantiles u otras que regulen la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas del sector de actividad de que se trate”. Asimismo, las USSG incorporan en su Capítulo 8 apartado B.2 una disposición similar cuando, entre las pautas para determinar qué se entiende por “diligencia debida” y “promocionar una cultura empresarial de ética y un compromiso con el cumplimiento de la ley”, establece lo siguiente: “la organización realizará esfuerzos razonables para no incluir entre su personal con cierta autoridad a personas físicas que la organización sepa, o debiera saber si hubiera ejercitado la debida diligencia, han estado involucrados en actividades ilegales o cualquier tipo de actividad contraria con un programa ético y de cumplimiento.”

⁴²⁸ AENOR incluye el comportamiento post-delictivo en su Especificación, de manera que, si las empresas no tienen este protocolo dentro de sus programas de prevención, no serán certificadas, aunque sobre ello nada diga el Código Penal en el apartado de los requisitos que deben cumplimentar los modelos de organización y gestión. En el mismo sentido la Norma UNE ISO 19601.

⁴²⁹ En efecto, las USSG se reformaron en abril del año 2010 introduciendo importantes modificaciones en el campo de la reacción ante el hecho delictivo.

La Circular de la FGE expresamente consagra la exoneración de responsabilidad criminal, en el papel que le es propio que será, cabe pensar, el de no acusar, a una persona jurídica que haya detectado el delito (como muestra de la eficacia del sistema) y denunciado el mismo ante las autoridades.

- Dependiendo de la gravedad del delito cometido, el número de empleados implicados, la alta o baja intensidad del fraude utilizado para eludir el programa de prevención de delitos, etc.

Será también significativa en la valoración de la eficacia del modelo la existencia de mecanismos que corrijan situaciones de eventual conflicto de interés (por ejemplo, entre el órgano de supervisión y el Órgano de administración), como el establecimiento de una persona en la organización que se encargará de resolver tales situaciones de conflicto con objetividad.

No será eficaz un modelo de prevención de delitos que no prevea su comprensión por todos los miembros de la organización, por ejemplo, por no traducirse al idioma propio de todos los empleados de la misma⁴³⁰ o por no hacerse llegar a todos ellos a través de los cauces oportunos o por no acompañarlo de la formación necesaria para su efectiva comprensión.

Sin embargo, dicho todo ello, la única interpretación de lo que será un programa de prevención de delitos “eficaz” acorde con el principio de legalidad penal y de seguridad jurídica, será considerar eficaz todo aquel programa que cumpla con los requisitos que establece el propio Código Penal en el apartado 5 del artículo 31 bis y que venimos desgranando en el presente trabajo⁴³¹.

⁴³⁰ Situación ampliamente extendida en el seno de las empresas multinacionales, en las cuales, se antojaba suficiente a fin de cumplir con el *Compliance* de la sociedad matriz, la tenencia de determinadas políticas anti-corrupción junto al Código de Conducta del Grupo en la lengua madre de la misma sin preocuparse por la efectiva remisión a todos los empleados de las filiales de la misma y en una lengua comprensible para ellos. Este modelo no sería un sistema de prevención de delitos eficaz a los efectos del artículo 31 bis.

⁴³¹ De igual modo a lo que sucede en los ámbitos ya regulados como la prevención del blanqueo de capitales o la prevención de los riesgos laborales, en los que el establecimiento de las medidas de

En nuestra opinión, la eficacia del sistema deberá valorarse tanto en conjunto en el cumplimiento de los requisitos que debe tener el sistema *ex* artículo 31 bis 5, como en el análisis del delito cometido en concreto, cómo se había previsto su prevención y si esta era respetada en la entidad⁴³².

Es decir, se trata en todo caso de efectuar un juicio de la idoneidad del modelo *ex ante*, en el momento en que se cometió el ilícito, según el criterio de la prognosis póstuma⁴³³. Además, la adecuación del modelo se analizará partiendo del análisis del riesgo que el mismo contiene respecto al área de actividad donde se cometió el delito, dejando de lado todas las demás⁴³⁴.

Ya se ha dicho que quedarán absolutamente descartados planteamientos que nieguen la eficacia del modelo como consecuencia de la comisión del delito, por cuanto de lo que se trata es de valorar en abstracto y desde un punto de vista *ex ante* su eficacia⁴³⁵.

control *ex lege* deja poco margen a la interpretación de la eficacia en el modelo de prevención diseñado para esos concretos delitos.

⁴³² A ello se refiere NIETO MARTÍN, A.: “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en Derecho Penal...”, *op. cit.*, pp. 21-51, como “test de idoneidad abstracto-concreto”. La primera parte del test examina la eficacia en abstracto del programa de cumplimiento y su implementación (si ha existido formación a los empleados, si el canal de denuncias funciona, si se imponen sanciones disciplinarias por violaciones del código ético, si los procedimientos se aplican, la revisión y adaptación periódica del programa, etc.). La segunda parte del test consiste en examinar la existencia de medidas de prevención para hechos similares a los que se han producido y explicar por qué han fallado en el caso concreto.

⁴³³ Así se acoge de forma unánime por la doctrina italiana. Entre otros muchos, cfr. RIVERDITI, M.: *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e special prevenzione*, Jovene Editori, Napoli, 2009. También, vid. IELO, P.: “Compliance Programs: natura e funzione nel sistema della responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d. lgs. 231/2001”, *Giudice per le Indagini Preliminari Tribunale di Milano..” op. cit.*

⁴³⁴ En este sentido, MONGILIO, V.: “Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d. lgs 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione”, en *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2011, disponible en www.rivista231.it, quien considera que “el delito debe representar la concreción del riesgo creado por el modelo incompleto, mientras que los restantes defectos deben ser ignorados”.

⁴³⁵ Es lo que se denomina “generally effective” en las USSG (Capítulo 8 apartado 2), estableciendo expresamente estas disposiciones que “la comisión de un delito no implica catalogar de generalmente no efectivo al programa”. También la jurisprudencia y doctrina italiana se han pronunciado en el sentido de considerar que el juicio de la idoneidad del modelo para prevenir o minimizar el riesgo de comisión de delitos debe realizarse *ex ante*, y nada tiene que ver con la absoluta eliminación de tal riesgo. En este sentido, GIP del Tribunal de Roma, 4 de abril de 2003 y

La eficacia o la idoneidad del sistema será una cuestión jurídica a valorar por un juez en el ejercicio del *iura novit curia*, por su relación con una diligente organización societaria, que ejecuta debidamente el debido control o los deberes de supervisión y vigilancia a nivel estructural, el cual podrá valerse, si lo consideran oportuno, de peritos que entren en el aspecto más técnico de la eficacia valorando el programa de prevención en clave de gestión de riesgos, auditoría o *controlling*.

La certificación por los organismos competentes⁴³⁶ es otra posibilidad a la que se están acogiendo las empresas que desean obtener un nivel ulterior de certeza de que el modelo de organización y gestión adoptado es eficaz e idóneo para prevenir delitos⁴³⁷.

Así, existen organismos de certificación que, con estándares de independencia y profesionalidad, valoran la calidad en distintos campos: prevención de riesgos medioambientales⁴³⁸, laborales⁴³⁹, política de seguridad en la información⁴⁴⁰,

NISCO, A.: “Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni su criteri ascrittivi “soggettivi” e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, Editorial Cedam, Padova, 1-2/2004, pp. 293-330. Véase también LUNGHINI, S.: “L’Idoneità e l’efficace attuazione dei modelli organizzativi ex D. Lgs n.231 del 2001” en MONESI, C.: *I modelli organizzativi ex d. lgs 231/2001. Etica d’impresa e responsabilità degli enti*, Editorial Giuffrè, Milano, 2005, pp. 251-267.

⁴³⁶ Puede leerse sobre ello en MATUS ACUÑA, J.P.: “La certificación de los programas de cumplimiento” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dirs.): *Derecho Penal Económico en la era Compliance...*, *op. cit.*, pp. 145-152, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁴³⁷ En este sentido, y a modo de ejemplo, el legislador italiano ha optado por señalar que, en materia de delitos contra los derechos de los trabajadores, el cumplimiento por la persona jurídica de determinados estándares de calidad establecidos por ejemplo en OSHAS 1001: 2007 constituye una presunción favorable de eficacia de los programas de prevención de delitos en esta materia. El artículo 30 del Decreto legislativo 81/2008 que introdujo la responsabilidad de los entes por delitos culposos en materia de seguridad y salud laboral, prevé que “*en su primera aplicación, los modelos de organización conforme a las lineas guía del ente nazionale per gli infortuni sul lavoro (INAIL) o del British Standard OHSAS 18001:2007 se presumen adecuados*. En el mismo sentido, sobre la importancia de la certificación en Chile: MATUS ACUÑA, J.P.: “La certificación de los programas de cumplimiento...”, *op. cit.*, p. 150.

⁴³⁸ UNE-EN ISO 14001 del 2009.

⁴³⁹ OHSAS 18001 del 2007.

⁴⁴⁰ ISO/ IEC 27002 del 2005.

criterios de responsabilidad social corporativa⁴⁴¹, a los que actualmente puede añadirse la prevención de riesgos penales con la certificación IURISCERT de ANEOR o la novedosa Norma UNE ISO 19601 que establece un sistema de gestión de *Compliance* penal.

Estas normas de estandarización incluyen criterios como la delegación de funciones, la importancia de la formación⁴⁴², la documentación de las decisiones⁴⁴³, los deberes de supervisión, etc., para valorar si un modelo de gestión de riesgos es o no eficaz y puede certificarse.

Este tipo de certificaciones constituirán al menos, un elemento adicional a tener en cuenta en la valoración de la eficacia del sistema, si bien, lógicamente, no constituirán prueba incólume de la eficacia, valoración que solo corresponderá, como hemos dicho, al órgano judicial⁴⁴⁴.

En Italia⁴⁴⁵, han tomado fuerza las asociaciones empresariales (la más conocida, *Confindustria*) las cuales realizan Códigos de conducta que comunican al Ministerio de Justicia el cual, junto al Ministerio que corresponda a la actividad de

⁴⁴¹ ISO 26000.

⁴⁴² La formación de los trabajadores en materia de riesgos es una constante en la legislación existente. Así, se encuentran referencias tanto en la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales (artículo 29 Ley 10/2010, de 28 de abril) y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (artículo 19).

⁴⁴³ Sobre el necesario archivo y registro de toda la documentación que se genere, la documentación que acredite los procesos de decisiones, etc. se pronuncia BRAITWAITE, J.: “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control.” *Michigan Law Review*, vol. 80, no. 7, 1982, pp. 1466–1507, abogando por el desarrollo de un *Corporate Case Law* (jurisprudencia corporativa).

⁴⁴⁴ En este sentido se pronuncia la FGE en la conclusión 19.3 de su reciente Circular 1/16: “19ª.3. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.” Además de ello, la propia Norma UNE – ISO 19601 Sistema de Gestión de *Compliance* penal deja claro en su introducción que la certificación no garantiza la exoneración o atenuación automática de responsabilidad penal (página 8 de la citada Norma).

⁴⁴⁵ Un caso similar en España sería el artículo 32 de la Ley Orgánica de Protección de Datos que prevé la creación de Códigos realizados por asociaciones de empresas los cuales pueden ser inscritos en el registro de protección de datos y las autoridades los revisan a fin de realizar un juicio de idoneidad del mismo.

la empresa, puede realizar observaciones acerca de la idoneidad del modelo de prevención⁴⁴⁶.

En todo caso, la jurisprudencia italiana⁴⁴⁷ ha dispuesto que los artículos 6 y 7 del D. leg 231 establecen un contenido típico de los modelos de organización y gestión, a delimitar en cada caso por la organización, ya que “*cada ente puede asumir las prescripciones organizativas de detalle del conjunto de la disciplina primaria y sub-primaria del sector, los actos auto-regulación vigentes y las directrices emanadas por las asociaciones del sector*”; para proseguir: “*el modelo cautelar idóneo es, en efecto, aquel forjado por los mejores conocimientos, consolidados y compartidos en el momento histórico en que se cometió el delito, en orden a los métodos de neutralización o minimización del riesgo. En esta perspectiva hermenéutica en la que adquiere un relieve extremadamente significativo el canon de la exigibilidad de la legalidad organizativa, el juez no es un productor si no un consumidor de normas de organización.*”⁴⁴⁸

En definitiva, tal y como ha manifestado el Tribunal de Milán, en su resolución de 28 de octubre de 2004, Soc. Siemens AG, en Foro ambrosiano, 2004: “*la eficacia de un modelo organizativo depende de su concreta idoneidad para elaborar mecanismos de decisión y control para eliminar o reducir significativamente el área de riesgo de responsabilidad y obviamente la eficacia tiene que vincularse*

⁴⁴⁶ El artículo 6.3 del Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio, dispone que “*los modelos de organización y gestión pueden ser adoptados, garantizando las exigencias del segundo apartado, sobre la base de códigos de conducta redactados por las asociaciones representativas de los entes (las denominadas “Linee Guida”), comunicados al Ministerio de Justicia que, de modo conjunto con los Ministerios competentes, puede formular observaciones sobre la idoneidad de los modelos de prevención de delitos, en un plazo de treinta días.*”

⁴⁴⁷ Corte de Casación, 20 de diciembre de 2005, Jolly Mediterraneo, S.R.L.

⁴⁴⁸ Muy críticos con confiar en la autonomía privada decisiones organizativas y someterlos posteriormente a la discrecionalidad judicial, en ausencia de reglas formales relativas a la idoneidad de los modelos de organización y gestión: ALESSANDRI, A.: “*Diritto penale e attività economiche..*” *op. cit.*; GIUNTA, F.: “*Il reato come rischio d’impresa e la colpevolezza dell’ente collettivo*”, *Analisi giuridica dell’economia*, 2/2009, pp. 243-264, Editorial Il Mulino; PANAGIA, S.: “*Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti*”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Dell’Economia*, 2008, Vol. 21, Fasc. 1/2, pp. 149-169.

con la eficiencia de los instrumentos idóneos para identificar las áreas de riesgo en la actividad de la sociedad, además de la sintomatología del delito.”

c. Especial referencia a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones.

Del mismo modo que sucede en la legislación preventiva de riesgos laborales o de blanqueo de capitales, en nuestra legislación penal deberían haberse previsto mecanismos simplificados de gestión de riesgos para las pequeñas o medianas empresas⁴⁴⁹.

En este mismo sentido, las USSG expresamente autorizan a las pequeñas organizaciones a rebajar la formalidad en el cumplimiento de los requisitos que las propias Guidelines establecen para considerar eficaz un programa de cumplimiento, así como, lógicamente, destinar menos recursos que las grandes organizaciones, sin rebajar, por ello, su grado de compromiso con la cultura de cumplimiento⁴⁵⁰.

De hecho, el Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaba el Código Penal que fue objeto de Dictamen por el Pleno del Consejo de Estado en sesión celebrada el 27 de junio de 2013⁴⁵¹ sí preveía esta realidad.

Así, se incluía un apartado 7 en el artículo 31 bis que expresamente hacía referencia a que *“el modelo de prevención contendrá las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo”*, estableciendo claramente el criterio de que las medidas de prevención de delitos a adoptar en la organización variarían en función del tamaño de la misma.

⁴⁴⁹ Así, en la legislación laboral puede encontrarse la referencia en el artículo 16.2 bis cuando dice: “las empresas, en atención al número de trabajadores y la naturaleza y peligrosidad de las actividades realizadas, podrán realizar el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva de forma simplificada.”

⁴⁵⁰ Así puede leerse en el Capítulo 8 apartado B.2.

⁴⁵¹ Dictamen 358/13, *doc. cit.*

Sin embargo, no encontramos en el artículo 31 bis finalmente en vigor, referencia alguna a las empresas de reducida dimensión más allá de la posibilidad de que el Órgano de administración integre las funciones de vigilancia y control del cumplimiento de los modelos de organización y gestión en el caso de las empresas que presenten cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas (apartado 3 del artículo 31 bis). Empresas que, como ya tuvimos ocasión de mencionar, no siempre se configuran como empresas de reducida dimensión.

La Circular 1/16 de la FGE sí que incluye alguna referencia al efecto que es de agradecer por cuanto respeta el principio de proporcionalidad.

Así, la FGE se refiere a que los requisitos de los modelos de organización y gestión definidos en el apartado 5 del artículo 31 bis se aplicarán teniendo en cuenta las características de la estructura societaria de las empresas de reducidas dimensiones, haciendo referencia incluso a que esos requisitos serán modulables para el caso de estas empresas, siempre que demuestren su compromiso fiel con la cultura de cumplimiento.

En todo caso, la FGE se refiere siempre a los requisitos del apartado 5 del artículo 31 bis (contenido de los modelos de organización y gestión) y no al apartado 2 del mismo artículo que integra las condiciones bajo las cuales la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal.

La consecuencia de ello es que el resto de condiciones quedan intactas para las empresas de reducida dimensión si quieren gozar de la eficacia exoneratoria. Entre ellas, la designación de un organismo de vigilancia y control que vele por el cumplimiento de dichos modelos, organismo de vigilancia y control que normalmente en estas entidades recaerá en el Órgano de administración⁴⁵².

⁴⁵² Y sobre ello también realiza una puntualización la Circular 1/16 de la FGE, *doc. cit.*, advirtiendo a los Fiscales que tengan en cuenta la proscripción del *non bis in ídem* en estas entidades de reducida dimensión a la hora de imputar a quien ejerce las funciones de vigilancia y control y el *Compliance officer* por los mismos hechos, ya que normalmente ambas responsabilidades recaerán en la misma persona.

En el mismo sentido se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo en una de sus primeras resoluciones acerca de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la Sentencia 154/16, de fecha 29 de febrero. En esta, el Tribunal Supremo da por hecho que las empresas de pequeño tamaño o menor capacidad económica no podrán cumplimentar los requisitos que el Código Penal prevé para los modelos de organización y gestión, añadiendo así la idea de que en términos de reprochabilidad no podrá castigarse al sujeto que no pueda establecer un programa de cumplimiento con todos los requisitos que prevé el Código Penal⁴⁵³.

En definitiva, más que un fiel cumplimiento a los requisitos tasados en el apartado 5 del artículo 31 bis, lo que deberá acreditarse para poder exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica es la implementación de una cultura de cumplimiento con el Derecho en el seno de la entidad, en la forma que su capacidad económica y organización interna permitan.

d. Categorización dogmática de los modelos de organización y gestión.

Íntimamente relacionado con el debate dogmático del modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica escogido por nuestro legislador desde la promulgación de la Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio, con la promulgación de la nueva Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo⁴⁵⁴, se ha dado inicio a un nuevo debate entre los distintos operadores jurídicos en relación con la categorización dogmática que subyace en estos modelos de prevención a los que hace referencia el artículo 31 bis.

Este intenso debate jurídico ha tenido su reflejo en la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el seno de la cual se han librado batallas dialécticas acerca del

⁴⁵³ En este sentido, el actual Fiscal General del Estado, D. José Manuel Maza Martín, manifestó en el II Congreso Internacional de *Compliance* al que ya hemos hecho referencia en el presente trabajo, que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica que fue propuesto por los profesionales de la OCDE que estuvieron en la génesis de la introducción de este régimen en nuestro país, no fue un régimen de responsabilidad general para todas las personas jurídicas como el que ha acabado implementándose, sino un régimen a aplicar solo a las empresas mercantiles y de un determinado tamaño.

⁴⁵⁴ Debate del que nos hemos hecho eco en el Capítulo I apartado 3 del presente trabajo.

particular. Aunque el debate se repite teórico (adscripción a una concreta categoría dogmática), no hay duda de que despliega un importante efecto práctico (la carga de la prueba) en el día a día de nuestros tribunales.

Así, una parte de los magistrados de la Sala Segunda⁴⁵⁵ ha entendido que estos programas se ubican en el terreno de la tipicidad del delito que comete la persona jurídica, configurándose como auténticos elementos negativos del tipo a ser objeto de prueba por la acusación.

Ello casa con el hecho de que la infracción de deberes de vigilancia y control sobre los subordinados que prevé el segundo título de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica (el establecido en la letra b del primer apartado del artículo 31 bis del Código Penal), debe interpretarse como estructural, es decir, si se han implementado modelos de prevención de delitos eficaces no hay lugar para la infracción y, por lo tanto, para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica⁴⁵⁶.

Enfrente, parte de sus más ilustres compañeros⁴⁵⁷, ha entendido que estos programas, tal y como están recogidos en la regulación legal del vigente artículo 31bis, se integran en el terreno de la culpabilidad a modo de eximente y, por lo tanto, su prueba corresponde a la defensa que la alega⁴⁵⁸.

Por su parte, la FGE ubica aún más lejos estos modelos y categoriza estos programas en su Circular 1/16, dentro de las causas de no punibilidad y, en

⁴⁵⁵ Por Sentencia 154/2016 dictada en fecha 29 de febrero de 2016 (Ponente José Manuel Maza Martín).

⁴⁵⁶ No así para el primer título de imputación, el contenido en la letra a) del mismo precepto, caso en el que acudir a la exoneración de responsabilidad penal prevista en el apartado 2 del artículo 31 bis.

⁴⁵⁷ Integran el voto particular siete magistrados de esta Sala Segunda.

⁴⁵⁸ Tal y como ocurre en Italia. Así, el GIP, Tribunal de Milán, 3 de noviembre de 2010, ha manifestado que se trata de una cláusula de exoneración de la responsabilidad, un supuesto que extingue la responsabilidad, y no un hecho adscriptivo de la responsabilidad como sería un elemento del tipo.

concreto, las excusas absolutorias (causas de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad⁴⁵⁹).

La diferencia radica en si estos modelos fundamentan o no la punibilidad de la persona jurídica. Así, si se configuran como fundamento positivo de su punibilidad⁴⁶⁰, la carga de la prueba recaerá en la acusación. Si, por el contrario, operan como causa de negación de ésta, la carga de la prueba recaerá sobre la defensa.

Así, aunque la FGE se muestra expresamente a favor de su inclusión en la punibilidad, a lo largo de la Circular de referencia parece ubicarlos, no obstante, en el terreno de la culpabilidad⁴⁶¹, aunque también lo niega expresamente⁴⁶², dando pie a una importante confusión.

⁴⁵⁹ Cuya diferencia radicaría esencialmente en cuándo se produce el hecho que elimina la punibilidad, si en el momento de la comisión del hecho delictivo (excusa absolutoria) o posteriormente a la realización del hecho (causa de supresión de la punibilidad), entre las que se encontrarían las regularizaciones fiscales del artículo 305.3 del Código Penal o la denuncia en el cohecho del artículo 427. En este sentido, en Italia, ubicando los modelos de organización y gestión en el terreno de la punibilidad, como causa de exclusión de la misma, *cfr.* IELO, P.: “*Compliance Programs: natura e funzione nel sistema della responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d. lgs. 231/2001*”, *Giudice per le Indagini Preliminari Tribunale di Milano*, 6/2006, disponible en www.rivista231.it.

⁴⁶⁰ Defendiendo esta posición en la doctrina italiana, ubicando (la inexistencia de) los modelos en el terreno de la tipicidad (imprudente) en la doctrina italiana MAZZACUVA, F.: “Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación..” *op. cit.* También algunos autores diferencian en este plano normativo las normas de cuidado impropias (las dirigidas únicamente a reducir el riesgo de comisión del ilícito) –en las que, de la lectura del Decreto, se ubicarían los modelos de organización y gestión- de las propias (las que automáticamente excluyen la comisión del mismo). Distinción traída al caso por VENEZIANI, P.: *Regole cautelari proprie e improprie*, Editorial Cedam, Padova, 2003; también citada por ALESSANDRI, A.: *Diritto penale e attività economiche*, Editorial Il Mulino, Bologna, 2010.

⁴⁶¹ “*El defecto de organización, construido por el legislador como causa de exención de la pena, indudablemente opera como presupuesto y refuerzo de la culpabilidad, desterrando cualquier atisbo de responsabilidad penal objetiva de la empresa, que vulneraría el artículo 5 del Código Penal*”.

⁴⁶² Así, en su p. 38, manifestar todo lo contrario: “*Como se ha dicho, la LO 1/2015, sigue atribuyendo el debido control (ahora, “deberes de supervisión, vigilancia y control”) a las personas físicas de la letra a) del artículo 31 bis.1 y no a la propia persona jurídica, con lo que estos programas ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación, que reside en la comisión de un delito por las personas físicas a las que se refieren las dos letras del artículo 31 bis.1 en las concretas circunstancias que detalla*”.

Se define un modelo de exención prácticamente idéntico para ambos supuestos de transferencia de responsabilidad⁴⁶³, ligeramente más amplio para los delitos cometidos por los subordinados (supuesto en el que no será necesario acreditar la elusión fraudulenta del modelo por parte del subordinado para obtener la exención, e incluso puede defenderse, como ya ha sido apuntado anteriormente, que la tenencia de estos programas para el caso de los delitos cometidos por los subordinados pertenece a la tipicidad).

No pondrá tan fácil la Fiscalía la exención de la responsabilidad penal, sin embargo, en relación con los delitos cometidos por los sujetos de la letra a), por cuanto ellos mismos encarnan, en su opinión, la correcta o defectuosa organización. La opinión de la Fiscalía es que la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica en estos casos *“no debe quedar anulada mediante la invocación de una correcta organización que, en definitiva, tales personas encarnan”*, por eso, continúa, *“el régimen de exención habrá de interpretarse de modo que el título de imputación de la letra a) del apartado primero no quede desnaturalizado y la responsabilidad penal de las personas jurídicas vacía de contenido.”*

De mayor carga en contra es aún la conclusión cuarta del documento, en la que expresamente se manifiesta: *“la responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores o un alto directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa, de tal modo que los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz si un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito”*, estableciendo una presunción que, en todo caso, admite prueba en contra.

La única forma posible de interpretarlo, acorde con el principio de legalidad penal, es que la adopción e implementación efectiva de esos modelos lleva a la

⁴⁶³ En efecto, tal y como admite la FGE, *“ni desde un punto de vista lógico, semántico o teleológico, existen razones para distinguir entre los modelos de organización y gestión exigibles a ambas categorías.”*

exoneración para el supuesto de los delitos cometidos por sujetos de la letra a) sólo en el caso de que estos sujetos hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los protocolos –idóneos para la prevención de delitos– establecidos en estos modelos.

En opinión de la Fiscalía, los modelos de organización que cumplen con los presupuestos legales operan a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, como ocurre en los casos de comportamientos post-delictivos⁴⁶⁴. Siendo ello así⁴⁶⁵, compete a la defensa de la persona jurídica acreditar la existencia e idoneidad de dichos modelos⁴⁶⁶.

En la medida en que la FGE niega que la persona jurídica realice un hecho típico, antijurídico y culpable propio (siendo su modelo el de la transferencia), sino que, simplemente, es “declarada” responsable penal por un hecho ajeno, entonces la naturaleza dogmática de la exención consagrada legalmente ha de ser necesariamente la excusa absolutoria, basada en razones político-criminales.

⁴⁶⁴ Como las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 31 *quater*.

⁴⁶⁵ La FGE introduce otro argumento para legitimar la inversión de la carga de la prueba: la comisión del delito es un indicio de la ineficacia o idoneidad del modelo, cuya desacreditación o explicación exculpatória corresponde a la defensa.

⁴⁶⁶ Sobre esto escriben, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, *Diario La Ley*, número 8747, 2016, edición digital, señalando que resulta artificial trasladar a la acusación la carga de probar lo que se encuentra fácilmente a disposición de la persona jurídica. Concluye el autor afirmando que no hay, en su opinión, vulneración alguna del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por el hecho de trasladar a la persona jurídica acusada la carga de la prueba de elementos que sirven para excluir su responsabilidad, permaneciendo en manos de la acusación la carga de acreditar la comisión misma del delito y su conexión con la empresa.

La causa de exención de la responsabilidad, la excusa absolutoria⁴⁶⁷, siempre es consecuencia de la previa constatación de un hecho típico, antijurídico y culpable y supone algo que el autor realiza (regularizar su situación tributaria en el delito contra la hacienda pública, abandonar su propósito criminal en la tentativa, etc.). Es decir, la excusa absolutoria se configura como el reverso de la punibilidad, sin anular el injusto culpable cometido por el autor, pero, político-criminalmente, decidiendo no castigarlo.

Volviendo al Tribunal Supremo, en su primera Sentencia 154/2016 dictada en fecha 29 de febrero de 2016 (Ponente José Manuel Maza Martín) consideró discutible la naturaleza de eximente de los programas de prevención de delitos, dado que tal categoría está relacionada con la exclusión de culpabilidad o la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, incurra en el tipo objetivo, manifestando en este punto el Tribunal que: *“lo que sería quizás lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica⁴⁶⁸, complementario del ilícito por la persona física.”*

En contra, los magistrados que integraron el voto particular a esta Sentencia situaron la adopción de programas de prevención de delitos en la categoría de la culpabilidad, como exclusión de esta, en tanto que circunstancia eximente, manifestando que *“estas exenciones son coherentes con el fundamento último de*

⁴⁶⁷ Así se configuran los programas de cumplimiento en la mayoría de los países del *common law*, aún y cuando estos sistemas están basados en la teoría de la identificación, también introducen referencias a los programas de cumplimiento normativo. Así puede verse el artículo 22.2 del Código Penal de Canadá o la Bribery Act, sección 7. Configurados así, la carga de la prueba pesa sobre la defensa. Para un estudio en profundidad de los programas de cumplimiento normativo británicos y el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en el Reino Unido, puede verse WELLS, C.: “Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future” en PIETH, M./ IVORY, R. (Eds.): *Corporate Criminal Liability Emergence, Convergence and Risk*, Springer, 2010, pp. 91-112. También WELLS, C.: “Who is afraid of the Bribery Act 2010?”, *Journal of Business Law*, Issue 5, 2012, pp. 420-430. Por su parte, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Canadá: ARCHIBALD, T./ JULL, K./ ROACH, K.: *Regulatory and Corporate Liability: From Due Diligence to Risk Management*, Canada Law Book, 2005.

⁴⁶⁸ El subrayado es nuestro.

la responsabilidad penal de las personas jurídicas cual es que la persona disponga de determinados instrumentos eficaces para la prevención de delitos, excluyendo su culpabilidad” (que basa, no obstante, no en una culpabilidad propia de la persona jurídica, sino en una culpa in eligendo o vigilando de sus representantes que son los que acaban cometiendo el delito en nombre y por cuenta de la sociedad).

Añadiendo además que “si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes o dependientes, se fundamenta en el plano culpabilístico en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de las mismas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal”.

La segunda Sentencia del TS sobre el particular, dictada en fecha 16 de marzo de 2016, (Sentencia 221/2016; Ponente Manuel Marchena Gómez), dejó claro que *“la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal.”*

Mostrándose expresamente a favor, no obstante, de que las acusaciones carguen con la prueba, no sólo del delito cometido por la persona física más el hecho de conexión (actuación en su nombre y por su cuenta y en su beneficio), sino también *“habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica”,* lo que claramente choca con la categorización dogmática de los modelos de organización y gestión como eximente o como excusa absolutoria, estableciendo, asimismo, una especie de relación de causalidad entre el déficit organizativo y la comisión del delito. Lo

considera así en tanto fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica⁴⁶⁹, más que por entrar en categorías dogmáticas⁴⁷⁰.

La Fiscalía esperará la colaboración de la empresa en la reacción ante el delito cometido, una actitud proactiva en el restablecimiento de la legalidad en el marco del procedimiento penal para no acusar a la misma, de manera que, por ello, esperará que sea la persona jurídica la que acredite la existencia de mecanismos válidos de prevención o reacción ante el delito, como prueba precisamente de la reacción que esta haya podido tener tras la comisión de un ilícito en la organización⁴⁷¹.

Sobre esa deficiente regulación legal ya advirtió el Consejo de Estado cuando señaló, en su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica antes referido, que debido a que la adopción de programas de prevención de delitos se había ubicado en el texto legal como una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan solo a ella incumbía la carga material de la prueba de dicho hecho impeditivo, *“cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de Compliance o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras.”*

⁴⁶⁹ Así puede leerse: “en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, sin perjuicio de que la persona jurídica que está siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad”.

⁴⁷⁰ Y en el mismo sentido lo manifiesta la Circular 1/2016..., *doc. cit.*, p. 10: *“si el fundamento de la imputación de la persona jurídica es la defectuosa organización societaria y esta se configura como elemento del tipo o define su culpabilidad, la acusación deberá probar, además de la comisión del delito por las personas físicas de la letra a) o b), que tal infracción se ha cometido a consecuencia del ineficiente control de la persona jurídica. Otro entendimiento –que la persona jurídica estuviera obligada a probar su adecuado sistema de organización- representaría una inversión de la carga de la prueba constitucionalmente inadmisibles”*.

⁴⁷¹ Realiza esta interpretación SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La eximente de modelos de prevención de delitos” en *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2ª edición. Madrid: Edisofer. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2016.

Es decir, si parece hay acuerdo en que la ausencia de los modelos de prevención de delitos es el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la constatación de su existencia debería no hacer nacer su responsabilidad y no corregirla más tarde. Además de ello, parece claro que si este es el fundamento de la responsabilidad, la prueba de su existencia no corresponderá a quien se defiende sino a quien acusa.

Y ello ha abierto el debate de si se trata de una prueba diabólica de imposible desenvolvimiento por parte de la acusación o la defensa⁴⁷².

A la acusación, se le puede hacer cargar con dicha prueba de acreditar la no existencia de mecanismos idóneos en la persona jurídica que hubieran impedido o dificultado la comisión del delito, como fundamento de la pena que solicita, o la no existencia de una diligente organización societaria, como fundamento del delito corporativo.

Pero a la defensa también se le puede hacer cargar con la misma si se le hacer acreditar la no existencia de una organización deficiente o que no hubo defecto de organización⁴⁷³.

Por ello la solución del problema radica en la formulación de la pregunta. Así, quizás no es tan diabólico probar la existencia (en positivo) de un defecto de organización o una organización societaria defectuosa por parte de la acusación, fundamento del delito societario, en atención a que se está apreciando un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control (a nivel estructural no individual), elemento del tipo.

⁴⁷² Ciertamente exagerado el considerar prueba diabólica la no existencia de programas de prevención de delitos o, por el contrario, la existencia de un déficit organizativo, pues habrá que estar al caso por caso para determinar si realmente es una prueba diabólica o una prueba de simple desenvolvimiento.

⁴⁷³ En este sentido, *cfr.* GÓMEZ MARTÍN, V.: “Falsa alarma: *societas delinquere non potest*” en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.): *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo...*, *op. cit.*, pp. 207-254.

Y ello independientemente de que, como señalan algunos autores⁴⁷⁴, en la práctica la empresa será quien mejor pueda acreditar ante un tribunal la existencia de modelos de organización y gestión que incluyen medidas de prevención idóneas de delitos, en línea con lo que establece el artículo 31 bis apartado 2.

Aunque esa es la vía que se sigue en el modelo anglosajón con la institución de la *due diligence defense* o en países de nuestro entorno como Italia, en los que se exige a la defensa la prueba de la inexistencia de una organización deficiente que fundamente el delito corporativo, lo cierto es que en nuestro país, a diferencia de Italia o del modelo anglosajón, la responsabilidad se construye sobre los cimientos del Derecho Penal con la presunción de inocencia y el principio acusatorio, y por lo tanto, como hemos visto, se deben respetar las garantías constitucionales que protegen al mismo.

Sin embargo, a día de hoy parece que el artículo 31bis integra la existencia de estos modelos como exoneración de responsabilidad penal⁴⁷⁵, dejando abierto el debate de si esa exoneración es más propia de la ausencia de culpabilidad⁴⁷⁶ o de

⁴⁷⁴ En este sentido, *cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero..., *op. cit.*, edición digital, cuando manifiesta que: “existen evidentes razones prácticas para que la carga de la prueba recaiga en la defensa de la empresa puesto que es la empresa la que tiene en su mano la información precisa para acreditarlo: el *Compliance program*, la información sobre a quién se nombró oficial de cumplimiento, la existencia de actualizaciones de dicho programa, quién era el encargado de llevar a cabo una determinada tarea, por qué razones se le nombró, con qué criterios, etc.”

⁴⁷⁵ El apartado 2 del artículo 31 bis establece al efecto que: “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal si se cumplen las siguientes condiciones”.

⁴⁷⁶ Así, el artículo 20 de nuestro Código Penal que regula las causas de exclusión de la responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad (inimputabilidad) o por ausencia de antijuridicidad (hecho justificado) se refiere a “exento de responsabilidad criminal”.

la ausencia de punibilidad⁴⁷⁷, pero dejando claro que la carga de la prueba corresponde a la empresa acusada, es decir, a la defensa⁴⁷⁸.

Quizás acabe ocurriendo como con la regularización tributaria en la que su ubicación dogmática pasó del terreno de la punibilidad, configurada como excusa absolutoria⁴⁷⁹, al terreno de la tipicidad, por modificación operada en el Código Penal por Ley Orgánica 7/12, de 27 de diciembre, como elemento negativo del tipo⁴⁸⁰, modificación que tiene como principal consecuencia la carga de la prueba (para la acusación si es un elemento negativo del tipo o para la defensa si es una excusa absolutoria).

Para el logro de la exención de responsabilidad penal, en caso de verificarse la comisión de un delito en el seno de una entidad y, con carácter añadido al establecimiento de los modelos de organización y gestión eficaces e idóneos para la prevención de delitos, cuyos requisitos y contenido hasta aquí hemos tratado de desmenuzar, la persona jurídica deberá, para el caso de que el delito lo hayan cometido representantes, administradores o directivos, añadir las siguientes condiciones:

- La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implementado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga

⁴⁷⁷ Del mismo modo, encontramos una referencia a la exención de responsabilidad en la excusa absolutoria de parentesco de los delitos patrimoniales (artículo 268 del Código Penal: “quedaran exentos de responsabilidad penal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges..”) o en la anterior regulación de la regularización tributaria en el artículo 305.4: “quedara exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria...”)

⁴⁷⁸ Apartado 2: “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal si se cumplen las siguientes condiciones (...)” para añadir al final de este apartado “en los casos en los que las anteriores circunstancias solo puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a efectos de atenuación de la pena.”

⁴⁷⁹ Anterior artículo 305.4 del Código Penal.

⁴⁸⁰ La redacción del artículo 305.1 del Código Penal que tipifica el delito contra la Hacienda Pública y recoge los elementos del tipo, acaba afirmando: “salvo que hubiera regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.”

encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica⁴⁸¹;

- Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y gestión;
- No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b⁴⁸².

Si el delito lo han cometido subordinados a directivos y administradores, bastará pues para la exoneración de responsabilidad penal, el establecimiento de modelos de organización y gestión que incluyan medidas de prevención de delitos (apartado 4 del artículo 31 bis), sin necesidad de acreditar que el delito se ha cometido como consecuencia de una elusión fraudulenta de las medidas de prevención establecidas en el modelo. Dichos modelos se integran, en nuestra opinión, en el ámbito de la tipicidad con la referencia al “incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control” para el caso de los delitos cometidos por subordinados.

Sin embargo, procede detenerse ahora brevemente en el análisis del requisito relativo a la elusión fraudulenta del modelo de organización y gestión por parte del directivo o el administrador, como requisito *sine qua non* se concederá la exención de responsabilidad penal a la empresa en caso de verificarse la comisión de un delito por parte de uno de estos sujetos⁴⁸³.

⁴⁸¹ Permitiéndose, *ex* apartado 3 del artículo 31 bis que, en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión puedan ser asumidas directamente por el órgano de administración. Definiendo “*persona jurídica de reducida dimensión*” bajo el criterio de presentación de cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas; empresas por lo tanto no de tan “reducida dimensión”.

⁴⁸² Sobre la estructura y funciones del Organismo de vigilancia y control, así como sobre qué se entiende por ejercicio suficiente de sus funciones o qué consecuencias se derivan del ejercicio insuficiente de las mismas, se entrará detalladamente en el apartado correspondiente.

⁴⁸³ Considerando que el máximo líder de una empresa no tiene ninguna necesidad de “eludir fraudulentamente el modelo”, pues toma la decisión que estima oportuna en cada momento

Sobre la elusión fraudulenta se ha pronunciado ya la jurisprudencia italiana⁴⁸⁴ considerando que no debe entenderse solo aquel artificio o maniobra digna de la estafa penal (hecho que nos llevaría a una aplicación demasiado restrictiva de la eficacia eximente de estos programas⁴⁸⁵) pero tampoco una simple transgresión de los requisitos fijados en el modelo.

Esto es, para que se entienda eludido fraudulentamente el modelo de prevención, en primer lugar, deberán haberse eludido las medidas de seguridad establecidas en el programa concreto de prevención, de un modo un tanto más sofisticado que lo que supone un mero incumplimiento.

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2015...*, op. cit., pp. 77-91.

⁴⁸⁴ En este sentido, Cas. Secc. V de lo penal, Sentencia número 4677/14. Asimismo, en el caso *Impregillo* la empresa fue absuelta por cuanto un alto directivo había eludido fraudulentamente los controles que tenía establecidos la empresa, pero pudo acreditar la cultura de cumplimiento existente en la corporación. Sobre la elusión fraudulenta del modelo de organización y gestión por parte de los autores del delito y su relación con la idoneidad del mismo, se pronuncia el Tribunal de Apelación de Milán, 21 de marzo de 2012, número 1824, *Impregillo*, S.P.A., confirmando la decisión del GIP Tribunal de Milán, de 17 de noviembre de 2009, y haciendo referencia a: “*la idoneidad del modelo y la correcta constitución del órgano de vigilancia excluían la responsabilidad del ente a causa de la elusión fraudulenta del procedimiento de control por parte del propio vértice del ente, puesto que un tal comportamiento no se puede impedir por ningún modelo organizativo y, en particular, ni siquiera por el más diligente organismo de vigilancia.*” Una revisión crítica de este pronunciamiento la hace BARTOLOMUCCI, S.: “L’adeguatezza del modelo nel disposto del D. Lgs 231 e nell’apprezzamento giudiziale. Riflessioni sulla sentenza d’appello *Impregillo*”, *Rivista 231*, 4/2012, disponible en www.rivista231.it. Sobre ello también, Tribunal de Casación, 18 de febrero de 2010, SCARAFIA. La doctrina, por su parte, ha puesto de relieve que este supuesto de hecho será, en su caso, predicable respecto a grandes organizaciones en las que exista una clara descentralización de poderes y funciones, pero, contrariamente, resultará de casi imposible práctica en entidades de reducidas dimensiones en las que la base directiva sea limitada (en el mismo sentido, la propia Exposición de Motivos del D. leg. 231). En el sentido señalado, también cfr. DE VERO, G.: “Prospettive evolutive della responsabilità da reato degli enti collettivi”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *Rivista 231*, 4/2011, disponible en www.rivista231.it.

⁴⁸⁵ Contrariamente, parte de la doctrina y órganos consultivos de nuestro país citados a lo largo del presente trabajo, se han pronunciado sobre el excesivo margen que se otorga a las personas jurídicas para quedar exentas de responsabilidad criminal, no se sabe si como crítica a ello o no. Incluso el Consejo de Estado en su Dictamen 358/13..., *doc. cit.*, tuvo una referencia a ello manifestando que: “cabe cuestionar si el Anteproyecto no introduce un margen excesivamente amplio para la exención de responsabilidad de las personas jurídicas, en particular por lo que respecta al supuesto contemplado en el artículo 31 bis 1.”

Merece una mención especial la compatibilidad entre la elusión fraudulenta del modelo y los delitos imprudentes cometidos por directivos o representantes⁴⁸⁶.

Imaginar el escenario casuístico en el que el autor del delito elude fraudulentamente los controles que la empresa ha dispuesto para prevenir el delito y, sin embargo, comete un delito de forma imprudente, puede resultar una construcción un tanto forzada⁴⁸⁷.

Serán supuestos en los que el dolo de la elusión fraudulenta del modelo no abarca el dolo del resultado de la acción y que, por lo tanto, el delito puede acabar cometándose por imprudencia (muy discutible en la construcción imprudente que va a poner el acento en la adopción de la diligencia debida que *ab initio* parece será negada si eludió –fraudulentamente además- las medidas de control establecidas por la empresa).

Existe otra posible interpretación y es la siguiente: para el caso de delitos dolosos, se exige que el autor haya podido cometer el delito eludiendo fraudulentamente los modelos; mientras que para el caso de los delitos imprudentes, lo que se exige es, no una elusión fraudulenta difícil de concebir conceptualmente, sino una desatención de las medidas de diligencia debida que tenía que tomar el autor (pero no con conocimiento y voluntad) sin una falta de supervisión y vigilancia por parte del organismo adecuado⁴⁸⁸. Dicha construcción tendría más fácil encaje con la eliminación del vocablo “fraudulenta” que incluye un elemento tan tendencial.

⁴⁸⁶ Aunque solo pueden ser unos pocos delitos los que lleven a la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica: el delito de blanqueo de capitales (artículo 301.3), el delito contra el medio ambiente (artículo 331), alguna modalidad de los delitos contra la salud pública (artículo 367) o de las insolvencias punibles (artículo 259.3). Sobre ello se ha pronunciado ya la doctrina italiana. Entre ellos, DE VERO, G.: “La responsabilità penale delle persone giuridiche” en GROSSO, C./ PADOVANI, T./ PAGLIARO, A. (Coords.): *Trattato di diritto penale*, Editorial Giuffrè, Milano, 2008, pp. 116 y ss., o BASTIA, P.: “Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende” en PALAZZO, F.: *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi. Atti del Convegno di Firenze (15-16 marzo 2002)*, Editorial Cedam, Padova, 2003, pp. 35 y ss.

⁴⁸⁷ Y ello por cuanto no solo se trata de una elusión dolosa sino de una elusión “fraudulenta”, lo que enfatiza el concepto de dolo directo.

⁴⁸⁸ Así lo interpreta Confindustria en sus criterios de aplicación Linee Guida marzo 2014: “para todas las entidades, sean grandes o pequeñas, el sistema de controles preventivo deberá, en el caso de los

Es decir, en esta tesis, el requisito “eludiendo fraudulentamente” del artículo 31 bis 2. 3 encontraría su aplicación en los delitos imprudentes en “la absoluta dejación de las medidas de control implementadas por la empresa”.

delitos culposos, incompatibles con la intención fraudulenta, haberse infringido de todas formas, pese al puntual cumplimiento de las obligaciones de vigilancia por parte del organismo adecuado.”

CAPÍTULO III. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN, EL *COMPLIANCE OFFICER* Y LA PREVENCIÓN DE DELITOS. ¿UNA DELEGACIÓN DE FUNCIONES?

Corresponde el objeto del presente capítulo, delimitar las responsabilidades del Órgano de administración en materia de prevención de los delitos que puedan cometerse en el contexto de la actividad empresarial que él administra (en concreto, los que pueden cometerse bajo la cobertura de la empresa y a favor de ésta⁴⁸⁹), y con ello, su posición de garante respecto a la evitación de los mismos. Cuestión que se ha convertido ya en una preocupación más en el día a día así como la gestión de los riesgos empresariales de este tipo de órganos, tras las recientes modificaciones legislativas operadas tanto en el sector penal como mercantil⁴⁹⁰.

Posteriormente, se entrará en el análisis de la novedosa figura del *Compliance officer*, su estructura como órgano y posible composición, los requisitos que éste debe cumplimentar para, llegado el caso, lograr la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica que le ha designado y el elenco de funciones que a él pueden atribuirse.

Finalmente, se analizará si la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de organización y gestión que el Código Penal condiciona confiar al *Compliance officer* para lograr la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica en caso de verificarse un ilícito penal en el contexto de su actividad

⁴⁸⁹ Es la denominada “criminalidad de empresa” frente a la “criminalidad en la empresa” que tiene por perjudicada a la propia empresa. Se encuentra dicha denominación y tal diferencia en SILVA SÁNCHEZ, J.M./ PASTOR MUÑOZ, N./ MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “La responsabilidad penal de los administradores”, *Revista La Ley* 22231/2011, edición digital. En la doctrina alemana se denominan “hechos vinculados al establecimiento” o “hechos vinculados a la empresa”, cuestión sobre la que incide SCHÜNEMANN, B.: “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa..” *op. cit.*, p. 529 y ss.

⁴⁹⁰ Modificación de la Ley de Sociedades de Capital por Ley 31/2014, de 3 de diciembre y del Código Penal por Ley 1/15, de 30 de marzo.

empresarial⁴⁹¹, es o no es una delegación de facultades propias del Órgano de administración en este cargo de nuevo cuño y, en caso afirmativo, si ello constituye una delegación de facultades válida conforme a Derecho. Será objeto de análisis también cómo se transforman, en consecuencia, las posiciones de garantía del Órgano de administración y del *Compliance officer*.

1. El Órgano de administración y la prevención de delitos.

A. Obligaciones en materia de prevención de delitos.

La primera referencia al Órgano de administración y la prevención de delitos o, más genéricamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la encontramos en el artículo 31 bis, apartado 2.1⁴⁹² del Código Penal.

Como primera condición⁴⁹³ para que la persona jurídica pueda exonerarse de responsabilidad penal en caso de verificarse la comisión de un delito por los sujetos de la letra a) del apartado 1 del citado artículo (sujetos pertenecientes a la cúspide de la organización societaria), se establece que: “*El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia*

⁴⁹¹ Artículo 31 bis apartado 2.2º con respecto a los delitos cometidos por los sujetos de la letra a) del apartado 1 aunque, como se ha dicho, el apartado 5 del citado artículo 31 bis cuando concreta el contenido de los modelos de organización y gestión para los delitos cometidos tanto por los sujetos de la letra a) como por los sujetos de la letra b) también hace referencia al organismo de vigilancia y control.

⁴⁹² Tras la primera de ellas indirecta contenida en el primer apartado del artículo 31 bis letra a) cuando el Órgano de administración forma parte de esas personas que “actuando individualmente o como integrantes de un órgano colegiado están facultados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma” y con ello transferir su responsabilidad penal a la persona jurídica.

⁴⁹³ Junto a esta, el resto: la designación de un *Compliance officer*, el debido ejercicio de las funciones por parte de éste último y que el autor del eventual delito haya eludido fraudulentamente las disposiciones de los modelos.

*y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*⁴⁹⁴.

Hasta ahora hemos visto como en el modelo de auto-responsabilidad por el que parece haber optado nuestro legislador con la redacción del vigente artículo 31 bis⁴⁹⁵, la adopción o existencia de estos modelos de organización y gestión antes de la comisión de un delito, se considera hecho propio de la persona jurídica que impide la declaración de responsabilidad penal de la misma, como negación de su punibilidad, sea: (i) formando parte del injusto típico (en los delitos cometidos por subordinados, en los que el “*incumplimiento grave de los deberes de vigilancia y control*” de los jerárquicamente superiores a ellos⁴⁹⁶ debe interpretarse con un contenido estructural, esto es, la propia existencia de los modelos referidos), o bien (ii) de la culpabilidad (en los delitos cometidos por los directivos, administradores o representantes legales).

Esto es, aunque material o físicamente sea el órgano de administración quien pueda (o deba, como veremos a continuación) adoptar tales modelos de organización y gestión, la existencia de los mismos y, por lo tanto, la diligente estructura societaria o la política de control de riesgos en la entidad, se considera

⁴⁹⁴ Una referencia similar se contiene para el caso de los delitos cometidos por subordinados en el apartado 4 del artículo 31 bis si bien en este caso no se hace expresa referencia a que sea el Órgano de administración quien haya adoptado y ejecutado con eficacia estos modelos de organización y gestión que incluyan medidas idóneas para la prevención de delitos. Así puede leerse: “Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la misma naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”, lo que da lugar a la confusión acerca del modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica escogido, confusión que ya ha sido tratada en el correspondiente apartado de este trabajo.

⁴⁹⁵ Por oposición al modelo de responsabilidad vicarial, con las matizaciones realizadas en el Capítulo anterior. En sentido contrario, *cf.* QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal Español*. Editorial Aranzadi, 7ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 387, quién considera que el sistema escogido por nuestro legislador es el de la transferencia o responsabilidad derivada.

⁴⁹⁶ Al que hace referencia la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis.

hecho propio de la persona jurídica⁴⁹⁷ que puede negar la realización de un injusto típico o su culpabilidad.

Hecho propio de la persona jurídica que solo puede verificarse, no obstante, con la actuación de una o varias personas físicas (el Órgano de administración⁴⁹⁸).

La cuestión va a radicar, como veremos a continuación, en si ello se convierte en obligación para dichos órganos como reflejo y concreción de una diligente gestión societaria⁴⁹⁹.

Y es que el garante de que la estructura empresarial esté debidamente organizada y no exista un defecto de organización que pudiera facilitar la comisión de ilícitos y, en consecuencia daños a terceros que no tienen por qué sufrirlos, es, a día de hoy, el Órgano de administración. Éste ostenta *ex lege* el deber de adoptar las medidas necesarias para la buena dirección y control en la entidad que administra, según dispone el artículo 225.2 de la Ley de Sociedades de Capital -en adelante, “LSC”-, tras la reforma operada por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en la que se proponen mejoras para el gobierno corporativo de las empresas.

⁴⁹⁷ Y es que en otros apartados del artículo 31 bis no está tan claro que sea el Órgano de administración quien deba realizar una acción o sea a quien se impute una omisión en concreto que, en cualquier caso, será valorada como hecho propio de la persona jurídica a efectos de su posible exoneración de responsabilidad penal. Así, a título de ejemplo, el apartado 4 del artículo 31 bis que acaba de ser citado, o el apartado 2º del punto 2 del artículo 31 bis, establece que “deberá confiarse a un órgano de la persona jurídica la supervisión del funcionamiento y control de esos programas de prevención de delitos”. A tal efecto, podríamos preguntarnos, ¿quién deberá confiar a un órgano esa función?; ¿es necesario que sea el Órgano de administración? Lo mismo ocurre, en mi opinión, con el apartado 4º del mismo punto en el que se dispone a *sensu contrario* que si se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control, por parte del *Compliance officer*, la persona jurídica, ¿no quedará ya exenta de responsabilidad criminal pero esa omisión también se podrá imputar al administrador? Volveremos sobre ello más adelante.

⁴⁹⁸ Aunque el órgano de administración también puede ser una persona jurídica, siempre que cuente con una persona física especialmente designada para que la represente, en concreto, “para el ejercicio permanente de las funciones del cargo”, según indica el artículo 212 bis LSC.

⁴⁹⁹ Considerando que ello es así *de facto* para las sociedades cotizadas, por cuanto existe en estas organizaciones la recomendación para los administradores de contar con códigos de buen gobierno a los que remitirse para la publicación del Informe de buen gobierno, lo que no es más que un reflejo del genérico deber de diligencia de todo administrador, NIETO MARTÍN, A.: “La institucionalización del sistema de cumplimiento” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa...*, *op. cit.*, pp. 187-206.

Reproducimos el citado artículo por su importancia para el análisis:

“Artículo 225. Deber general de diligencia. 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. 2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad⁵⁰⁰. 3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada⁵⁰¹ y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.”

Esta reforma de la legislación de sociedades tiene como aspecto novedoso la introducción de un específico deber de control para los administradores, que se traduce y concreta en: (i) la facultad indelegable del administrador de establecer las políticas de control y gestión de riesgos y la supervisión de los sistemas de información y control⁵⁰², (ii) la supervisión de la eficacia del control interno de la sociedad y los sistemas de gestión de riesgos por parte de la Comisión de Auditoría en las sociedades cotizadas (artículos 249 y 529 ter LSC)⁵⁰³.

En efecto, la lectura del artículo 31 bis del Código Penal (y, en especial el apartado 2.1º del mismo, que integra la disposición relativa a los modelos de organización y gestión a adoptar por el Órgano de administración) en su redacción dada por Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo⁵⁰⁴, debe realizarse de forma conjunta

⁵⁰⁰ El subrayado es nuestro.

⁵⁰¹ El subrayado es nuestro.

⁵⁰² Se entrará más adelante en el carácter delegable o indelegable de estas funciones.

⁵⁰³ En las sociedades cotizadas, los códigos de buen gobierno corporativo establecen que el órgano de administración debe velar por que “en sus relaciones con sus grupos de interés, la empresa respete las leyes y los reglamentos”, haciendo referencia también a la obligación de aprobar una política de control de los riesgos empresariales y a la supervisión de la eficacia de los sistemas de control interno. Sobre esto se profundiza en NIETO MARTÍN, A.: “Cumplimiento normativo. Criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa...*, op. cit., pp. 50-111.

⁵⁰⁴ En vigor desde el 1 de julio de dicho año.

con la mencionada LSC⁵⁰⁵, cuya reforma se produjo de forma casi coetánea a la del Código Penal⁵⁰⁶.

Lejos de tratarse de simple casualidad, tras dicha contemporaneidad late un fin político-criminal muy claro, cuál es dotar de más obligaciones (directa o indirectamente) a los gestores de las sociedades para que trabajen a favor del cumplimiento legal, las políticas de buen gobierno corporativo y la contención de riesgos empresariales.

Como vemos, los deberes del administrador han sido objeto de una redacción más profusa en la LSC y ha quedado expresamente establecido que, dentro de su deber de diligencia, está el deber de “*adoptar las medidas necesarias para la buena dirección y control de la sociedad*” (artículo 225.2 LSC)⁵⁰⁷ y de “*de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones*”.

Qué duda cabe de que la adopción de planes de prevención de delitos en las empresas forma parte de esas medidas para la buena dirección y control de la sociedad, sin que ello signifique, no obstante, que sea la única y posible manifestación del cumplimiento de dicho deber. Quizás por ello, la tipificación de tal omisión como delito en el proyectado artículo 286.6 del Código Penal⁵⁰⁸ se antojó excesiva.

⁵⁰⁵ En vigor desde el 24 de diciembre de 2014.

⁵⁰⁶ Como coetáneo también fue el proyecto de reforma (2013) que germinó en la Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, proyecto de reforma que incluía el polémico artículo 286.6 que introducía en el ordenamiento jurídico-penal un delito especial propio para administradores y representantes legales consistente en la omisión de medidas de vigilancia o control que hubieran podido evitar la comisión del ilícito ya verificado.

⁵⁰⁷ En la redacción anterior a la reforma de 2014 no se hacía referencia alguna a las medidas de control, solo al deber de diligencia del administrador.

⁵⁰⁸ En el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal del año 2013, que no acabó incorporándose al texto legislativo aprobado por Ley 1/15, de 30 de marzo.

¿Es el artículo 31 bis apartado 2 del Código Penal una fuente de deber jurídico⁵⁰⁹ o una manifestación del fenómeno de la auto-regulación regulada (*soft law*) que ofrece como incentivo la exoneración de responsabilidad penal para la empresa?

Y no solo para la empresa, sino que, al hacer el Código Penal expresa referencia al Órgano de administración como responsable de adoptar dichos modelos⁵¹⁰, la no adopción ¿puede situarle en una posición de omisión relevante penalmente si llega a considerarse que eso ha favorecido la comisión de ilícitos en la empresa⁵¹¹ o, cuanto menos, debido a que la no adopción de estos modelos por parte del administrador, ha llevado a la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica?

¿Es el establecimiento de programas de prevención de delitos un deber (jurídico indirecto o penalmente reforzado) establecido en el Código Penal para los administradores, concreción de su deber de diligencia debida o control de la sociedad establecido en la legislación mercantil⁵¹²? ¿O es una condición que permite, a título de opción, la exoneración de responsabilidad penal a la empresa que dirige y administra?

⁵⁰⁹ A favor de un verdadero “deber de control” se pronuncia DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dirs.): *El derecho penal económico en la era Compliance...*, *op. cit.*, pp. 165-187. Así, por ejemplo, puede leerse: “este deber, como todos los que tienen como destinataria a una persona jurídica, obliga a realizar tareas que han de ser desempeñadas por distintas personas físicas. Los administradores serán en primera instancia los responsables de que las tareas que comporta dicho deber (prevención y detección de cierto tipo de delitos cometidos en provecho de la entidad) sean llevadas a cabo...”

⁵¹⁰ Artículo 31 bis apartado 2.1, no así expresamente en el caso del apartado 4, delitos cometidos por los subordinados.

⁵¹¹ En la línea del ya mencionado artículo 286.6 que formaba parte del proyecto de reforma del Código Penal del año 2013 pero que no acabó incorporándose al texto final de la Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, por las críticas doctrinales que había recibido y su discutible respeto a los principios más básicos del Derecho Penal.

⁵¹² A favor del deber jurídico-penalmente reforzado del órgano de administración –derivado de su deber de vigilancia- de implementar un programa de cumplimiento se pronuncia también SILVA SÁNCHEZ, J.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial..., *op. cit.*, pp. 79-104.

Más claro estaba en la redacción del proyectado artículo 286.6 del Código Penal⁵¹³ que finalmente no se introdujo en el redactado de la Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, que aprobó el Congreso de los Diputados. Dicho artículo tipificaba un verdadero delito de omisión pura para el administrador que no hubiera adoptado medidas de control en la organización dirigidas a prevenir delitos y, entre ellas, que no hubiera nombrado o supervisado al *Compliance officer*, cuando se hubiera dado inicio a la ejecución de un delito en el seno de la empresa que pudiera haber sido evitado o dificultado con dichas medidas de control.

Así como sucede en el ordenamiento jurídico alemán, aunque, en ese caso, en sede administrativo-sancionadora⁵¹⁴, bajo el artículo 286.6 del Proyecto de reforma del Código Penal un administrador podía ser sancionado si incumplía sus deberes de vigilancia y control, omitiendo (dolosa o imprudentemente) la adopción de medidas de vigilancia y control necesarias para la evitación de delitos, entre ellas, la omisión de vigilancia del personal supervisor, siempre que hubiera dado inicio a una actividad delictiva favorecida por dicha omisión⁵¹⁵.

⁵¹³ El citado artículo 286.6 del Código Penal constituía una sección denominada “*Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas*” y preveía el siguiente tipo delictivo: “1. *Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida. Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, Y VIGILANCIA del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis. 2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses. 3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas.*” (los subrayados son nuestros).

⁵¹⁴ Cfr. el apartado 130 de la OWiG, del cual se desprende, junto con el general deber de diligencia del empresario, la obligación de implementar sistemas de cumplimiento, al sancionar a los administradores que no hayan cumplido su deber de supervisar a los subordinados, cuando dicho incumplimiento ha facilitado la comisión de un hecho delictivo por parte del empleado.

⁵¹⁵ Suponiendo que el administrador sería condenado en concurso de delitos, con el delito en cuestión que no evitó y al que se dio inicio; lo que, además de rozar la vulneración del *non bis in idem* (pues no cabía fundamentar lo contrario en que el bien jurídico o sujeto afectado en los dos delitos

De modo que, podemos decir, se intentó que los administradores respondieran penalmente por la no adopción de medidas destinadas a la prevención de delitos (eso sí, cuando se demostrara que esas medidas podían haber evitado la comisión de un delito que ya había dado su inicio), entre ellas, que no hubieran contratado, con acierto además (“*selección cuidadosa*”), y vigilado, a ese órgano supervisor al que debía confiarse la labor preventiva de la empresa.

Bajo esa redacción, se constituía un claro deber jurídico al administrador de adopción de modelos de prevención de delitos y de vigilancia al administrador respecto a la conducta del *Compliance officer*, aunque no existiera ley base que estableciera dicha obligación⁵¹⁶, contrariamente a lo que sucede de *lege lata*, régimen bajo el cual, la adopción de los modelos de organización y gestión se configura como una “*opción exoneratoria*” que otorga el Código Penal.

Pero es que, con carácter añadido, tal y como también fue enormemente denunciado por la doctrina⁵¹⁷, los presupuestos del Derecho Penal no sostenían un injusto de peligro en el que la conducta de un tercero podía imputarse al sujeto que no había adoptado unas medidas que quizás en ningún caso hubieran evitado la comisión del delito, o que suponían el aprovechamiento de esa no adopción por parte de un tercero⁵¹⁸.

era dispar), constituía un adelanto de las barreras de protección del Derecho Penal cuanto menos discutible.

⁵¹⁶ Tampoco hay ninguna ley que establezca la prohibición de matar o violar a una persona y sin embargo hay un delito que castiga esos comportamientos y nadie se plantea si es un deber, o no, no matar o no violar. Sobre ello se ha pronunciado la doctrina: “el derecho penal no puede establecer *ex novo* una obligación legal” había manifestado NIETO MARTÍN, A.: “La institucionalización del sistema de cumplimiento”..., *op. cit.* pp. 187-203.

⁵¹⁷ Especialmente crítico se manifestó NIETO MARTÍN, A.: “La institucionalización del sistema de cumplimiento”, *op. cit.* También LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 301-337.

⁵¹⁸ Aunque lo que se imputaba al administrador no era el resultado de dicha omisión (el delito cometido por un tercero) sino el injusto de peligro por la no adopción de unas medidas de control.

Suponemos que todas las referidas argumentaciones técnicas se constituyeron en una especie de presión dogmática para el legislador que se tradujo en que dicho artículo nunca vio la luz.

Sin embargo, tal y como diremos en relación con la posible responsabilidad penal del *Compliance officer*, el hecho de que no exista un tipo penal específico de omisión (pura o impropia), no quiere decir que no puedan aplicar los presupuestos generales del Derecho Penal para la atribución de responsabilidad.

Así, sigue siendo valorable penalmente si la no adopción de medidas de prevención de riesgos penales en la organización por parte del administrador puede llegar a considerarse una omisión penalmente relevante (basada en un deber específico de actuar con origen legal: artículo 225.2 LSC o un actuar precedente cual sería propiamente el ejercicio de la libertad de empresa), que ha creado un aumento del riesgo concretado en la lesión de un bien jurídico. Se entrará sobre ello someramente en el siguiente apartado.

Esta exigencia se hace especialmente evidente en aquellos tipos de empresas con actividades sociales peligrosas o en sectores de mercado especialmente arriesgados o con un tamaño especialmente significativo como para requerir en un análisis *ex ante* el establecimiento de esos modelos o estas medidas para garantizar un debido control en la organización⁵¹⁹.

De lo que no cabe duda es que el Órgano de administración de la sociedad quizás no sea el encargado de la ejecución material del control en la organización, pero sí se configura como el órgano responsable de que exista una buena dirección y control en la organización, y para ello deberá adoptar los mecanismos que considere necesarios, siempre de forma diligente.

⁵¹⁹ En este sentido, entre muchos otros, *vid.* REICHERT, J.: “Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 3/2011, pp. 113-123. Disponible en www.zis-online.com, quien destaca que no se trata tanto de valorar si existe una obligación legal de implementar estos programas (directa o indirecta, añadiríamos nosotros) sino de analizar si con la implementación se ha conseguido la reducción de un riesgo a un nivel jurídicamente tolerable.

Esto es, el Órgano de administración ostenta una labor estructural, organizativa y decisoria, intrínseca al gobierno y gestión de la empresa, cometido principal de la administración empresarial, de la que no puede desentenderse ni en su establecimiento ni en su mantenimiento.

Pero situándonos en un escenario en el que el Órgano de administración de una sociedad ha decidido adoptar un modelo de organización y gestión, dirigido a tratar de prevenir delitos (como manifestación de las medidas de dirección y control que debe adoptar en la sociedad, *ex* artículo 225.2 LSC), entremos a continuación en la determinación de qué obligaciones le corresponden en ese proceso.

El Órgano de administración será quien aprobará la política de prevención de riesgos de la empresa (decidiendo con ello donde sitúa el linde del riesgo permitido, el denominado “apetito de riesgo”), así como aquellos documentos que integren los modelos de organización y gestión⁵²⁰ y que verdaderamente supongan la asunción de decisiones de gobierno en la entidad⁵²¹. El resto, corresponderá al *Compliance officer*, como veremos a continuación.

En el mismo sentido, el Órgano de administración es al que compete la aprobación de las modificaciones esenciales de estos documentos, la cual, habitualmente, vendrá reportada por el *Compliance officer*⁵²², en lo que constituye

⁵²⁰ Manual de gestión de riesgos, modelo organizativo, protocolos y procedimientos, medidas concretas de prevención de riesgos, reglamentos del ejercicio de la función del *Compliance officer*, del canal de denuncias, etc.

⁵²¹ A título de ejemplo cuando un órgano deja de ostentar una responsabilidad en materia de gestión de riesgos para ostentarla otro (modelo organizativo), cuando se impone la necesidad de establecer mayores medidas de prevención en un campo determinado con la consiguiente dotación presupuestaria, o cuando un riesgo empresarial ha dejado de ser prioritario, entre otros.

⁵²² O por el departamento de auditoría interna de la empresa, o un auditor externo contratado, quién podrá auditar con la periodicidad que se determine el sistema de prevención de delitos que la empresa tiene implementado para que la funcionalidad, eficacia y aplicación del mismo sea verificada. Los resultados de dicho Informe deberán ser analizados por el órgano de administración.

el resultado de la verificación y actualización periódica exigida por el Código Penal para un modelo de organización y gestión de riesgos eficaz⁵²³.

La aprobación de las modificaciones en los modelos de organización y gestión por parte del Órgano de administración de la entidad es también manifestación de la “*ejecución con eficacia*” de los mismos que, el artículo 31 bis apartado 2.1 del Código Penal, confía, junto con la adopción de los mismos, al Órgano de administración.

Asimismo, preferiblemente será el Órgano de administración el que, dentro de dichos modelos de organización y gestión, nombrará al *Compliance officer* o al OVC⁵²⁴, efectuando con ello el correspondiente juicio de idoneidad para el desempeño de tal función y la importante identificación de las funciones que le otorga, dotándole, con carácter añadido, de los medios necesarios (también económicos) para que pueda desarrollar adecuadamente dichas funciones, como exige la ley⁵²⁵, “*con poderes autónomos de iniciativa y control*”.

El Órgano de administración deberá asegurarse de que el/los profesional/es asignados para desarrollar las funciones en materia de prevención de riesgos, ostentan los conocimientos, autoridad y experiencia suficientes para desarrollar su cargo de manera idónea para el fin que se propone.

Y es que el Órgano de administración ostenta la obligación de valorar periódicamente la materia de la prevención de delitos, auténtica política (de riesgos) de la entidad, examinando tanto los programas de prevención, su

⁵²³ Punto 6º del apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal: “Realizar una verificación periódica del modelo y su eventual modificación cuando se ponga de manifiesto una infracción relevante de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”

⁵²⁴ Aunque, como hemos visto, no se dispone así expresamente en la ley (artículo 31 bis apartado 2.2º: la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos ha sido confiada a...) y dicha contratación o configuración del órgano podría recaer también en la Dirección General de la empresa, no teniendo porque realizarla, a título de exclusividad, el órgano de administración. Sin embargo, también puede considerarse que al ser la designación de tal órgano parte intrínseca de estos modelos y corresponder su adopción al Órgano de administración, la constitución del mismo corresponde en exclusiva a éste último.

⁵²⁵ Artículo 31 bis apartado 2.2 del Código Penal.

desarrollo e incidencias, y si la función del *Compliance officer* se está llevando a cabo de manera satisfactoria o debe mejorar algún aspecto, que incluye, hasta su sustitución en caso de ser necesario (como veremos más adelante, el poder de revocación de la delegación)⁵²⁶.

Ese deber de monitorización se incluye en el deber del empresario de mantener la organización dentro del riesgo permitido y bajo políticas efectivas de supervisión, vigilancia y control de los riesgos propios de la actividad.

Asimismo, el Órgano de administración deberá velar por el establecimiento y respeto de una verdadera cultura de cumplimiento con la Ley en la entidad (*tone from the top*), cuyo primer paso será, como hemos visto, la aprobación de un Código Ético (el cual deberá hacer conocer tanto dentro como fuera de la entidad: a sus grupos de interés) y una política de prevención de delitos en la entidad.

Pero no acabará ahí, sino que dicho compromiso con la prevención de delitos deberá demostrarse en el día a día y mediante la toma de decisiones oportunas que pueden llevar a rescisiones contractuales con proveedores que no respeten su Código Ético o política de prevención de delitos, sanciones disciplinarias a empleados o destitución de cargos intermedios o directivos de la entidad que toleren prácticas contra Ley.

Las USSG han enfatizado en su Informe denominado *Report of the Ad Hoc Advisory Group on the organizational sentencing guidelines*⁵²⁷, el importante papel del órgano de administración de la empresa en el programa de prevención de delitos, con la finalidad de que se involucren en el sistema y cumplan el cometido de su cargo.

⁵²⁶ Es el “deber de procurarse información” según denomina ROBLES PLANAS, R.: “El responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) ante el Derecho Penal” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013, pp. 319-330. En el mismo sentido, configurándose como auténtico deber del Órgano de administración, la LSC en su artículo 225.3.

⁵²⁷ Puede consultarse en www.usc.gov/Guidelines.

Así, se establece en la Sección 8B2.1 de las referidas USSG que la Directiva de la entidad debe tener conocimiento del contenido y ejecución del programa, ejerciendo una supervisión razonable con respecto a la implementación y efectividad del mismo, estableciendo, no obstante, la posible delegación de la “*responsabilidad por la ejecución diaria del programa y cumplimiento efectivo*” en determinados individuos dentro de la organización.

En este mismo Informe, se hace constar igualmente el reporte de esos individuos al órgano de administración⁵²⁸, así como la necesidad de que cuenten con la autoridad y recursos necesarios para el desempeño de su función.

Lo dicho hasta aquí incide principalmente en la “adopción” de los modelos de organización y gestión, primera de las referencias del artículo 31 bis apartado 2.1 del Código Penal⁵²⁹.

Pero, como hemos citado anteriormente, dicho artículo también hace referencia a la “*ejecución con eficacia*” de dichos modelos por el órgano de administración.

El problema está en delimitar ese “*ejecutar con eficacia*” a efectos de la responsabilidad del órgano de administración y establecer las fronteras, si las hay, con la “*supervisión del funcionamiento y cumplimiento*” de dichos modelos que se atribuye al *Compliance officer*, ex artículo 31 bis apartado 2.2 del Código Penal, si se quiere lograr la exoneración de responsabilidad penal. Entraremos en ello en el correspondiente apartado.

Llegados a este punto, y por lo ilustrativo de la comparación con la materia que nos ocupa, se trae a colación la regulación administrativa de las obligaciones del Órgano de administración de las sociedades en materia de prevención de riesgos laborales.

⁵²⁸ En concreto se hace constar: “los individuos que respondan de la ejecución deberán dar cuentas diariamente al personal de alta dirección y, en su caso, a la directiva o a un comité de la directiva, en torno a la efectividad del programa.”

⁵²⁹ “La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1ª. el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión....” (el subrayado es nuestro).

Encontramos que el espíritu y finalidad es el mismo (promover la integración eficaz de la prevención de riesgos en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de las actividades como en todos los niveles jerárquicos de la misma), y el sistema de gestión de riesgos que hay detrás muy similar⁵³⁰.

Tal y como sucede con la novedosa materia de la prevención de riesgos penales, la planificación de la actividad preventiva en el ámbito laboral se debe configurar desde el momento mismo del diseño del proyecto empresarial y prever su actualización periódica en cuanto a identificación de riesgos y efectividad de las medidas de prevención implementadas.

Sin embargo, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, una ley y un reglamento regulan la materia, dotando de seguridad jurídica a las responsabilidades de todos los intervinientes. Se trata de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/95, de 8 de noviembre (en adelante, LPRL) y el Real Decreto 39/97, de 17 de enero (en adelante, RDRL).

Así, la LPRL establece cuales son los deberes concretos del administrador en esta materia de la prevención de riesgos: proporcionar equipos de trabajo y medios de protección a los trabajadores (artículo 17); proporcionar información sobre riesgos a los trabajadores (artículo 18.1) y formación (artículo 19), entre otros.

Así mismo, el artículo 16 de la LPRL recoge determinadas obligaciones sobre el diseño del plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos y planificación de actividad preventiva para el empresario⁵³¹.

⁵³⁰ Incluso podemos encontrar referencias en la legislación de prevención de riesgos laborales a los tan oídos en el mundo del *Compliance* Penal “mapas de riesgos”. Así puede leerse en su artículo 10 b) “la implementación de sistemas de información adecuados que permitan la elaboración, junto con las autoridades laborales competentes, de mapas de riesgos laborales (...)”

⁵³¹ “Los términos categóricos en que se expresa la LPRL van dirigidos siempre al empresario, instituyéndole en el protagonista único de cada precepto”, dice PAVÍA CARDELL, J.: “Responsabilidad penal por el siniestro laboral: una guía para la imputación personal”, *La Ley Penal*, número 19, 2005, pp. 17-50. Y continúa: “se habla así de una deuda de seguridad que implica la obligación del empresario de garantizar la indemnidad del trabajador para devolverlo en las mismas condiciones iniciales (artículo 14.1 LPRL).”

A mayor abundamiento, en la legislación laboral se prevé que el Gobierno regule, a través de las correspondientes normas reglamentarias, distintas materias en el campo de la prevención de riesgos laborales tales como: procedimientos de evaluación de riesgos, normalización de metodologías o guías de actuación preventiva, así como modalidades de organización, funcionamiento y control de los servicios de prevención.

En definitiva, el empresario es, en el ámbito de prevención de riesgos laborales, como lo es en general con los riesgos empresariales que puedan emanar de la entidad que él administra, el responsable de la organización preventiva y de su mantenimiento dentro del riesgo permitido⁵³².

Es decir, y como conclusión de este apartado, el Órgano de administración no tiene la obligación de implementar un modelo de prevención de delitos, pero sí de implementar medidas de control en la sociedad. Habiendo optado por implementar un tal modelo de prevención como manifestación de su deber de diligencia en relación con la adopción de medidas de control en la sociedad (artículo 225.2 LSC), sus obligaciones reposan en la aprobación de los términos esenciales de dicho modelo en cuanto a política empresarial, así como de sus modificaciones sustantivas, esto es, las que pueden constituirse como a decisiones empresariales (nivel del riesgo permitido, adopción o no de medidas de prevención en un determinado ámbito, estructura organizativa de la prevención de la entidad, dotación económica, etc.)

En todo caso, existe el riesgo de que la no adopción de dichos modelos, ni de ninguna medida sustitutiva de control en la entidad, se considere omisión penalmente relevante con base legal en el artículo 225.2 LSC, si de algún modo contribuyó a la facilitación del delito finalmente evidenciado o, como veremos a

⁵³² El artículo 14.2 LPRL constituye al empresario como garante eterno de la seguridad de sus trabajadores al citar que: “el empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no hayan podido evitarse y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención.”

continuación, conducta contraria a su deber de diligencia frente a la sociedad (artículo 225.2 LSC) al poner a ésta en riesgo de imputación penal, cometido un delito en su seno.

B. La posición de garante del administrador.

a. Planteamiento.

Si en el apartado anterior se han tratado de concretar los deberes del administrador (*ex lege*) en la materia de la prevención de delitos cometidos bajo la “cobertura empresarial”, en el presente apartado analizaremos si, además de ello, ostenta el administrador un deber de evitar resultados lesivos, esto es, una posición de garante⁵³³ o un deber de evitación⁵³⁴.

La determinación de la posición de garante es, según la más reputada doctrina, una de las tareas más difíciles de la Parte General⁵³⁵.

Y es que, no todo deber jurídico se erige en posición de garantía automáticamente⁵³⁶, ya que la posición de garantía es una situación de especial responsabilidad en la que se encuentran determinados sujetos respecto a ciertos bienes jurídicos. Aquella se deriva de su especial relación

⁵³³ Sobre la posición de garantía de la empresa puede leerse extensamente el trabajo de ARROYO ZAPATERO, L.: *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981.

⁵³⁴ Aspecto que, por otra parte, abre el debate entre si la posición de garantía original no corresponde en realidad a los socios más que a los administradores tal y como analiza SILVA SÁNCHEZ, J.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial..., *op. cit.*, pp. 79-104, manifestando que es una cuestión poco estudiada a día de hoy desde el punto de vista dogmático.

⁵³⁵ En este sentido cfr. JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación* (traducción de CUELLO CONTRERAS, J./ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.), Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 968, quién efectúa en profundidad un estudio sobre las distintas posiciones de garante en JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General...*, *op. cit.*, pp. 964-1009.

⁵³⁶ En este sentido, Lascuraín Sánchez ofrece el ejemplo del delito de omisión del deber de socorro previsto y penado en el artículo 195 del Código Penal para distinguir un deber penal (como pudiera ser el del artículo 195) de una posición de garantía. Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)...”, *op. cit.*, p. 318, considerando que en ocasiones el deber jurídico (obligaciones que emanan de la ley) o el deber penal (prohibiciones constitutivas de delito) no constituyen posiciones de garantía automáticamente.

con ellos, que obliga al sujeto a garantizar su indemnidad, mediante la realización de una acción positiva para impedir un resultado lesivo⁵³⁷.

Esa especial relación podemos encontrarla entre el administrador y la empresa que dirige y administra, respecto a la que se le reputa un deber de diligencia, principalmente dirigido a evitarle daños y perjuicios⁵³⁸. Una administración leal⁵³⁹ y diligente. Por ello, una primera delimitación de la posición de garantía del administrador sería respecto a los daños que pueden producirse a la empresa, como pudiera ser, una declaración de responsabilidad penal (derivada del no establecimiento de modelos de prevención de delitos, por ejemplo).

Una segunda delimitación de su posición de garante sería frente a sus empleados. Así, el empresario ostenta el deber de garantizar la indemnidad de sus trabajadores, una posición de garante respecto a la vida y salud de éstos⁵⁴⁰ que tiene su origen en la ley (LPRL), como veremos a continuación.

⁵³⁷ Cfr. JESCHECK, H./ WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal, Parte General* (traducción de OLMEDO CARDENETE, M.), Editorial Comares, Granada, 5ª edición, 2002, p. 552, afirma que la posición de garantía no es un simple deber de actuar, sino un deber de impedir que el resultado lesivo se produzca. SILVA SÁNCHEZ, J.M./ PASTOR MUÑOZ, N./ MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “La responsabilidad penal de los administradores...”, *op. cit.*, edición digital, lo define como “compromiso concreto asumido por un sujeto que actúa como barrera de protección de ciertos riesgos.”

⁵³⁸ Artículo 236 LSC: Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

⁵³⁹ Asimismo, el deber de lealtad del administrador respecto a la sociedad que representa se regula en el artículo 227 LSC: “1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. 2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.”

⁵⁴⁰ Además de ello, sobre dicha posición de garante pivota el delito de omisión impropia del artículo 316 y siguientes del Código Penal. Aunque en este caso, el tipo del artículo 316 es más acotado y se refiere a la conducta de “no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desarrollen su actividad en términos de seguridad” y no en relación a los deberes en genérico del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, siendo la mayor parte de la doctrina partidaria de englobar en el descripción del tipo delictivo solo la no facilitación de equipos de trabajo,

La diferencia entre el deber de proteger la seguridad y salud de los trabajadores y la posición de garante es el compromiso que además adquiere el garante respecto a la evitación de daños que puedan lesionar el bien jurídico vida o seguridad.

Sin embargo, en el marco de la actividad empresarial⁵⁴¹, no sólo pueden producirse daños a la sociedad y a empleados sino también a terceros. Para algunos autores⁵⁴², el administrador solo será garante de aquellos sucesos dañosos que deriven directamente de procesos productivos de la empresa, y no de otros⁵⁴³. Sin embargo, dicha clasificación es problemática por cuanto, ¿qué es un resultado lesivo que derive propiamente del proceso productivo de la empresa?, ¿sólo los delitos contra la salud pública si la empresa se ubica en el sector de la alimentación, o los delitos contra el medio ambiente, si la empresa pertenece al sector químico?

formación e información en materia de prevención de riesgos laborales y no el no planificar la actividad preventiva o no evaluar los riesgos en materia de prevención de riesgos laborales. En este sentido, *cfr.* RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: “Análisis de la responsabilidad penal de los técnicos en prevención de riesgos laborales, recursos preventivos y coordinadores de seguridad, a la luz de los artículos 316 y 317 del Código Penal”, *La Ley Penal*, número 103, 2013, edición digital.

⁵⁴¹ En este sentido, *cfr.* JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, cuando se manifiesta a favor de que todas las acciones realizadas en el marco de la empresa son siempre también acciones que se encuadran en el círculo de organización de su titular.

⁵⁴² De forma muy ilustrativa LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales” en NIETO MARTÍN, A. (Dir): *Manual de cumplimiento penal en la empresa...*, *op. cit.*, pp. 166-185, diferenciando entre delitos contra el medio ambiente que sí pudieran ser consecuencia de procesos empresariales, de delitos de corrupción o blanqueo de capitales que, en su opinión, no lo serían. En el mismo sentido, NIETO MARTÍN, A.: “La institucionalización del sistema de cumplimiento...”, *op. cit.*, pp. 187-203.

⁵⁴³ “Delitos vinculados al establecimiento”, es decir, aquellos delitos que pueden cometerse como consecuencia de la actividad de la empresa, y no con ocasión de la misma. En DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en DEMETRIO CRESPO, E./ SERRANO PIEDECASAS, FERNÁNDEZ, J.R.: *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Editorial Colex, Madrid, 2008, p. 69, reconociendo que la delimitación de los delitos que entran dentro de ese perímetro es confusa: sobornos de funcionarios, vulneraciones de la competencia, acciones fraudulentas frente a los clientes de la empresa, etc.

Nos parece más acertada la delimitación de la posición de garantía del administrador, en función de los daños que éste puede evitar, si se encuadran en la esfera concreta de su competencia⁵⁴⁴.

Y es que el administrador no puede ostentar una posición de garantía sobre la evitación de cualquier delito o suceso dañoso que se produzca en la empresa⁵⁴⁵. Solo respecto a aquellos que, con los mecanismos propios de su esfera de actividad, puede evitar. Así, la esfera de la competencia del administrador es la gestión y representación de la sociedad⁵⁴⁶.

Según la definición de la RAE, se entiende por gestión: (i) llevar adelante una iniciativa o un proyecto; (ii) ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo, y (iii) manejar o conducir una situación problemática.

Otras acepciones de “gestión” definen a ésta como la asunción y ejercicio de responsabilidades sobre un proceso (es decir, sobre un conjunto de actividades) lo que incluye: la preocupación por la disposición de los recursos y estructuras necesarias para que tenga lugar, y la coordinación de sus actividades (y correspondientes interacciones).

Por lo tanto, podríamos decir que la competencia del administrador es de organización, gobierno y gestión estratégica de la empresa, disponiendo de

⁵⁴⁴ Sobre ello se pronuncia SILVA SÁNCHEZ, J.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial..., *op. cit.*, p. 91, planteándose el fundamento de tal posición de garantía del administrador que, en principio, más que a terceros, se debe a la empresa. El autor aprecia el fundamento de esa posición de garantía si el resultado lesivo se da dentro de la empresa pero no si se da fuera, aunque no se mantiene ajeno a los postulados más modernos de la responsabilidad social corporativa. Por ello, este autor diferencia al administrador como garante de protección respecto a la evitación de daños para la empresa de garante de control respecto a la evitación de daños para terceros derivados de la actividad empresarial.

⁵⁴⁵ Puede leerse sobre ello en DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, 28/2009, pp. 195-225.

⁵⁴⁶ Artículo 209 LSC: es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.

los recursos necesarios para su debido funcionamiento y coordinando las distintas actividades.

Y ello tiene dos vectores: la dirección y el control. Por ello, la LSC le confina a “*adoptar las medidas necesarias para la buena dirección y control de la sociedad.*”

En este sentido, y retomando el análisis de su eventual posición de garantía, el administrador debe evitar daños que deriven de la esfera concreta de su competencia, en la cual está la organización diligente de los recursos societarios para encaminarlos al fin social⁵⁴⁷.

El administrador ostenta pues una clara posición de garante sobre la evitación de sucesos lesivos para terceros que deriven de una deficiente organización societaria, una falta de coordinación interna, una insuficiente dotación de recursos para que la actividad se lleve a cabo con la diligencia debida⁵⁴⁸.

El problema, de cara a la imputación de responsabilidad al administrador, es que eso pueda resultar un tanto vago por excesivamente genérico o de difícil concreción.

⁵⁴⁷ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, J.M./ PASTOR MUÑOZ, N./ MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “La responsabilidad penal de los administradores...”, *op. cit.*, edición digital: “más allá de los deberes jurídicos que le vinculan a realizar una administración diligente, no asume ningún compromiso de garante respecto a un determinado ámbito funcional de la empresa. Sin embargo, y en línea con lo que aquí se ha apuntado, este autor también manifiesta que: “ahora bien, en algunos supuestos, es cierto que la realización delictiva se explica por una carencia organizativa proveniente del ámbito de competencia de la administración general de la empresa. Si esto es así, la infracción del empresario no es, a efectos de imputación, independiente del delito del subordinado.”

⁵⁴⁸ DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en DEMETRIO CRESPO, E./ SERRANO PIEDECASAS, FERNÁNDEZ, J.R.: *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Editorial Colex, Madrid, 2008, p. 79 concreta el deber de garante del empresario en la adopción de medidas de salvamento y medidas de seguridad complementarias. Las segundas serían aquellas que deben sustraer a las personas de la esfera del riesgo cuando este ya se ha convertido en peligro concreto para éstas, y las primeras serían aquellas que tienen por objeto neutralizar el riesgo para que no supere el nivel de riesgo permitido.

Por ello, algún autor se ha mostrado favorable a tratar de concretar más la atribución de responsabilidad al administrador, y no fundamentarla en un genérico deber de control⁵⁴⁹. Ello será posible en aquellas situaciones en las que pueda hallarse el concreto actuar que debiera haber realizado el administrador para evitar el resultado dañoso, “*situaciones concretas de garantía*”⁵⁵⁰, respecto de las cuales ha asumido por algún motivo un deber de contención de riesgos.

Por ejemplo, ello puede ocurrir si el administrador pudo evitar la comisión de un determinado tipo de delitos dotando de más recursos económicos la prevención de los mismos, porque existía un asesoramiento o requerimiento por parte de algún directivo o subordinado en tal sentido, subrayando esa necesidad, y el administrador por negligencia o conscientemente, la omitió.

La atribución de esa posición de garantía al administrador también dependerá del reparto de competencias que éste haya hecho a directivos, y éstos a su vez a subordinados, y las competencias que se haya reservado para el Órgano de administración. Por lo tanto, determinadas decisiones de gestión empresarial recaerán en exclusiva en el ámbito de competencia del directivo más que del administrador.

Y en este punto, habrá que estar al análisis de la relación administrador-directivo. Así, si esta se considera una delegación de funciones, los deberes

⁵⁴⁹ Sobre la responsabilidad por omisión en estructuras organizadas y el deber de control de superior jerárquico respecto a su subordinado, la STS 1193/2010, de 24 de febrero, advierte que “no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior, y pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo. Dicha responsabilidad penal se extiende a aquellas actividades o actuaciones que ordinariamente no generan peligro para terceros, si en el caso concreto, el directivo conoce la existencia del riesgo generado y la alta probabilidad de que supere el límite del riesgo jurídicamente permitido”, concluyendo que “el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado o no actúa para impedirlo.”

⁵⁵⁰ Así las denomina SILVA SÁNCHEZ, J.M./ PASTOR MUÑOZ, N./ MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “La responsabilidad penal de los administradores...”, *op. cit.*, edición digital.

del administrador sobre el directivo serán los del delegante respecto al delegado, unos deberes de supervisión que, dependiendo de la peligrosidad de la actividad empresarial o de la situación coyuntural, se reforzarán (entraremos en ese análisis a continuación).

Sin embargo, y al amparo de la LSC, los únicos delegados del Órgano de administración son el consejero delegado o las Comisiones que éste hubiera constituido⁵⁵¹.

Los directivos, pueden ser designados por el Órgano de administración, y como veremos a continuación, la supervisión de éstos por el Órgano de administración es facultad indelegable si los ha designado el mismo (artículo 249 bis LSC).

Por lo tanto, los directivos aunque propiamente no puedan ser considerados órganos delegados del Órgano de administración⁵⁵², al amparo de lo previsto en los artículos 124.2 y 185.3 del Reglamento del Registro Mercantil, su supervisión corresponde de forma indelegable al Órgano de administración si han sido designados por éste, lo que implica, a efectos de la eventual posición de garantía del administrador por sucesos lesivos originados en el ámbito de competencia propia del directivo, que el administrador podrá ser declarado responsable si no ha supervisado adecuadamente al directivo.

Además, el hecho de que el directivo no sea órgano delegado del administrador *ex lege* no implica que no pueda recibir, en delegación, ciertas facultades propias de éste, como, por ejemplo, la gestión (operativa) de la

⁵⁵¹ Al amparo de lo previsto en artículos 124.2.d y 185.3.d del Reglamento del Registro Mercantil, como en el artículo 249 LSC “Delegación de facultades del Consejo de Administración.”

⁵⁵² Sobre la atribución de responsabilidad individual en contextos de delegación de funciones se ha escrito mucho por parte de la doctrina, si bien, no todo puede configurarse propiamente como una delegación de funciones. Así, puede verse LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales...”, *op. cit.* y FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, *La Ley Penal*, número, 40, 2007, pp. 5-25.

entidad en un ámbito funcional o, la representación, con el otorgamiento a su favor de determinados poderes.

Respecto a los subordinados de los directivos, mandos intermedios y empleados, su supervisión entrará dentro del ámbito de competencia de aquéllos, ostentando el administrador respecto a ellos un deber de vigilancia estructural, esto es, de asegurarse de que la estructura de control que ejerce el directivo en su parcela de competencia y, en concreto, la supervisión de sus empleados, es correcta.

Lógicamente ello es así en grandes organizaciones, en las que no existe una jerarquía puramente lineal sino que los ámbitos de competencia estén diversificados.

Por el contrario, en el caso de una pequeña empresa, el administrador puede ejercer un poder de mando real sobre sus subordinados, al darles instrucciones directas como superior jerárquico. En esos casos, su posición de garante respecto a los sucesos delictivos que estos desaten, exige el ejercicio de una correcta supervisión sobre éstos.

b. Fundamento.

Existe una corriente jurisprudencial que sitúa el fundamento material de la posición de garantía del administrador en el control de las fuentes de riesgo que se encuentran dentro de la esfera de dominio del propio sujeto, y que ubica ahí a los subordinados en la estructura jerárquica, si sobre ellos ostenta un real poder de mando⁵⁵³.

⁵⁵³ Entre muchas otras STS 1828/2002, de 25 de octubre o la STS 257/2009, de 30 de marzo, que fundamenta la posición de garante del empresario sobre sus subordinados en el dominio sobre una determinada fuente de peligro, que en este caso constituye el peligro emergente de un subordinado. Añadiendo, la segunda de las sentencias referidas que: “en tales casos, se ha sostenido incluso que el fundamento del deber de garante derivado de la autoridad, tiene una significación independiente, tanto respecto de un hecho anterior peligroso como de una libre aceptación de la posición de garante, pues se entiende que se trata del dominio sobre una determinada fuente de peligro, análogo al que rige para los peligros provenientes de cosas, pero que, en este caso, está referido a peligros emergentes de personas.”

Sin embargo, como acabamos de citar, tal poder de mando solo se dará en las pequeñas organizaciones pero no en las medianas o grandes, en las que el administrador no ostentará un deber de mando real sobre los subordinados, sino un poder de mando meramente estructural, a diferencia de lo que ocurre sobre los órganos realmente delegados (consejero delegado y comisiones) o los órganos cuya supervisión tiene atribuida por ley (artículo 249 bis LSC: los directivos).

Otros posibles fundamentos de la posición de garante del administrador se encuentran en la ley, si bien no de forma tan clara como en el caso de la prevención de riesgos laborales (sí, no obstante, en un deber general de diligencia y control del artículo 225.2 LSC).

No creemos que el actuar precedente (entendiendo por este la libertad de empresa) pueda constituir una fuente de la posición de garante del administrador⁵⁵⁴, por cuanto: (i) el actuar precedente debería haber ocasionado un peligro próximo y adecuado para la producción del daño (cosa que no se dará con la constitución de la empresa y el resultado dañoso creado por prohibición de regreso), (ii) el comportamiento hubiera tenido que ser objetivamente antijurídico aunque no culpable (tampoco lo es la constitución de la empresa), y (iii) la infracción del deber hubiera tenido que consistir en la vulneración de una norma orientada a la protección del bien jurídico⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ A favor, en la doctrina española, *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario” en *Hacia un Derecho Penal europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 209-227, quien situaría la posición de garantía del empresario tanto en el dominio de una fuente de riesgo voluntariamente aceptada como en el actuar precedente, así como DEMETRIO CRESPO, E.: *Responsabilidad por omisión del empresario*, Editorial Iustel, Madrid, 2009, p. 91.

⁵⁵⁵ En este sentido, JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993, p. 568.

Sin embargo, las fuentes formales de la posición de garante tienen detrás una fuente material que origina el especial deber jurídico de actuar que menciona el artículo 11 CP.

Es el caso de la protección de daños a los trabajadores que recae en el empresario tanto con origen en la ley (LPRL) como con origen material en su deber de vigilancia de una fuente de peligro como puede ser la maquinaria, equipamientos o situaciones de trabajo peligrosas a las que los exponen.

En conclusión, no es tarea fácil delimitar la posición de garante del empresario respecto a la evitación de resultados lesivos que pueden cometer empleados o directivos de la empresa contra bienes jurídicos ajenos.

Partiendo de esa realidad, podríamos concluir con una serie de postulados: (i) el Órgano de administración es indiscutiblemente garante de la evitación de resultados lesivos a la persona jurídica que dirige y administra, y a sus empleados; (ii) el problema se suscita en la determinación de su posición de garante frente a terceros que no conformen la organización societaria, (iii) frente a terceros, el administrador solamente es garante de la evitación de daños que deriven de una deficiente organización societaria en cuanto al control de riesgos, coordinación de actividades, dotación presupuestaria, por cuanto a él competen dichos deberes de gestión estratégica empresarial y está dentro de la esfera de su competencia evitar que ello sea así; (iv) no obstante ello puede resultar excesivamente difuso a efectos de la determinación de su responsabilidad, de manera que habrá que estar al análisis de las circunstancias del caso para advertir si, además, ha nacido una concreta situación de garantía en el administrador (como pudiera ser el no dar trámite a una petición o requerimiento realizado por un subordinado advirtiendo una situación de riesgo que precisaba de su intervención); (v) respecto a la posición de garantía del administrador por los actos llevados a cabo por sus subordinados, cabe decir que los únicos órganos delegados del

administrador respecto a los cuales éste ostenta deberes directos de vigilancia y control son el consejero delegado y las Comisiones que hubiera constituido; (vi) no obstante, y pese a no poderse considerar propiamente como órgano delegado al Órgano de administración, los directivos designados por el Órgano de administración están, por ley, bajo la supervisión indelegable del administrador; (vii) los subordinados a los directivos, también mandos intermedios, están dentro de la esfera de control del directivo, ostentando únicamente el administrador un deber de vigilancia y supervisión estructural (secundario) sobre ellos.

2. El *Compliance officer* y la prevención de delitos.

El *Compliance officer*⁵⁵⁶ u Órgano de Vigilancia y Control (en adelante, “OVC”)⁵⁵⁷ ha adquirido recientemente el título de “*The hottest job in America*”⁵⁵⁸.

Sin duda, se trata de unas de las novedades más significativas de nuestra nueva regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica (introducida por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo que reforma el Código Penal), trasladada de los sectores regulados y traída de allende, en especial del mundo anglosajón, en el que sin duda nos sacan ventaja en el sector del cumplimiento normativo.

⁵⁵⁶ En la denominación importada del mundo anglosajón y adoptada principalmente por los sectores regulados (véase, las sociedades cotizadas o las empresas de servicios de inversión).

⁵⁵⁷ En la denominación propia del ordenamiento jurídico italiano “*Organismo di vigilanza*”, del que deriva nuestra regulación.

⁵⁵⁸ En enero 2014 por el gran número de ocupaciones laborales creadas, así fue etiquetado por el Wall Street Journal. En el mismo sentido, el Diario Expansión se refiere al “empleo de moda entre abogados” en su edición digital de fecha 19 de diciembre de 2016. Tal y como se cita en este Diario, la Guía del Mercado Laboral elaborada por Hays menciona al *Compliance officer* como perfil jurídico más buscado en el 2016.

La figura del “*Compliance officer*”⁵⁵⁹ u “*órgano de cumplimiento*”⁵⁶⁰ que, también podría adquirir la denominación, de “*técnico en prevención de riesgos penales*”⁵⁶¹ en concordancia con lo dispuesto en la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, “LPRL”), está de plena actualidad. Así, las bondades de esta nueva profesión colman las publicidades de los cursos que las universidades y escuelas de negocios más exquisitas ofrecen para formarse en este nuevo perfil profesional.

Y es que dentro de los requisitos *sine qua non* que el Código Penal establece para que el modelo de prevención tenga virtualidad eximente de responsabilidad criminal para la persona jurídica, es el haber confiado la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento de estos modelos de organización y gestión a un órgano de la misma, como garantía de la eficacia del sistema (artículo 31 bis apartado 2.2ª) o manifestación de una de las medidas estructurales que integra el diseño de la prevención de los riesgos penales en una empresa.

Es decir, la existencia de un órgano que vele por el cumplimiento de estos modelos y corrija los incumplimientos detectados por los canales de denuncia que se creen, es una nota más de la eficacia del sistema o una manifestación de que se está ante un modelo de organización empresarial dirigido a prevenir delitos en la entidad.

Así se define en el apartado 2 del artículo 31.2 bis:

“La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implementado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga

⁵⁵⁹ Sobre ello puede leerse en CAMEO CESTERO, M.: “El *Compliance officer*, retos y oportunidades en la empresa española”, *Estrategia financiera*, número 321, Wolters Kluwer España, 2014, pp. 36-39.

⁵⁶⁰ La reciente Norma UNE – ISO 19601 Sistema de Gestión de *Compliance* penal lo define como “órgano de *Compliance* penal”.

⁵⁶¹ Las posibles denominaciones que puede adquirir el órgano no son en este caso un fraude de etiquetas, llevando implícitas las funciones que el mismo va a realizar, auténtico pilar para la definición de eventuales responsabilidades penales como veremos a continuación.

*encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.*⁵⁶²”

Unido a ello, el requisito acumulativo para la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica es el del correcto ejercicio de sus funciones por parte de este órgano.

Así se dispone *a sensu contrario* en el apartado 4 del citado artículo 31.2 bis:

“No se ha producido una omisión o ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª.”

Es decir, el órgano no solo debe existir, sino que debe ejecutar con la diligencia debida las funciones que le han sido encomendadas para que el sistema pueda reputarse eficaz y lograr, llegado el caso, la exoneración penal.

Sin embargo podemos preguntarnos si es compatible esa concepción con el derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución Española. Pues bien, como ocurre con todos los derechos y libertades, aquél no es absoluto sino que debe modularse cuando puede colisionar con el ejercicio de otros derechos y libertades, respetando, además, los límites de la economía de mercado. Asimismo, en virtud del principio de reserva de ley del Estado o las comunidades autónomas, estos pueden establecer unas mínimas disposiciones de seguridad que garanticen la unidad y la planificación de la actividad económica⁵⁶³.

Entre la máxima expresión del liberalismo económico basado en la más pura autorregulación empresarial y el intervencionismo estatal más extremo, existen puntos intermedios más virtuosos⁵⁶⁴. Es decir, no se trata de que el Código Penal exija la constitución de este órgano en todas las empresas de nuestro país, sino de que, aquellas que requiriéndolo, decidan organizar una estructura de prevención

⁵⁶² El subrayado es nuestro.

⁵⁶³ Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional cuando ha desarrollado el artículo 38 de la Constitución, entre otras en las SSTC 96/1984, 64/1990 y 118/1996.

⁵⁶⁴ Un completo análisis de dichos puntos intermedios (auto-regulación, meta-regulación, auto-regulación regulada o co-regulación) puede encontrarse en COCÓ VILA, I.: ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance...*, *op.cit.*, pp. 43-72.

de delitos, obtendrán una serie de incentivos⁵⁶⁵ (básicamente, la exoneración de responsabilidad penal). Así, puede conjugarse el derecho a la libertad de empresa con el cumplimiento de unas disposiciones básicas que garanticen el bienestar social y el orden económico.

Y es que las indicaciones que establece el Código Penal para organizarse de forma tal que se trate de prevenir delitos, no son más que una forma de garantizar el cumplimiento normativo, una de cuyos reversos es el Derecho Penal, que dispone los límites de actuación a la persona física (y ahora también a la jurídica) en lo que supondría la manifestación y libre desarrollo de sus libertades más inherentes.

Otra consideración de carácter general es que el texto de la ley parece llevar a confusión en relación a si la creación de este órgano es un requisito obligado para la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica solo para el caso de los delitos cometidos por los directivos o administradores, o también para el caso de los delitos cometidos por los subordinados.

No obstante, si bien los apartados 2 y 4 del artículo 31 bis establecen requisitos diversos en cuanto a la necesaria existencia de este órgano para el caso de que el delito lo cometan los directivos o administradores o bien los subordinados a éstos, el apartado 5 del artículo 31 bis deja claro que el contenido intrínseco de estos modelos de organización y gestión que permiten la exoneración de responsabilidad es *“la obligación de informar de riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”*, no estableciendo diferencia alguna en el contenido que deben integrar estos modelos para el caso de que el delito se haya verificado por un directivo o administrador, o por un subordinado a éstos.

A. Estructura y composición del órgano.

Ni el Código Penal establece requisito alguno, ni se ha desarrollado ley o reglamento de otra naturaleza que configure esta nueva e importante figura en

⁵⁶⁵ Lo que encaja en el concepto de meta-regulación, según el trabajo anteriormente citado. *Ibid.*, p. 50.

cuanto a composición, estructura o funciones, dando pie a un sinfín de interrogantes y una flagrante inseguridad jurídica al mundo empresarial de cara a la válida constitución de un órgano que puede impedirles, o bloquearles, la exoneración penal⁵⁶⁶.

De manera que debe partirse de las escasas referencias que aparecen en la ley relativas a este órgano para tratar de realizar una interpretación integradora de cómo se está queriendo configurar el mismo por el legislador⁵⁶⁷.

La jurisprudencia italiana que ha recorrido camino desde el año 2001⁵⁶⁸, o la normativa sectorial que efectúa alguna referencia a este órgano, también puede darnos alguna pista (si es que todo ello es trasladable a nuestro ordenamiento jurídico-penal), como veremos a continuación. Asimismo, asociaciones profesionales como ASCOM⁵⁶⁹, publican Libros blancos sobre la función de *Compliance* que pueden coadyuvar en la determinación de las funciones y composición de este nuevo cargo.

El primero de los interrogantes que se suceden es si, al denominarlo “órgano”, debe inferirse que la ley está pensando en un órgano colegiado o un comité⁵⁷⁰ en contrapartida a la posibilidad de que se trate de un órgano unipersonal. La primera de las posibilidades será, sin duda, preferible en organizaciones de gran tamaño en las que las amplias funciones que se atribuyen al OVC pueden resultar

⁵⁶⁶ Y así ha sucedido ya en Italia donde los Tribunales han condenado a personas jurídicas considerando que no se había constituido con corrección el Órgano de vigilancia y control y, en consecuencia, el modelo de prevención de delitos no era eficaz en su conjunto. A título ilustrativo, la Sentencia del Juez de Instrucción del Tribunal de Roma, de 4 de abril de 2003, entrando a discutir sobre el requisito de la independencia; el Tribunal de Apelación de Turín, en su sentencia de 22 de mayo de 2013, reflexionando sobre la autonomía de dicho órgano; Tribunal de Milán, resolución de 20 de septiembre de 2004 o Tribunal de Nápoles, resolución de 26 de junio de 2007.

⁵⁶⁷ Las referencias a “poderes autónomos de iniciativa y control”, “órgano de la persona jurídica” y las funciones que le otorga el Código Penal.

⁵⁶⁸ Año que entró en vigor el Decreto Legislativo 231/2001.

⁵⁶⁹ ASCOM es la primera asociación profesional de *Compliance officers* en España que exige a sus socios una experiencia mínima de dos años para ostentar la condición de socio de la misma.

⁵⁷⁰ En este sentido se ha entendido en Italia al hacer referencia la ley a “organismo”, sin embargo tampoco se ha rechazado por la jurisprudencia que puede constituirse en órgano unipersonal. En España es tanto órgano de administración el Consejo como el administrador único

desproporcionadas para una sola persona o en las cuales las distintas actividades empresariales existentes pueden hacer recomendable un órgano colegiado que integre distintos perfiles y confiera un aire multidisciplinar al mismo, pero nada más que eso⁵⁷¹. Es decir, por órgano puede entenderse tanto órgano colegiado como órgano unipersonal⁵⁷².

En cualquier caso, y de optarse por un órgano colegiado, siempre será recomendable que un Reglamento rija su actividad o los correspondientes Estatutos Sociales⁵⁷³ de la entidad, y se prevea tanto la organización del mismo en cuanto a composición como de toma de decisiones.

Como se profundizará en el correspondiente apartado reservado a la posible responsabilidad penal del *Compliance officer* o el OVC, la toma de decisiones en órganos colegiados constituye un foco para analizar posibles responsabilidades penales por acción u omisión.

⁵⁷¹ Al estilo de la legislación de prevención de riesgos laborales cuando en el artículo 10 RD establece que los servicios de prevención tendrán carácter interdisciplinario, “*entendiendo como tal la conjunción coordinada de dos o más disciplinas técnicas o científicas en materia de prevención de riesgos laborales*”.

⁵⁷² Tampoco aclaran nada en este aspecto las *Organizational Guidelines* de 1991, en donde se hace referencia a que la supervisión del programa de prevención debe encargarse a un individuo o individuos específicos dentro del personal de alta dirección. Así se establece en los apartados b y c del artículo §8B2.1: (B) Specific individual(s) within high-level personnel shall be assigned overall responsibility for the Compliance and ethics program. (C) Specific individual(s) within the organization shall be delegated day-to-day operational responsibility for the Compliance and ethics program. Individual(s) with operational responsibility shall report periodically to high-level personnel and, as appropriate, to the governing authority, or an appropriate subgroup of the governing authority, on the effectiveness of the Compliance and ethics program. To carry out such operational responsibility, such individual(s) shall be given adequate resources, appropriate authority, and direct access to the governing authority or an appropriate subgroup of the governing authority. En el mismo sentido se pronuncia, sin concretar, la *Bribery Act* del año 2010 de Reino Unido (el subrayado es nuestro).

⁵⁷³ La LSC establece en su artículo 23 el contenido intrínseco de los Estatutos Sociales, dentro del cual debe hacerse referencia tanto al modo de organizar el gobierno de la sociedad, el modo de adoptar o deliberar los acuerdos en los órganos colegiados de la Sociedad, entre los que puede encontrarse como hemos visto el OVC.

Lo que sí parece quedar claro es que este organismo de vigilancia y control deberá ser un órgano de la persona jurídica creado *ad hoc*⁵⁷⁴, no pudiendo externalizarse *in totum* tal función, como ocurre en la prevención de riesgos laborales⁵⁷⁵.

De este modo, esa función podrá radicar en un órgano de nueva creación o en aquellos “órganos que tengan encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica”, entendiéndose por ello aquellos sectores en los que existe normativa que ya prevé la creación de este tipo de órganos para verificar la eficacia de sus controles internos, como serían las empresas de servicios de inversión⁵⁷⁶, los sujetos obligados de acuerdo con la normativa de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo⁵⁷⁷ o las sociedades cotizadas⁵⁷⁸. O los departamentos de control interno o auditoría

⁵⁷⁴ Así se refiere la Circular 1/16 de la FGE, p. 46, salvo para el caso de las entidades que ya disponen de dicho órgano porque sectorialmente su constitución está regulada (empresas de servicios de inversión o sujetos obligados a la normativa de prevención del blanqueo de capitales).

⁵⁷⁵ Por externalizarse debe entenderse en su totalidad, como ocurre en el caso de los Servicios de Prevención de Riesgos laborales que pueden ser externalizados, tal y como prevé el artículo 30 de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales: “*En cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa*”. Así mismo, también pueden externalizarse los servicios de auditoría medioambiental, sobre ello cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “La posible responsabilidad penal del auditor ambiental”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2012, edición digital.

⁵⁷⁶ Artículo 193.2 a) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores y que reproduce el contenido del artículo 70 ter de la derogada Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo desarrollo se contiene en las Circulares de la CNMV 6/2009 y 1/2014. En dicho artículo titulado “Requisitos de organización interna” se establece que las empresas de servicios de inversión deberán: “*Disponer de una unidad que garantice el desarrollo de la función de cumplimiento normativo bajo el principio de independencia con respecto a aquellas áreas o unidades que desarrollen las actividades de prestación de servicios de inversión sobre las que gire el ejercicio de aquella función. Deberá asegurarse la existencia de procedimientos y controles para garantizar que el personal cumple las decisiones adoptadas y las funciones encomendadas. La función de cumplimiento normativo deberá controlar y evaluar regularmente la adecuación y eficacia de los procedimientos establecidos para la detección de riesgos, y las medidas adoptadas para hacer frente a posibles deficiencias así como asistir y asesorar a las personas competentes responsables de la realización de los servicios de inversión para el cumplimiento de las funciones.*”

⁵⁷⁷ Artículos 2 y 26.1 de la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales.

⁵⁷⁸ Si bien sin rango legal, se regula en el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas elaborado por la CNMV donde se confían tales funciones a las Comisiones de Auditoría y Control.

interna en el resto de sociedades⁵⁷⁹. Asimismo, otros órganos de la persona jurídica que integren la suficiente autonomía de iniciativa y control podrán ser conferidos con las facultades propias del *Compliance officer*, instituyéndose como tales.

Sin embargo, podemos plantearnos al respecto varias preguntas, en particular ¿cómo se crea un órgano? ¿Por acuerdo de la Junta de Socios o de Accionistas⁵⁸⁰ o del Órgano de administración nombrando *Compliance officer* al sujeto que se considere reúne los requisitos apropiados? ¿Celebrando el correspondiente contrato de arrendamiento de servicios o de carácter laboral? Son muchos los interrogantes que se suscitan en la práctica del día a día empresarial y que no tienen una respuesta única, sino que la interpretación razonada y razonable de la Ley debe dar la respuesta en cada uno de los casos.

En cualquier caso, parece que la voluntad del legislador, al denominarlo “‘órgano”, es que el *Compliance officer* esté imbricado en la organización societaria de manera total y no parcial (como podría ocurrir si se externalizara tal función). Una de las características que debe respetar la función del *Compliance officer* es la continuidad de acción (casi exclusividad) en el seno de la organización, para que pueda velar efectivamente por la detección de

⁵⁷⁹ Ello pudiera empañar la objetividad e independencia de juicio para la función de auditoría interna si también le es confiada la auditoría del programa de prevención de delitos como parte de su cometido (aspecto que no siempre debe suceder así). En la línea de separar las capas de defensa de una sociedad en tres (unidades operativas, unidades de control, entre la que estaría el *Compliance officer*, y auditoría interna) está el Modelo de las Tres Líneas de Defensa que promulga el Instituto de Auditores Internos en EEUU, favorable a que los órganos de auditoría interna no integren las funciones de cumplimiento normativo pero, por definición, los departamentos de auditoría interna tienen encomendadas legalmente las funciones de supervisar la eficacia de los controles internos, funciones que propone la ley para desarrollar el cargo de *Compliance officer*.

⁵⁸⁰ Ello sin duda sería el escenario preferible. Si fuera así, y al *Compliance officer* lo designara la Junta de Socios o Accionistas, como designa al órgano de administración, ambos serían paralelos en jerarquía y no existirían las interferencias de independencia que pueden sucederse con el hecho de que el órgano de administración como delegante debe controlar la bondad del ejercicio de sus funciones por el *Compliance officer* y, éste a su vez, controlar el cumplimiento del programa de prevención de delitos por el primero.

incumplimientos o nuevos riesgos empresariales en el campo de la prevención de delitos⁵⁸¹.

Por su parte, para el caso de empresas que presentan Cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas⁵⁸², dicha función, al amparo de lo previsto en el artículo 31 bis apartado 3, podrá recaer en el propio Órgano de administración⁵⁸³, lo que, avanzamos desde aquí, se decanta a favor de la tesis de la delegación de facultades entre el Órgano de administración y el *Compliance officer*, que trataremos más adelante.

Sin duda proceden varios comentarios críticos. El primero de ellos es que si uno de los requisitos de este órgano de cumplimiento debe ser la independencia (como veremos a continuación), no entendemos cómo puede permitirse el aligeramiento de tal requisito en función de criterios tales como el volumen de facturación o el número de empleados de una empresa.

El segundo, que el criterio sea el de presentación de las cuentas anuales abreviadas y no el de la real estructura de la organización en cuanto a complejidad

⁵⁸¹ En Italia, las *Linee guida* de Confindustria hacen referencia a que “el requisito de la continuidad de acción, a valorar para todo el colegio (en referencia al OVC), podrá satisfacerse a través de distintas soluciones: (i) mediante la presencia de miembros internos que, en las condiciones de autonomía e independencia mencionadas, puedan ofrecer una aportación constante, determinante para asegurar la continuidad de acción necesaria; (ii) en los supuestos en los que se opte únicamente por el nombramiento de miembros externos, mediante la constitución de una secretaría técnica inter-funcional, capaz de coordinar la actividad del organismo de vigilancia y asegurar la identificación constante de una estructura de referencia en la sociedad, también a los efectos de posibles informaciones o denuncias por parte de los sujetos que actúan en la misma.

⁵⁸² Según el artículo 258 LSC, las sociedades podrán presentar Cuenta de pérdidas y ganancias en su formato abreviado cuando, durante dos ejercicios consecutivos, reúnan a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las siguientes circunstancias: a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

⁵⁸³ En el mismo sentido que el artículo 6.4 del Decreto 231/2001 italiano. Asimismo, en el ordenamiento jurídico italiano se prevé que las funciones de vigilancia y control puedan confiarse al Consejo de Vigilancia (órgano de gobierno societario distinto a las formas de gobierno societario tradicionales, que debe velar por la conformidad de la estructura organizativa, administrativa y contable adoptada por la sociedad, según lo dispuesto en el artículo 2409 del Código Civil italiano).

o no de la misma, hecho que normalmente vendrá determinado por el número de empleados y, en definitiva, el tamaño de la organización⁵⁸⁴.

Así, habrá organizaciones que tengan un importante volumen de facturación y presenten, en consecuencia, cuenta de pérdidas y ganancias normales pero que, sin embargo, cuenten con apenas cinco empleados y, en consecuencia, no puedan acogerse al régimen establecido para las empresas de reducida dimensión en el que el Órgano de administración aúna esta función, sino que deberán constituir un órgano *ad hoc* para estos menesteres, de forma un tanto sobreactuada⁵⁸⁵.

Sin duda, en este punto se advierte una de las flaquezas del sistema y es la de no prever una diferenciación en los requisitos que debe contener un modelo de organización y gestión para empresas de reducido tamaño y empresas de gran tamaño (y no en base a un criterio contable)⁵⁸⁶, hecho que, además, evidenciaría la realidad de nuestro país en el que el tejido empresarial está constituido en gran medida por pequeñas o medianas empresas⁵⁸⁷.

Y ello por cuanto el criterio de la facturación no es el mismo que el del tamaño de la organización dado que a lo que atiende este último criterio es a la más fácil

⁵⁸⁴ Y así es en la mayoría de países que han optado por regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Véase la Ley Chilena número 20.393 en la que en su apartado 4.1 se hace constar: “en el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención”.

⁵⁸⁵ Y se dice sobreactuada por cuanto en este tipo de organizaciones de tan reducido tamaño no es necesario que exista un órgano *ad hoc* para el desarrollo de la función de supervisión de los modelos de organización y gestión, sino que ello pueden realizarlo uno o varios empleados de la empresa. “Obligarlas” a constituir este tipo de órgano para cumplir con los requisitos del Código Penal es, por tanto, susceptible de ser calificado como una acción “sobreactuada”.

⁵⁸⁶ Se ha tratado sobre ello en el apartado correspondiente a la exoneración de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

⁵⁸⁷ Así se tiene en cuenta a título de ejemplo en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando el artículo 6 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, dispone que en las modalidades de organización, funcionamiento y control de los servicios de prevención se considerarán las peculiaridades de las pequeñas empresas “con el fin de evitar obstáculos innecesarios para su creación y desarrollo.”

individualización del autor de la infracción o a la no dispersión en la definición de competencias y responsabilidades de los distintos actores⁵⁸⁸ .

Parece lógico suponer que, si de lo que se trata es de asentar una cultura de cumplimiento con la ley y unas medidas concretas de prevención de conductas delictivas, los requisitos que se deban cumplir en una organización de gran tamaño no tienen por qué ser los mismos que los de una organización de pequeño tamaño. Es decir, la cultura de cumplimiento y las medidas de prevención de delitos podrán estar garantizadas con mucho menos en una organización de pequeño tamaño y ello debería haberse previsto legalmente de alguna forma⁵⁸⁹ .

Para la FGE⁵⁹⁰ , el órgano de cumplimiento debe ser necesariamente un órgano de la persona jurídica, aunque ello no implica que necesariamente este órgano tenga que desarrollar todas las funciones que integran el cumplimiento normativo. Estas pueden ser realizadas por otros órganos distintos como el departamento de riesgos, el de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o el de prevención del blanqueo (siembre bajo la supervisión y dirección única del *Compliance officer*, cuya existencia se crea precisamente para la unidad y coordinación en la materia de la prevención de delitos o cumplimiento normativo).

Asimismo, apunta la FGE⁵⁹¹ la posibilidad de que parte de las tareas que recaen en el *Compliance officer* puedan ser externalizadas por la entidad (así, la formación de directivos, o la implementación y gestión del canal de denuncias, entre otros),

⁵⁸⁸ Sobre ello GÓMEZ JARA-DÍEZ defiende que el grado de compromiso con la ética de organizaciones pequeñas y grandes debe ser el mismo si bien el cumplimiento de los requisitos en las pequeñas organizaciones puede llevarse a cabo con menor formalidad y menos recursos que en una organización. *Cfr.* GÓMEZ JARA-DIEZ, C.: “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas?..., *op. cit.*, pp. 177-206.

⁵⁸⁹ Sí lo tienen en cuenta por ejemplo las USSG cuando establecen que, entre los criterios para definir la efectividad del programa de una organización, está el tamaño de la misma, entre otros como el cumplimiento de las medidas sectoriales que se prevean para el tipo de organización de que se trate o el acaecimiento anterior de conductas delictivas determinadas.

⁵⁹⁰ En su Circular 1/16, sobre la responsabilidad de la persona jurídica.

⁵⁹¹ *Ibid.*

favoreciéndose una mayor eficacia e independencia en el ejercicio del cargo con dicha externalización⁵⁹².

Como hemos dicho, las actividades que integran la función de cumplimiento pueden contratarse, ser objeto de externalización, pero siempre que en la organización societaria se haya creado un órgano de la persona jurídica que centralice la función de supervisar y velar por el cumplimiento de estos modelos de organización y gestión.

En Derecho Comparado se observan dos tipos de modelos para la configuración de este órgano⁵⁹³:

- El modelo de Departamento de *Compliance*.

Este es el modelo extendido en la práctica internacional, preferentemente en el mundo anglosajón y las USSG⁵⁹⁴, con gran aplicación entre las multinacionales.

Se parte de que las funciones de *Compliance* las realiza un departamento que solo depende jerárquicamente del Órgano de administración o una

⁵⁹² “Muchas de ellas resultaran tanto más eficaces cuando mayor sea su nivel de externalización”, página 48 de la citada Circular.

⁵⁹³ Sobre los dos tipos de modelo, *cf.* NIETO MARTÍN, A.: “La institucionalización del sistema de cumplimiento...”, *op. cit.*, pp. 193 y ss.

⁵⁹⁴ En el capítulo 8 de las mismas y, en concreto, en el apartado 2 de la Parte B. intitulada “*Remedying harm from criminal conduct, and effective Compliance and ethics program*” (la reparación del daño derivado de delito, un efectivo programa ético y de cumplimiento normativo”) puede leerse que, entre los requisitos para que el Ministerio de Justicia Federal considere efectivo el programa ético y de cumplimiento normativo (en la denominación que adquiere en EEUU este tipo de programas), está el que personal de “alto nivel” de la organización asegure la tenencia de dicho programa, personal al que se le asignarán competencias específicas en la materia. Asimismo, las US Sentencing Guidelines definen qué entienden por personal de alto nivel, reservando dicha denominación para aquellas personas que tengan un rol sustancial en la definición de las políticas de la entidad, entre ellos, administradores, directivos, personal al cargo de una unidad de negocio, etc. Asimismo, se establece que personal dentro de la organización tomará por delegación responsabilidad operativa del día a día del programa ético y de cumplimiento normativo. Este personal, reportará al personal de “alto nivel” periódicamente sobre la efectividad del programa y, cuando sea procedente, también al órgano de administración o la comisión delegada que éste designe. Se exige que este personal con responsabilidad operativa deberá estar dotado de autoridad, recursos y acceso directo al órgano de administración o su comisión delegada.

comisión delegada de éste y se constituye por personal de alta dirección, con un *Chief Compliance officer* a la cabeza.

- El agente independiente de control.

Es el modelo por el que optó Italia y ha optado España⁵⁹⁵.

Así, este modelo parte de la idea de que el *Compliance officer* va a controlar también el Órgano de administración y por lo tanto debe configurarse de la forma más independiente y autónoma posible (órganos de control interno, de auditoría interna, externos de reconocido prestigio integrados en el órgano, etc.⁵⁹⁶).

La independencia en este modelo, como veremos a continuación, no se equipara únicamente al hecho de ostentar una posición jerárquicamente elevada en la organización como sucede en el modelo norteamericano.

Por ello, parte de la doctrina ha considerado que el OVC al que se refiere el artículo 31 bis es el órgano que vigila al Órgano de administración (el ejemplo más claro es la Comisión de Auditoría y Cumplimiento en las sociedades cotizadas), mientras que el *Compliance officer* es un simple agente u oficial de cumplimiento no inferido de los poderes autónomos de iniciativa y control del artículo 31 bis⁵⁹⁷.

A los efectos del presente trabajo, se tratará al *Compliance officer* como OVC al que se refiere el Código Penal en su artículo 31 bis de tipo

⁵⁹⁵ Aunque hay otros ordenamientos jurídicos no tan estancos como por ejemplo el chileno en el que se establece que el responsable de cumplimiento debe ser nombrado por el órgano de administración sin concretarse si debe formar parte o no de la cúpula de la organización. Así puede leerse en el artículo 4.1 de la Ley 20.393 que en Chile establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.

⁵⁹⁶ Destacando lo ingenuo que puede suponer creer que el órgano de vigilancia va a controlar al órgano de gobierno de la sociedad, *vid*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal Español...*, op. cit., p. 395.

⁵⁹⁷ Así, NIETO MARTÍN, A. en el II Congreso Internacional de *Compliance* celebrado en Madrid los pasados días 11 y 12 de mayo de 2017.

unipersonal y no como un miembro del departamento de *Compliance* al estilo de las organizaciones norteamericanas.

Cuando se planteó en Italia si alguno de los departamentos existentes en la empresa (jurídico, recursos humanos, administración o controles de gestión) podía llevar a cabo esa tarea e institucionalizar el Organismo de vigilancia y control, se llegó a la conclusión de que los departamentos jurídicos, de recursos humanos o administración, carecían de la profesionalidad que se requiere al órgano en materia de instrumentos y técnicas específicas de control, además de ostentar una influencia clara en las tareas operativas de la empresa, con las decisiones estratégicas que asumen en el día a día, y que todo ello les restaba independencia y autonomía para monitorizar el control sobre procesos o personas.

En el mismo sentido, se rechazó que pudieran formar parte de ese órgano los miembros del servicio de prevención de riesgos laborales⁵⁹⁸ si precisamente tenían que evaluar los controles que ellos mismos establecían para la prevención de tales riesgos, por la confusión que podía crearse entre controlador y controlado, varias veces invocada por la jurisprudencia para justificar la falta de aptitud del modelo para su eficacia eximente⁵⁹⁹.

La conclusión, sin embargo, no fue la misma para aquellos departamentos de la empresa que ostentaran funciones de vigilar sistemas de control interno y gestionar riesgos (entre ellos, Comité de control de riesgos, recomendada por el Principio 7.P.4 del Código de Autorregulación para las

⁵⁹⁸ Asimismo, la extensión de la aplicación del Decreto 231 a los delitos culposos planteó un problema de relación entre las funciones de los sujetos responsables en la protección del medioambiente en la empresa y el Organismo de Vigilancia. Una superposición de las tareas de ambos sería inútil e ineficaz, según manifiestan las *Linee Guida* de Confindustria (última actualización de marzo 2014), las cuáles acaban manifestando que estos distintos sujetos desarrollan sus funciones en distintos niveles.

⁵⁹⁹ Así se estableció posteriormente en el Decreto 81 de 2008.

sociedades cotizadas⁶⁰⁰, o el Departamento de auditoría interna o *Internal Audit*).

De manera que la jurisprudencia italiana⁶⁰¹ ha mostrado que no considera que la concentración de funciones de control distintas en el mismo órgano, pueda desembocar en una situación que menoscabe la autonomía e independencia del OVC, sino, por el contrario, puede constituir una racionalización de las funciones de control en la empresa.

Estos órganos de control suelen situarse en el organigrama en situación de reportar directamente al órgano ejecutivo (Órgano de administración, consejero delegado o figuras análogas), puesto que deben actuar como soporte del mismo o, más en concreto, en el seguimiento del sistema de control interno que tiene entre sus objetivos el de asegurar la eficiencia y eficacia de los controles, y de las actividades operativas de la empresa.

Que ello sea así no quiere decir que el Órgano de administración no se encuentre dentro del objeto a vigilar por el OVC. Asimismo, las empresas tienen la opción de constituir un Organismo de vigilancia específico dentro de la entidad (como órgano de la entidad), el cual, no obstante, puede

⁶⁰⁰ Según las indicaciones del propio Código de Auto-regulación, el Comité de control de riesgos debe estar formado por administradores no ejecutivos, la mayoría de los cuales independientes. Además de ello, las funciones que se atribuyen a este Comité coinciden sustancialmente con las del Organismo de vigilancia y control. Entre ellas, colabora con el Consejo de Administración en la definición de las directrices del sistema de control y en la comprobación periódica de su conformidad y funcionamiento efectivo, asegurándose de que los principales riesgos de la empresa hayan sido identificados y gestionados de forma adecuada, o valora el plan de trabajo elaborado por los sujetos encargados de la responsabilidad en materia de control y recibe los informes periódicos de los mismos. Asimismo valora, junto a los responsables administrativos de la sociedad, la conformidad de los principios contables utilizados o la homogeneidad a los efectos de redacción de cuentas anuales consolidadas, entre muchas otras.

⁶⁰¹ En este sentido, Tribunal de Apelación de Turín, 22 de mayo de 2013, donde se ha manifestado: “el hecho de que hoy en día en las sociedades de capitales, también el Consejo de Vigilancia (y los órganos equivalentes) pueda desarrollar la función de organismo de vigilancia no menoscaba de ninguna manera el requisito de autonomía del órgano: en ese sentido se ha manifestado la doctrina, que ha reafirmado la centralidad de la autonomía e independencia de dichos órganos, a la luz de lo establecido en el artículo 2399 letra c) del Código Civil.”

valerse de asesores externos para la ejecución de las operaciones técnicas necesarias para el desempeño de la función de control.

Por ello, lo que nos parece más adecuado, en la línea con lo que en Italia se ha declarado por la jurisprudencia⁶⁰² y las asociaciones profesionales⁶⁰³, es un perfil que aúne conocimientos en control interno y gestión de riesgos con conocimientos jurídicos (probablemente objetivo únicamente alcanzable con un órgano colegiado o externalizando el asesoramiento jurídico y designando como *Compliance officer* a una persona que reúna el perfil de un auditor interno o *controller*). En el caso de que la empresa cuente con un Departamento de cumplimiento normativo o de prevención del blanqueo de capitales, esos serán los idóneos para cumplir estas funciones.

Si centramos nuestra atención en los sectores regulados, como por ejemplo las empresas de servicios de inversión⁶⁰⁴, podemos observar que la función de cumplimiento se organiza con un Director de cumplimiento (*Compliance officer*)⁶⁰⁵, al cual se exige el más alto nivel de formación y experiencia para poder asumir dicha función de responsabilidad, además de un sólido

⁶⁰² El Tribunal de Nápoles, en su resolución de 26 de junio de 2007 se refiere a que “*sus miembros deben tener competencias en materia de inspección y asesoramiento, o el conocimiento de técnicas específicas aptas para garantizar la eficacia de las facultades de control y proposición otorgadas a los mismos*”. Entre esas técnicas específicas aptas, el Tribunal de Milán, en su resolución de 20 de septiembre de 2004, cita las siguientes: “muestreo estadístico, técnicas de análisis, valoración y reducción de riesgos (procedimientos de autorización, mecanismos de contraposición de tareas) *flow-charting* (en español, diagrama de flujo o actividades que representa gráficamente un proceso) de procedimientos y procesos para la identificación de puntos débiles, elaboración y valoración de cuestionarios, metodologías para la identificación de fraudes, etc.”

⁶⁰³ Las *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo* elaboradas por Confindustria el 7 de marzo de 2002 (y revisadas por última vez en marzo de 2014) hacen referencia a que es recomendable que al menos uno de los miembros del organismo de vigilancia tenga competencias en análisis de sistemas de control y en Derecho Penal (extremo que podrá asegurarse, no obstante, mediante asesoramiento externo o utilizarse, asimismo, los propios recursos de la empresa, por ejemplo, en materia de seguridad y salud laboral).

⁶⁰⁴ Con la transposición a nuestro Ordenamiento Jurídico de la normativa MiFid que integra las Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE, así como el Reglamento (CE) 1287/2006.

⁶⁰⁵ Así se exige como hemos visto en el artículo 193.2 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y que reproduce el contenido del artículo 70 ter de la derogada Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo desarrollo se contiene en las Circulares de la CNMV 6/2009 y 1/2014.

conocimiento de la organización de la empresa de inversión para desarrollar bien su actividad⁶⁰⁶.

Al lado del *Compliance officer* se encuentran en esta tipología de empresas, los empleados de la función de cumplimiento, cuyo número variará en dependencia del tamaño y naturaleza de los servicios de inversión que preste la empresa.

De modo similar al que ahora se establece en el Código Penal, en las empresas de inversión de reducido tamaño se prevé una excepción en la obligación de que la función de cumplimiento la ostente una persona dedicada exclusivamente a dicha función. En dicha normativa⁶⁰⁷, se permite al *Compliance officer* combinar la denominada función de cumplimiento con otras funciones que siendo también de control se extienden a otros sectores tales como la prevención del blanqueo de capitales.

Es ilustrativo acudir a dicha normativa dado que cuando se trata de indicar sectores en los que el *Compliance officer* puede encajar o combinar sus funciones se determina, aunque con reticencias, el departamento legal o el de auditoría interna, subrayando siempre que en ningún caso debe ello afectar a su independencia.

Y es que, la realidad empresarial de nuestro país no puede permitirse, en la mayoría de los casos, contratar en régimen de exclusividad a una figura para el desarrollo de las funciones de cumplimiento normativo. Por ello, lo que sucede en la mayor parte de las empresas es que tratan de encontrar el mejor

⁶⁰⁶ A título de ejemplo, en el Banco Santander y Santander Investment, la Dirección de Cumplimiento se encuentra alojada en la Secretaría General. Las funciones de prevención del blanqueo de capitales se confieren al Departamento específico para la prevención del blanqueo de capitales. Lo contrario que sucede en BNP PARIBAS, en el cual el Departamento de Cumplimiento aún a las funciones de prevención del blanqueo de capitales (información obtenida del Auto del Juzgado Central de Instrucción 5 de Madrid de 3 de mayo de 2017 en el procedimiento de Diligencias Previas 63/13 al que luego se hará referencia).

⁶⁰⁷ Circulares de la CNMV número 6/2009, de 9 de diciembre, sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión y número 1/2014, de 26 de febrero, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión.

encaje para esta figura en los órganos que ya existen en la sociedad, con el objetivo de optimizar recursos.

Otro ejemplo ilustrativo es el Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas⁶⁰⁸, en cuyas Recomendaciones 45 y 46 (si bien sin rango legal) se establecen las funciones de las denominadas “*Comisiones de cumplimiento y control interno*”. La organización del sistema preventivo tiene un responsable dentro de un departamento especializado, al que se denomina *Compliance officer*. Sus funciones son la vigilancia, asesoramiento, advertencia y evaluación de los riesgos legales de la gestión, a la luz de la normativa internacional, las directivas internas, las leyes y los reglamentos⁶⁰⁹.

O, asimismo, la regulación administrativa en materia de prevención del blanqueo de capitales, que se contiene en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales (en adelante, “LPBC”) y la financiación del terrorismo y el Reglamento que la desarrolla aprobado por Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo (en adelante, “RPBC”).

En dicha regulación, como medidas de control interno, se establece en el artículo 26.2 la designación de un representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión (en adelante, “SEPBLAC”), así como, en su caso, la creación de un Órgano de control interno (en adelante, “OCIC”) e incluso unidades técnicas en el seno de la entidad.

El representante ante el SEPBLAC, que según establece la Ley, deberá ser una persona que ejerza un cargo de administración o dirección en la entidad. Además de ello, la propuesta de su nombramiento, acompañada de una descripción detallada de su trayectoria profesional, deberá ser comunicada al

⁶⁰⁸ En su última versión hasta la fecha, de febrero de 2015.

⁶⁰⁹ Así se recoge en el principio 21 del citado Código: “*La sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración*”.

SEPBLAC para obtener su conformidad. La Ley asimismo establece determinadamente que la función de este representante es ser responsable del cumplimiento de las obligaciones de información (al SEPBLAC) que se especifican en la misma. Además de ello, será la persona que representará a la sociedad en procedimientos administrativos o judiciales⁶¹⁰.

Junto a él, la Ley establece la creación de un órgano adecuado de control interno que será el responsable de la aplicación de las políticas y procedimientos en materia de prevención del blanqueo de capitales (entre ellas, la formación de empleados en materia de blanqueo de capitales, artículo 29 de la Ley). En relación con su composición, la propia Ley establece que deberá tener representación de las distintas áreas de negocio del sujeto obligado, así como que deberá contar con los recursos materiales, humanos y técnicos necesarios.

Asimismo, se prevé expresamente que los órganos de prevención del blanqueo de capitales operen con separación funcional del departamento o unidad de auditoría interna del sujeto obligado⁶¹¹.

Otra realidad práctica que viene observándose en el mundo empresarial es que las personas que ostentan las responsabilidades del cumplimiento del Código Ético, aquellos Comités de Ética y Cumplimiento (órgano colegiado) o Responsables de Ética (órgano unipersonal) que han sido creados al albur de las nuevas disposiciones de la Responsabilidad Social

⁶¹⁰ Dentro de las medidas de control interno que corresponden a los sujetos obligados, el artículo 26.2 establece que: *“Los sujetos obligados designarán como representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión a una persona que ejerza cargo de administración o dirección de la sociedad. En el caso de empresarios o profesionales individuales será representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión el titular de la actividad. Con las excepciones que se determinen reglamentariamente, la propuesta de nombramiento del representante, acompañada de una descripción detallada de su trayectoria profesional, será comunicada al Servicio Ejecutivo de la Comisión que, de forma razonada, podrá formular reparos u observaciones. El representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión será responsable del cumplimiento de las obligaciones de información establecidas en la presente Ley, para lo que tendrá acceso sin limitación alguna a cualquier información obrante en el sujeto obligado.”*

⁶¹¹ En el sentido que propone el Modelo de las Tres Líneas de Defensa citado anteriormente del Instituto de Auditores Internos de EEUU.

Corporativa⁶¹², obligatorias para las sociedades cotizadas, van integrando cada vez más las funciones –mucho más amplias, no obstante- de la supervisión del modelo de organización y gestión, en definitiva, del cumplimiento normativo, hecho lógico y acertado, pasando a adoptar en tales casos el anglicanismo *Chief Ethics and Compliance officer* (CECO). Lo mismo puede ocurrir en el campo de la protección de datos, donde pueden realizarse sinergias entre los *Data Protection Officer* y el *Compliance officer* penal.

Por todo ello, no existe un modelo tipo de *Compliance officer* u OVC, sino que cada empresa puede definirlo como encaje más en su organigrama y usos empresariales, siempre que cumpla con los requisitos que se exponen a continuación.

En nuestra opinión, hubiera resultado deseable que se hubiera reglamentado o normativizado de algún modo (fuera a través de ley, reglamento o normativa orientadora aunque sin rango legal), como en los sectores regulados a los que acabamos de hacer referencia, la composición, estructura y funciones del OVC, mediante una regulación que, aunque genérica, pudiera conferir la seguridad jurídica necesaria para designar y constituir el órgano de forma adecuada.

B. Requisitos. Poderes autónomos de iniciativa y control.

El Código Penal identifica los requisitos que debe contener este órgano en el artículo 31 bis apartado 2.2 del siguiente modo: “*órgano de la persona jurídica*

⁶¹² Mucho se ha escrito sobre ello, definiéndola como aquella contribución activa y voluntaria al mejoramiento social, económico y ambiental por parte de las empresas, generalmente con el objetivo de mejorar su situación competitiva, valorativa y su valor añadido. También definida como “inversión social corporativa”. Entre muchos autores, pueden leerse los planteamientos, desarrollos y utilidades de estas nuevas políticas en las empresas en MÉNDEZ PICAZO, M.T.: “Ética y responsabilidad social corporativa”, *Información Comercial Española, ICA: Revista de Economía*, número 823-2005, pp. 141-150 y FERNÁNDEZ DE CASTRO Y RIVERA, J.: “La responsabilidad social corporativa y la corporación”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 1/2012 (ejemplar dedicado a la Responsabilidad Social Corporativa), pp. 15-36.

con poderes autónomos de iniciativa y control⁶¹³ o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos”.

Es decir, parece que las dos opciones para la debida constitución del OVC son: (i) conferir este cargo a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control; y (ii) conferir este cargo a un órgano que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos.

La dificultad estriba en la primera de las opciones. Así, la *autonomía* hace referencia a la capacidad de una persona de tomar decisiones sin intervención ajena, de manera que en una sociedad solo los mandos intermedios o superiores ostentan esa facultad de decisión. Por lo tanto, si la autonomía se relaciona, como vemos, con el poder de decisión, se supone que el *Compliance officer* ostenta un cierto poder decisorio.

En consecuencia, una primera conclusión sería que la ley está pensando en que este órgano sea de un perfil con autoridad suficiente dentro del organigrama societario para poder ejercer su labor de control con autonomía e iniciativa (la supervisión del funcionamiento y el cumplimiento del modelo de organización y gestión), facultades que solo tienen aquellos cargos intermedios o superiores de una entidad.

El desarrollo de la función de supervisar y controlar el cumplimiento de los modelos de organización y gestión de forma autónoma, supone no obedecer a dictados o instrucciones ajenas de cómo ejercer su labor, sino partir de los propios postulados para verificar si el modelo de organización y gestión está debidamente implementado y es respetado en la organización. En definitiva se trata de determinar si el modelo funciona para el fin propuesto o amerita alguna corrección o mejora.

⁶¹³ En Italia, el artículo 6.1 letra b) del Decreto 231/2001, de 8 de junio, se refiere a que la tarea de vigilar el funcionamiento y cumplimiento de los modelos y encargarse de su actualización, se confiará a un organismo de la entidad que ostente “facultades de iniciativa y control autónomas”.

Supone también autonomía para establecer los controles que considere oportunos, su periodicidad y sus métodos (siempre, lógicamente, dentro de la legalidad) o canales de reporte de información a su favor que pueda considerar necesarios. Los métodos los pondrá él, pero se le exigirá un resultado: la conclusión periódica de si el modelo está funcionando y se está cumpliendo o qué mejoras se proponen.

A tal efecto, podemos preguntarnos si debe otorgársele un poder a su favor que delimite cuáles son sus facultades.⁶¹⁴ Siempre que el OVC no tenga que representar a la sociedad ante organismos públicos u oficiales o efectuar transacciones económicas o jurídicas en representación de la misma y frente a terceros (firma de contratos), no será necesario el otorgamiento de poderes, sino que bastará con la descripción de sus funciones en un Reglamento interno o una ficha del puesto de trabajo (*job profile*).

Sin embargo, si se opta por un perfil más ejecutivo⁶¹⁵, dentro del cargo del cual estén facultades tales como la contratación del personal de su departamento; administrar fondos (de los que integran el presupuesto del departamento de *Compliance*, por ejemplo) o representar a la sociedad en juicio en la condición del “*representante especialmente designado*” que exige el artículo 119 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sí será necesario el otorgamiento formal de facultades.

El concepto *iniciativa* es de más difícil análisis. La iniciativa es la capacidad del ser humano para idear, inventar o emprender cosas o acciones. Sin embargo, la pregunta que se plantea es: ¿iniciativa para qué? ¿Para tomar y ejecutar qué tipo de decisiones? Decisiones que no se extralimiten del contenido de las funciones que le son propias: iniciativa para tomar decisiones en el campo de la supervisión

⁶¹⁴ La referencia es obligatoria al referirse literalmente el artículo 31 bis 2.2 del Código Penal a “poderes autónomos de iniciativa y control”.

⁶¹⁵ En contra de que se configura como perfil ejecutivo, *vid.* ROBLES PLANAS, R.: “El responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) ante el Derecho Penal” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance...*, *op. cit.*, pp. 319-330, para quien este órgano se configura como un órgano de apoyo y asesoramiento al órgano de administración, que es el único verdaderamente ejecutivo en la prevención de delitos.

de los modelos de organización y gestión, iniciativa respecto a las medidas de vigilancia y control.

Es decir, el OVC tendrá iniciativa para tomar decisiones que tengan que ver con, de nuevo, la supervisión, el control o la vigilancia del cumplimiento de los modelos. Sin embargo, *a priori* no podrá tomar decisiones que supongan la modificación de los mismos por cuanto la definición del nivel de riesgo y sus políticas de prevención, entra dentro de la esfera de competencias del administrador (la “adopción” o diseño de esos modelos). En cambio, procede hacer notar que sí tendrá la iniciativa de propuesta al Órgano de administración.

El requisito de la *independencia* en el ejercicio de su cargo o función si bien no es un requisito legal, sí ha ido incorporándose a nuestro retrato robot del *Compliance officer* ideal⁶¹⁶.

En Italia, el requisito de la independencia se introdujo por vía jurisprudencial⁶¹⁷.

El requisito de la independencia deberá ser valorado respecto al órgano no respecto a sus miembros. Es decir, si existen sujetos internos de la empresa pueden no ser eminentemente objetivos en relación con el desarrollo de las actividades o procesos. Sin embargo, al integrar éstos un órgano compuesto también por otros sujetos, quizás externos a la organización, la independencia deberá analizarse respecto al órgano en su conjunto.

La jurisprudencia italiana ha declarado ineficaz el modelo de organización y gestión que atribuye funciones de vigilancia y control, como miembro del organismo, al directivo de una de las áreas de la empresa sometida a control

⁶¹⁶ De igual modo, ENSEÑAT DE CARLOS, S.: *Manual del Compliance officer. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 45, hace referencia a la independencia como requisito esencial para el desarrollo del cargo, haciendo mención a que esta deberá analizarse en función de la posición que ocupe el *Compliance officer* en la organización y su línea de dependencia jerárquica; así como de la determinación de los sujetos que, en definitiva, le fijen objetivos y sueldo.

⁶¹⁷ En este sentido, Juez de Instrucción de Milán, providencia de 20 de septiembre de 2004.

(medioambiente), por falta de independencia⁶¹⁸ (cabe pensar, porque la influencia que irradió al resto de miembros del órgano fue de tal envergadura, que contaminó la independencia del órgano).

El OVC no puede estar dotado de tareas operativas que puedan empañar su objetividad de juicio⁶¹⁹ (de nuevo, requisito absolutamente desnaturalizado para empresas de reducida dimensión donde dichas funciones las centraliza el Órgano de administración) o puedan destruir la necesaria división de poderes entre los que adoptan los programas de cumplimiento y los responsables de implementar los mismos⁶²⁰.

El hecho de concebir a éste órgano como un órgano independiente en su actividad hay que relacionarlo con la disposición 3ª del punto 5 del artículo 31 bis, la cual establece que los modelos de organización y gestión, para ser eficaces, “dispondrán de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos”⁶²¹.

Como veremos en el apartado correspondiente, la dotación de medios o de recursos financieros a favor del *Compliance officer* es una nota característica de una delegación de funciones en el marco de la relación delegante-delegado.

Sin duda, la independencia “*ni es fácil de lograr, ni se entiende de modo unívoco. La independencia depende de un juicio de valoración global, resultado de*

⁶¹⁸ En concreto, Tribunal de Apelación de Turín, sentencia de 22 de mayo de 2013, la cual manifestó que “este último estaría llamado a ser su propio Juez, y además ostentando facultades disciplinarias”.

⁶¹⁹ En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia italiana, Juez de Instrucción del Tribunal de Roma, 4 de abril de 2003, al manifestar que “el organismo de control no deberá realizar tareas operativas que, haciéndolo partícipe de las decisiones de la entidad, podrían perjudicar su serenidad de juicio en el momento de realizar los controles”.

⁶²⁰ En este sentido, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “Programas de cumplimiento efectivos en la experiencia comparada..” *op. cit.*, p. 225, lo define como “mucho más que una circunstancia atenuante”.

⁶²¹ Como se verá en el apartado correspondiente, en Italia la jurisprudencia ya se ha pronunciado a favor de no considerar teñida la independencia por el mero hecho de tener asignado un sueldo a su favor que decide el órgano de administración o la dirección general, órganos “controlados” por el *Compliance officer*.

ponderar las diversas características que en cada caso, de empresa a empresa, presenten los órganos o los responsables de cumplimiento”⁶²².

El sistema americano ha optado por garantizar la independencia de este órgano situándolo lo más arriba posible en la pirámide societaria, esto es, inmediatamente por debajo del Órgano de administración o de una de sus Comisiones (a título de ejemplo, la Comisión de Auditoría⁶²³). Idea que también hace suya nuestro legislador al considerar que tal cargo debe ostentarlo un órgano de la persona jurídica con “*poderes autónomos de iniciativa y control*”.

Sin embargo, el ordenamiento italiano, como hemos visto, ha establecido que el OVC debe contener entre sus funciones la “*supervisión y vigilancia de los administradores y personal de la alta dirección*” para ser verdaderamente un agente de control independiente.

Por ello, no es aconsejable que la Dirección de la compañía ostente este tipo de cargos, como sí ocurre, contrariamente, en el modelo norteamericano⁶²⁴, siendo preferible que se residencie en órganos de control interno que llevan también implícita la característica de la independencia⁶²⁵.

⁶²² En este sentido se pronuncia NIETO MARTÍN, A.: “La institucionalización del sistema de cumplimiento...”, *op. cit.*, pp. 187-204.

⁶²³ La Comisión de Auditoría podía ser un buen ejemplo de órgano independiente por cuanto está formada por consejeros independientes y no ejecutivos, aunque orgánicamente dependa del Consejo de Administración. Por ello, y siendo una de las opciones más solicitadas en países por ejemplo como Italia, ha pasado a denominarse “Comisión de Auditoría y Cumplimiento.”

⁶²⁴ No es tan explícita en este sentido aunque nos parece un punto esencial la Norma UNE-ISO 19601 Sistema de Gestión de *Compliance* penal cuando deja abierta la posibilidad a que los órganos de gobierno de la entidad ejerzan las funciones del órgano de *Compliance* penal. Así, entre los requisitos de la política de *Compliance* penal establece que ésta deberá explicitar la autoridad e independencia del órgano de *Compliance* penal, “si éste no coincide con el órgano de gobierno.”

⁶²⁵ La Norma internacional 1100 para el ejercicio profesional de la Auditoría Interna establece como requisitos para la profesión de auditor interno la “independencia y objetividad”. Así, define la independencia como la libertad para desarrollar su trabajo objetivamente. Asimismo vincula independencia con escalafón jerárquico, afirmando la misma si el auditor interno tiene acceso directo al Consejo de Administración. En concreto, la independencia queda definida en la Norma Internacional 1100 de Auditoría Interna en los siguientes términos: “la independencia es la libertad de condicionamientos que amenazan la capacidad de la actividad de auditoría interna de llevar a cabo las responsabilidades de forma neutral.” Disponible en The Institute of Internal Auditors.

Nuestro legislador hace suya igualmente esta idea incluyendo la segunda de las opciones para la constitución de este órgano: “o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos”, pensando en este caso en un *controller* o auditor interno, perfil del cual puede garantizarse con mayor atino que respecto al Órgano de administración o la dirección de la empresa, la independencia, con todas las salvedades propias de la jerarquía entre uno y otro que pueden conllevar situaciones de conflicto (y no solo de interés), cuya gestión deberá estar prevista en los protocolos internos.

La independencia del OVC debe conjugarse tanto en la falta de presiones de los órganos directivos u operativos de la entidad como en la proximidad que éste debe lograr con las unidades operativas de la misma para estar al día de lo que sucede. Es decir, una cosa no debe empañar la otra⁶²⁶.

Sobre la recomendación⁶²⁷ que viene observándose en otros países tales como Italia de que este órgano de cumplimiento no ostente tareas operacionales (entendiéndose por tales las ligadas al negocio de la entidad), cabe decir que desde un punto de vista lógico se comprende su posible afección en cuanto al ejercicio independiente y objetivo de la actividad de control⁶²⁸.

De no ser así, el riesgo de que en la valoración del cumplimiento del programa intervinieran otros criterios como el económico en lo relativo a su departamento, sería elevado⁶²⁹. Iría también en contra de dicha posibilidad el hecho de que

Normas Profesionales para el ejercicio profesional de la auditoría interna.
<https://na.theiia.org/translations/PublicDocuments>.

⁶²⁶ Idéntica referencia puede encontrarse en ENSEÑAT DE CARLOS, S.: *Manual del Compliance officer...*, op. cit., p. 95.

⁶²⁷ Y más que una recomendación por que la jurisprudencia italiana ya se ha pronunciado en contra de considerar un OVC válidamente constituido el integrado por personas con responsabilidades de negocio en la entidad (véanse las referencias en el apartado correspondiente al Modelo Italiano).

⁶²⁸ En el mismo sentido, la Norma internacional 1100 de auditoría interna establece que los auditores no deben asumir responsabilidades sobre operaciones. Y la reciente Norma UNE-ISO 19601 vincula independencia con ausencia de responsabilidad con relación a la actividad a supervisar o auditar, ausencia de sesgo o de conflicto de intereses.

⁶²⁹ Sobre si el departamento de asesoría jurídica puede considerarse un departamento con funciones operacionales o ejecutivas se pronuncia NIETO MARTÍN, A.: “La institucionalización del sistema

controlador y controlado serían la misma persona y eso, además de restarle independencia en el juicio supondría un claro conflicto de interés a evitar.

Precisamente, una forma de velar por garantizar la autonomía e independencia en el desarrollo del cargo de *Compliance officer* es que los modelos de organización y gestión prevean cómo gestionar las situaciones de conflicto de interés que pueden aflorar a efectos de garantizar la necesaria separación operacional entre el Órgano de administración y el OVC.

Es decir, para concluir este apartado, podemos considerar que el *Compliance officer* u OVC se configura en nuestro país (contrariamente a la realidad norteamericana tan traída) como un órgano autónomo e independiente de supervisión. Normalmente ello implicará autoridad y alta posición en el escalafón societario (autonomía) así como un posicionamiento más próximo a órganos de control interno que propiamente a cargos directivos o incluso el Órgano de administración, los cuales deberán ser objeto de supervisión por nuestro modelo de OVC, y por lo tanto, en honor a la independencia, no aunar ambas condiciones. Por el mismo motivo, tampoco es recomendable que “*personas de negocio*” asuman las funciones de *Compliance officer*.

C. Funciones.

La definición de las funciones del cargo es el punto esencial para futuros análisis en clave de posible responsabilidad penal que serán objeto del correspondiente apartado. Así, las funciones, delimitan las responsabilidades y éstas, a su vez, posibles posiciones de garante que puedan fundamentar la comisión por omisión de un ilícito penal.

Cuando nos encontramos en sede penal, hablamos siempre de funciones efectivamente asumidas y no funciones atribuidas formalmente a un cargo

de cumplimiento..., *op. cit.*, pp. 197 y ss, considerando que “aunque la asesoría jurídica tiene tradicionalmente entre sus funciones garantizar que la empresa cumpla con la legalidad, las posiciones que pueden adoptar en la interpretación de la ley, atenderán normalmente a la búsqueda de beneficios económicos para la entidad.”

concreto. El reverso de las funciones son los deberes, los cuales no son de obligado cumplimiento sino se dota al sujeto con las necesarias facultades para ejercerlos. Las funciones del *Compliance officer* se harán constar en su contrato, la ficha de su puesto de trabajo o *job profile* o en el propio modelo de prevención de delitos.

Tal y como venimos haciendo en el presente apartado, será punto de partida el literal de la ley, aunque nuevamente, y contrariamente a lo que sucede en los sectores regulados comentados con anterioridad⁶³⁰, la regulación de las funciones de este flamante cargo es más bien parca por no decir del todo inexistente⁶³¹.

Aunque, sin duda, las funciones materiales que ostentará este órgano serán las que, por la vía de la autonomía de la voluntad y la asunción real de las mismas por parte del *Compliance officer*, se pacten entre las partes, léase, entre el Órgano de administración y el OVC en el marco de la entidad, al estilo del concierto que se suscribe entre una empresa y el servicio de prevención de riesgos laborales externo con el que se contrata y que define claramente las funciones de este servicio.

Así, en este concierto⁶³², y de igual modo en el contrato que se celebre con el *Compliance officer* o en la ficha de su puesto de trabajo, pueden extenderse más o menos sus funciones, limitándose a una función consultiva y de asesoramiento en materia de cumplimiento legal, o bien extenderse también a funciones reales de prevención de riesgos (penales). Estas pueden incluir desde la identificación y evaluación de riesgos, planificación de la acción preventiva, verificación de la

⁶³⁰ Véase prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, el sector de las empresas de inversión o las sociedades cotizadas. O la prevención de riesgos laborales sobre la que se entrará a continuación.

⁶³¹ Alguna asociación privada como la Asociación de profesionales de cumplimiento (CUMPLEN) ha realizado un estatuto general de la profesión de *Compliance* en el que se regulan las funciones de este cargo. Puede consultarse en www.cumplen.com.

⁶³² Puede leerse sobre ello en RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: “Análisis de la responsabilidad penal de los técnicos en prevención de riesgos laborales, recursos preventivos y coordinadores de seguridad, a la luz de los artículos 316 y 317 del Código Penal”, *La Ley Penal*, número 103, 2013, edición digital.

implementación de las medidas preventivas diseñadas y funciones de corrección de los incumplimientos detectados en el ejercicio de las funciones de vigilancia y control que éstos tienen atribuido⁶³³.

Es decir, podemos decir hasta aquí que todo *Compliance officer* tendrá funciones de vigilancia y control del cumplimiento y eficacia del modelo de prevención de delitos, pero que, algunos de ellos, además, podrán ser investidos con más funciones.

a. Posibles funciones del *Compliance officer*.

- (i) Supervisión del cumplimiento y funcionamiento del modelo de prevención de delitos.

Todas las referencias que encontramos en el nuevo artículo 31 bis del Código Penal, respecto a las funciones del *Compliance officer* son:

- *La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implementado. (apartado 2º del punto 2 del artículo 31 bis)*
- *funciones de supervisión, vigilancia y control. (apartado 4º del punto 2 del artículo 31 bis)*
- *informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. (apartado 4º del punto 5 del artículo 31 bis).*

Es decir, las funciones a las que hace referencia el Código Penal son la supervisión (vigilancia o control) del funcionamiento y cumplimiento del programa preventivo de la empresa, siendo la recepción de la información relativa a posibles riesgos o incumplimientos por parte de cualquier empleado de la entidad, una forma de dar cumplimiento a ello.

⁶³³ Los artículos 31 LPRL y 19 RDRL también confieren dichas funciones de supervisión, vigilancia y control a los técnicos de prevención de riesgos laborales.

En una primera aproximación podríamos concluir con que la supervisión del funcionamiento del modelo de organización y gestión redundante en pro de la eficacia del sistema y el cumplimiento en pro del respeto al mismo dentro de la organización.

En la supervisión del cumplimiento de las medidas de prevención pueden intervenir distintos actores: desde las propias unidades de negocio al departamento de auditoría interna de la entidad.

En estos departamentos habrán sido nombradas determinadas personas como primeros responsables de las medidas preventivas implementadas⁶³⁴, por su cercanía al riesgo y conocimiento técnico u operacional del proceso empresarial concreto, situándose, en consecuencia, la posición del *Compliance officer* en un segundo o tercer nivel de proximidad al riesgo (si existen departamentos de auditoría o control interno en la entidad) y de revisión del cumplimiento de la medida. Ello sin duda incide en el análisis de la responsabilidad de esta figura en la evidencia de la comisión de un delito en dicho ámbito de actividad, como veremos más adelante.

Asimismo, puede ser controvertida la posición del *Compliance officer* en las líneas de defensa de la entidad. Según el Modelo de las Tres Líneas de Defensa que ya ha sido citado en el presente trabajo⁶³⁵, el *Compliance officer* se sitúa en la segunda línea de defensa al formar parte de su cometido la supervisión de los controles que debe implementar y respetar la

⁶³⁴ En determinados programas de prevención de delitos, estas personas han ido adquiriendo la denominación de “evaluadores de riesgos” o “responsables de riesgos”. Estos sujetos pertenecen a la gestión operativa de la entidad y reportan directamente a Dirección. Es un ejemplo de la integración del cumplimiento normativo en la entidad y en el Modelo de las Tres Líneas de Defensa corresponde a los departamentos operativos, de negocio que son los primeros que tienen que velar por el cumplimiento de los protocolos o procedimientos establecidos en sus departamentos.

⁶³⁵ Al que hace referencia el Institute of Internal Auditors norteamericano como modelo de gestión de riesgos operativos. Puede consultarse en www.theiia.org (fecha de consulta 11 de abril de 2017).

primera línea de defensa, reservándose la tercera para auditoría interna⁶³⁶ y la primera para la gestión operativa de negocio.

Sin embargo, el hecho de que el OVC definido por el legislador español se deba más al sistema italiano configurado como un agente independiente de control sobre todo el organigrama de la entidad (incluido auditoría interna) que al modelo norteamericano configurado como un directivo de cumplimiento, puede provocar un replanteamiento del tema.

A tal efecto podríamos preguntarnos si no debiera situarse el *Compliance officer* en la tercera línea de defensa, más allá de la verificación de controles que realiza auditoría interna o junto a ella (es decir, ambos, cuanto menos, en la tercera línea de defensa)⁶³⁷

Lo que diferencia al *Compliance officer* de auditoría interna es la posible intervención y participación del primero en la definición de los procesos y controles de la entidad, las medidas de prevención de delitos, extremo que nunca formará parte del cometido de auditoría interna. De esta forma, y

⁶³⁶ En este modelo, las funciones que se reservan para Auditoría Interna son las siguientes: proporcionar aseguramiento respecto a los procesos de gestión de riesgos y respecto a la evaluación correcta de los riesgos, evaluar los procesos de gestión de riesgos y la elaboración de informes sobre los riesgos prioritarios, revisar la gestión de los riesgos prioritarios, asesorar a la dirección sobre la mejor forma de tratar los riesgos, mantener y desarrollar el marco de gestión del riesgo empresarial, liderar la implantación del sistema de gestión de riesgos en la entidad y desarrollar la estrategia de gestión de riesgos para la aprobación del órgano de administración. Por su parte, la primera línea de defensa a la que pertenecen directores y mandos intermedios, quienes asumen la propiedad de los riesgos en cuanto a identificación y evaluación de los mismos y coadyuvan en la implementación de las políticas y procedimientos internos de neutralización de los mismos que después deben controlar su cumplimiento por parte de los empleados. En la segunda línea de defensa intervienen los servicios de soporte de la entidad en cuanto a supervisión de los controles establecidos por la primera línea de defensa. Son los departamentos de calidad, de prevención de riesgos laborales, de control financiero, etc. Su dependencia jerárquica directa con la Dirección o el órgano de administración les permite un cierto nivel de independencia en la supervisión del control del riesgo en las distintas áreas de la entidad.

⁶³⁷ Desde la Asociación Española de *Compliance* ASCOM (ENSEÑAT DE CARLOS, S.: *Manual del Compliance officer...*, *op. cit.* pp. 27-30, se analiza dicha cuestión al posicionarse el *Compliance officer* entre la primera línea de defensa (al asesorar, participar en la elaboración e implementación de los controles de prevención) y la segunda, al supervisar el funcionamiento y cumplimiento de dichos controles, tarea a la vez propia de la tercera línea de defensa integrada por auditoría interna, la cual, a diferencia del *Compliance officer* no interviene en el proceso de elaboración de los controles de ningún modo.

aunque se exija independencia al *Compliance officer* no se trata de la independencia de auditoría interna, sino respecto a los órganos de gobierno de la entidad.

El *Compliance officer* no es por ello un “auditor de corrección”⁶³⁸ del modelo de organización y gestión que, previamente, ha sido implementado y adoptado por el Órgano de administración y, en la elaboración y diseño del cual ha podido –voluntariamente (por vía contractual)- intervenir.

A título de ejemplo, el auditor medioambiental⁶³⁹ cubre en las empresas la función de vigilancia o inspección para luego poner a disposición de la dirección sus conclusiones sobre las irregularidades detectadas en su Informe de Auditoría. En algunos casos, también asume la función de asesor (dependiendo del contenido del contrato) y puede recomendar medidas a llevar a cabo.

Estos auditores no disponen de facultad de decisión o gestión alguna en la empresa. No son órganos de la empresa. Las decisiones acerca de las irregularidades o propuestas de mejoras no las toman ellos.

Por otra parte, una de las manifestaciones del ejercicio de supervisión del cumplimiento de los modelos, es que el Código Penal constituya al *Compliance officer* como el destinatario del canal de denuncias

⁶³⁸ El auditor de corrección, durante sus trabajos de auditoría, detecta errores o fraudes en la realización de los estados financieros, los cuáles deben presentar la imagen fiel de la compañía. Dichos errores o fraudes deberán ser corregidos por la dirección de la compañía. Así lo disponen el artículo 8 y 9 de la Norma internacional de auditoría 450. Evaluación de las incorrecciones identificadas durante la realización de la auditoría (NIA-ES 450), adaptada para su aplicación en España mediante Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013): Comunicación y corrección de las incorrecciones: “*El auditor comunicará oportunamente y al nivel adecuado de la dirección todas las incorrecciones acumuladas durante la realización de la auditoría salvo que las disposiciones legales o reglamentarias lo prohíban. El auditor solicitará a la dirección que corrija dichas incorrecciones. (Ref: Apartados A7-A9). 9. Si la dirección rehúsa corregir algunas o todas las incorrecciones comunicadas por el auditor, éste obtendrá conocimiento de las razones de la dirección para no hacer las correcciones y tendrá en cuenta dicha información al evaluar si los estados financieros en su conjunto están libres de incorrección material. (Ref: Apartado A10).*”

⁶³⁹ Sobre ello, *cfr.* MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “La posible responsabilidad penal del auditor ambiental”, *op. cit.*, edición digital.

(*whistleblowing*) al que hace referencia el apartado 5 del artículo 31bis y que ha sido analizado en el apartado correspondiente a *La exoneración de la responsabilidad penal*⁶⁴⁰.

El canal de denuncias será un medio a través del cual deberá⁶⁴¹ llegar a su conocimiento tanto información relativa a incumplimientos de las disposiciones –obligadas- del plan de prevención por parte de algún empleado o directivo, lo cual podrá venir acompañado del conocimiento de la comisión de un ilícito penal, como informaciones relativas a posibles “riesgos” no detectados en el plan de prevención.

Dependerá de la mayor o menor autonomía en la función de supervisión del cumplimiento del modelo de prevención de delitos, así como de la proactividad del perfil de *Compliance officer* escogido, que el referido canal de denuncias se constituya como único medio a través del cual llegarán a su conocimiento los incumplimientos del mismo, o un medio en todo caso asegurado por la ley.

Por “riesgos” entenderemos nuevas situaciones no detectadas en el modelo de organización y gestión y, por lo tanto, no neutralizadas con procedimientos o protocolos. Por “incumplimientos” situaciones en las que empleados o directivos dejan de atender las disposiciones que se han establecido en protocolos, políticas o procedimientos para prevenir delitos o cualquier otro tipo de ilícitos.

⁶⁴⁰ Como hemos visto en el correspondiente apartado, en este punto, restan determinados aspectos pendientes de desarrollo tales como qué proceso deberá darse a esa denuncia (que nunca podrá ser anónima aunque sí se garantizará la privacidad y confidencialidad al denunciante); si deberá emprenderse una investigación interna destinada a confirmar la veracidad de los datos denunciados, .. etc. Lo que sí se establece es que el incumplimiento de estos programas de prevención llevará aparejado un sistema disciplinario, con las correspondientes sanciones.

⁶⁴¹ Y decimos “deberá” por cuanto el Código Penal establece a su vez la obligación (para empleados y directivos) de informar al *Compliance officer* de posibles “riesgos e incumplimientos” (apartado 5.4º del artículo 31 bis) además de ser las disposiciones de estos modelos de organización y gestión de obligado cumplimiento para todos los integrantes de la organización, al formar parte de la normativa interna.

Como se ha apuntado, el incumplimiento de dicho cuerpo normativo interno puede venir acompañado del conocimiento por parte del OVC de la comisión de un delito que, a su vez, puede estar en fase de comisión, consumación o agotamiento, realidades diversas que a su vez modularán la posible responsabilidad penal del OVC, como veremos a continuación.

(ii) Potestad sancionadora.

Además, el *Compliance officer* será quien coordine o proponga al departamento de recursos humanos la adopción de sanciones disciplinarias para los casos de incumplimiento por los empleados o directivos del plan de prevención, conforme a lo previsto en los convenios colectivos que sean de aplicación o, en su caso, el régimen disciplinario previsto en el artículo 54 del Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores⁶⁴².

Sin embargo, la potestad sancionadora no solo podrá recaer en los miembros del departamento de recursos humanos sino que, si así se decide por el gobierno de la entidad, podrá asimismo conferirse al OVC, como manifestación intrínseca de la delegación de facultades propias del Órgano de administración.

Lo mismo ocurre en la legislación de riesgos laborales, la cual prevé también la creación de un recurso preventivo en las empresas que cumplan ciertos requisitos, cuya función es vigilar el cumplimiento en la empresa de las actividades preventivas, debiendo poner en conocimiento del empresario si observa o detecta insuficiencias o incumplimientos, correspondiendo a éste la subsanación de esta situación⁶⁴³.

⁶⁴² El personal que no se integre en la plantilla de la empresa, por ejemplo, aquellos a los que una relación de servicios (subcontratistas), serán sancionados con una sanción que será impuesta por el órgano de administración, muy probablemente con la rescisión contractual oportuna o las medidas disciplinarias que *inter partes* hayan pactado en el contrato correspondiente.

⁶⁴³ Artículo 22 bis. 5. LPRL “Cuando, como resultado de la vigilancia, se observe un deficiente cumplimiento de las actividades preventivas, las personas a las que se asigne la presencia: a)

No acaban ahí las posibles delegaciones que el administrador puede hacer en cuanto a la prevención de riesgos empresariales de carácter laboral. También son delegados del empresario en materia de vigilancia y control los “delegados de prevención” que deben tener determinadas empresas en función principalmente del número de trabajadores de la misma, quienes deberán velar por el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, pudiendo proponer al empresario la adopción de medidas preventivas dirigidas a garantizar la seguridad de los trabajadores⁶⁴⁴, medidas que, no obstante, pueden ser rechazadas por el empresario.

(iii) Funciones divulgativas de la cultura de cumplimiento.

Entre las funciones del *Compliance officer* pueden estar también el proponer, verificar o llevar a cabo personalmente un proceso de formación a los empleados en cuestiones éticas o en riesgos penales, detección y gestión de los mismos, proponiendo dicha formación al responsable de recursos humanos o, en su caso, al Órgano de administración.

Ello constituirá una forma de asegurar la eficacia del cumplimiento y funcionamiento de los modelos de organización y gestión y la instauración de una verdadera cultura de cumplimiento en la entidad, que debe venir irradiada desde la cúspide de la organización (*tone from the top*).

Será objeto de la formación, las políticas o procedimientos instaurados como medidas de prevención de delitos que los empleados deben respetar o la utilización de los canales de denuncia o sus funciones dentro del modelo organizativo de la prevención de delitos en la entidad.

harán las indicaciones necesarias para el correcto e inmediato cumplimiento de las actividades preventivas; b) deberán poner tales circunstancias en conocimiento del empresario para que éste adopte las medidas necesarias para corregir las deficiencias observadas si éstas no hubieran sido aún subsanadas”.

⁶⁴⁴ Artículo 36.2 f) LPRL.

Tal y como sucede en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, la formación puede considerarse una medida de prevención en sí misma, cuya ausencia puede constituir una falta de medidas de prevención.

(iv) Funciones de reporte al Órgano de administración de la entidad.

Se ha dicho que el *Compliance officer* es sobretodo responsable de mantener debidamente informado al Órgano de administración tanto de las mejoras que necesita el sistema, como del estado de implementación o cumplimiento general del modelo de organización y gestión de prevención de delitos.

Ello ha quedado reforzado tras la reforma de la LSC que introdujo expresamente en el artículo 225.2 el deber de los administradores de “*de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones*”.

Dicho deber se tornará más evidente tras la comisión de un delito o la constatación de una infracción o incidencia en el marco de la empresa⁶⁴⁵, por cuanto en dichos momentos la información al Órgano de administración o el reporte que se haya establecido, deberá ser inmediata e ineludible, a fin de que el este puede reaccionar en el momento adecuado y en base a una decisión informada.

El OVC deberá proveer de la necesaria información periódica al órgano de la entidad al cual reporta (preferiblemente el Órgano de administración), junto con el resto de órganos de la entidad afectados (entre ellos, a título de

⁶⁴⁵ Se ha denominado a ese canal de reporte necesario con el órgano de administración “derecho de escalada” o Eskalationsrecht en MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El *criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 35, 2015, pp. 733-782.

ejemplo, el área de actividad afectada o auditoría interna) pero asimismo existirán situaciones que justifiquen un reporte inmediato⁶⁴⁶.

Así, los canales de reporte deben estar perfectamente definidos, diferenciando cuando el reporte debe ser automático e inmediato (en caso de incidencias) o cuando debe ser periódico y con qué periodicidad.

Las obligaciones del *Compliance officer*, son respecto a la empresa y no respecto a la Administración Pública. Es decir, el *Compliance officer* no vela por la salvaguarda de intereses públicos sino por intereses estratégicos empresariales (en concreto, la gestión de riesgos penales), por ello sus funciones quedan colmadas con el reporte al Órgano de administración.

(v) Funciones de cumplimiento normativo o planificación de la actividad preventiva de la entidad.

La FGE apunta indirectamente a que los *Compliance officers*, además de las funciones “estrictamente conferidas por el Código Penal” (aseguramiento del buen funcionamiento de los modelos de organización y gestión, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del artículo 31 bis)⁶⁴⁷, ostenten funciones de planificación de la actividad preventiva de la entidad, haciendo referencia a una participación directa en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos. Se adelanta así la intervención del *Compliance officer* en este tipo de programas al no reservarla al momento posterior de la supervisión de su funcionamiento.

La intervención del *Compliance officer* en la definición y diseño de los modelos de organización y gestión de prevención de delitos, junto con los

⁶⁴⁶ Desde la perspectiva del administrador es lo que denominábamos deberes de supervisión activa (los periódicos) y deberes de supervisión pasiva (los reactivos que nacen como consecuencia de una situación excepcional).

⁶⁴⁷ Así puede leerse en las páginas 47 y siguientes de la Circular 1/16, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.

profesionales u otros sujetos necesarios, puede implicar una participación directa en el reparto de responsabilidades de prevención de riesgos penales en la organización (controles organizativos), en la evaluación de los riesgos penales existentes en la entidad, en la definición de las medidas de prevención (procedimientos, políticas o controles de procesos) o en la determinación del plan de acción, auténtica definición y planificación de la actividad preventiva⁶⁴⁸.

Las funciones de prevención de riesgos podrán llevar aparejadas facultades de corrección de los incumplimientos que se detecten.

Todos esos documentos serán finalmente aprobados por el Órgano de administración, por cuanto la aprobación de los mismos supone la definición estratégica de las prioridades de la entidad en ese campo, en el que se deciden invertir los recursos ese año y, por lo tanto, una decisión empresarial.

De este modo, al intervenir el *Compliance officer* en la definición de la actividad preventiva de la entidad, puede incluirse en sus funciones el desarrollo de las políticas de riesgo propias de distintos ámbitos de actividad, siempre en el bien entendido de que la aprobación y visto bueno definitivo de las mismas corresponderá al Órgano de administración de la compañía.

De idéntica manera, puede participar en el diseño de los controles o medidas de prevención para los procesos de aprobación de nuevos productos (verificar si el producto cumple con los requisitos legales exigibles), de selección de proveedores (si los criterios de selección son adecuados), de conflictos de intereses, los gastos de empleados o directivos, campañas de publicidad y marketing, reclamaciones de clientes, protección de datos

⁶⁴⁸ Cabe decir al respecto que la Ley Chilena (Ley 20.393) expresamente denomina al OVC “encargado de prevención”.

personales de los clientes que se reciben a raíz de la prestación del servicio, etc.⁶⁴⁹

Son funciones propias tanto de departamentos de prevención de riesgos (como el de prevención del blanqueo de capitales o el de prevención de riesgos laborales) así como de departamentos de cumplimiento normativo (en aquellos sectores en los que existen).

El artículo 31 LPRL concreta las competencias o funciones que pueden asignarse al servicio de prevención externo, entre las que se encuentran funciones de asesoramiento, asistencia, apoyo del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, evaluando riesgos y planificando la actividad preventiva (deberes, como veíamos anteriormente, propios del empresario).

Por otra parte el artículo 34 del RPRL concreta más aún las funciones de los servicios de prevención en funciones de nivel básico, intermedio y superior, tratándose en su conjunto de funciones relativas a la evaluación de riesgos, la vigilancia y control de los riesgos en cuanto a actualización, la planificación de la actividad preventiva, promover actuaciones preventivas en cuanto a eficacia de las establecidas (funciones éstas de asesoramiento al empresario que es quien finalmente decide).

Como hemos dicho, los niveles de dichas funciones se corresponden a su vez con distintos niveles de formación que deberán tener los profesionales que las impartan, sean estos trabajadores de la empresa o miembros de un servicio ajeno de prevención. Es en el documento de concierto de la actividad preventiva deberán quedar relegadas las funciones concretas que asume el servicio de prevención (de las previstas en el artículo 31), así como

⁶⁴⁹ Dichas actividades consultadas en el Manual del *Compliance officer* pueden ser el objeto de la supervisión del *Compliance officer* en la entidad. Así puede verse en ENSEÑAT DE CARLOS, S.: *Manual del Compliance officer...*, op. cit., pp. 97-107.

las actuaciones concretas que se van a llevar a cabo en ejecución de dichas funciones, por cuanto de ello dependerá la posición de garantía que asumen.

(vi) Funciones de asesoramiento al Órgano de administración.

Con carácter añadido, en muchas de las empresas, acudirá regularmente a las reuniones del Órgano de administración de la compañía o sus Comités, en las que se tomarán las decisiones estratégicas de la entidad.

Asimismo, participará en muchas de las reuniones de los Comités que pueda crear la empresa para solucionar situaciones de crisis o para el lanzamiento de nuevos productos o servicios, en las que ofrecerá su visión acerca de los riesgos de la operación a nivel de cumplimiento normativo.

Como vemos, por vía contractual, puede dotarse al *Compliance officer* de funciones más relacionadas con el asesoramiento o apoyo a los órganos de gobierno de la entidad, funciones que no otorgan por sí mismas poder de decisión alguno.

(vii) Funciones de intervención en procesos empresariales.

Contrariamente, en ocasiones se incluirá al *Compliance officer* propiamente como medida de control⁶⁵⁰, al introducirlo en la cadena de autorizaciones o visto bueno de un procedimiento concreto.

En estos casos, no obstante, hay que diferenciar lo que será una revisión de la operación en clave, nuevamente, de asesoramiento (que supone un juicio de idoneidad sobre una determinada acción u operación: por ejemplo, los términos de la campaña de publicidad, los requisitos exigidos por la legislación para el lanzamiento de un producto, etc.), de lo que sería propiamente la autorización de la operación.

⁶⁵⁰ Las referencias a las funciones del “órgano de *Compliance* penal” que se encuentran en la Norma UNE – ISO 19601 Sistema de Gestión de *Compliance* penal no establecen funciones ejecutivas o de intervención en las decisiones estratégicas de la empresa (página 17 “Órgano de *Compliance* penal”). Que ello sea así no quiere decir que por la vía de la autonomía de la voluntad se pacte lo contrario en el seno de las organizaciones.

Conferir al *Compliance officer* la facultad de autorizar o no una determinada acción, le otorga el poder de paralizar un suceso que puede implicar potencialmente un riesgo.

(viii) Funciones de representación de la entidad.

En muchas de las ocasiones, lo recomendable será incluso que el *Compliance officer* sea ese “*representante especial*” que la persona jurídica tenga que nombrar para que la represente en su condición de investigada o encausada en un procedimiento penal, siguiendo lo establecido en el artículo 119⁶⁵¹ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶⁵².

Y ello, por cuanto, será quién conoce de primera mano cómo está configurado e implementado el modelo de organización y gestión en la entidad, cuyas bondades, así como su correcto ejercicio de las funciones propias de su cargo, deberá “vender” al órgano instructor para tratar de obtener la exoneración penal (de la persona jurídica). Para ello, como hemos dicho, sí deberá contar con los correspondientes poderes de representación.

Ello siempre que no exista un conflicto de intereses entre la defensa de la entidad y los del OVC, quién puede hallarse también investigado en el procedimiento penal en cuestión, situaciones que pueden aflorar dado que el hecho de que el *Compliance officer* no haya ejercido con corrección sus

⁶⁵¹ “Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con esta la comparecencia prevista en el artículo 775, con las siguientes particularidades: a) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad para que designe a un representante, así como abogado y procurador para ese procedimiento... b) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputadas acompañada del abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad...”

⁶⁵² A favor de que ello sea así *cfr.* NIETO MARTÍN, A.: “La institucionalización del sistema de cumplimiento..., *op. cit.*, pp. 202 y ss.

funciones puede ser la causa de la condición de investigada de la entidad para la que éste haya estado ejerciendo sus funciones⁶⁵³.

Sin embargo, en la mayor parte de los supuestos, la defensa de la persona jurídica será la misma que la del *Compliance officer* puesto que ambas irán dirigidas a defender la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica por el buen ejercicio del cargo por parte del *Compliance officer*.

Asimismo, el *Compliance officer* puede ostentar facultades de representación de la persona jurídica ante la Administración o los medios de comunicación en materia de cumplimiento normativo.

Por lo tanto, para todo cuanto se ha expuesto, resulta necesario que el *Compliance officer* esté al día de los cambios normativos que se produzcan no solo en el sector de mercado al que pertenece la empresa, sino también en el campo de la prevención de riesgos penales⁶⁵⁴ para adoptar las modificaciones necesarias en el modelo interno de gestión de riesgos (por ejemplo, la incorporación en el Código Penal de un nuevo delito en el

⁶⁵³ Sobre esta cuestión ya ha entrado a pronunciarse la STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016, recalcando la necesaria protección del derecho de defensa de la persona jurídica que es representada en juicio por una persona también acusada que puede tener intereses distintos, incluso recomendando a los jueces que traten de impedir que el representante especialmente designado por la persona jurídica sea uno de los acusados del procedimiento y, más aún, con idéntica representación letrada: *“Como queda dicho y para futuras ocasiones, se haya de prestar atención a las anteriores consideraciones dirigidas a Jueces y Tribunales para que, en la medida de sus posibilidades, intenten evitar, en el supuesto concreto que se aborde, que los referidos riesgos para el derecho de defensa de la persona jurídica sometida a un procedimiento penal lleguen a producirse, tratando de impedir el que su representante en las actuaciones seguidas contra ella sea, a su vez, una de las personas físicas también acusadas como posibles responsables del delito generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica”*. Y añade: *“El motivo en esta ocasión ha de desestimarse con mayor claridad incluso que en el Recurso que precede pues, aun cuando pudieran resultar de aplicación los mismos argumentos ya expuestos en relación con la inicial posibilidad de indefensión que supondría el que la representación en juicio de la persona jurídica la hubiera ostentado una persona física también acusada y posteriormente condenada como autora del delito originario, a lo que se añadiría igualmente, en el caso de GEORMADRID, la irregularidad consistente en la simultánea asunción de la defensa de la persona física y la jurídica por el mismo Abogado, de acuerdo con lo consignado en los Antecedentes de la recurrida, lo cierto es que ahora nos hallamos, efectivamente y según el relato de hechos de la recurrida, ante una persona jurídica estrictamente instrumental o “pantalla”, carente por tanto de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos”*.

⁶⁵⁴ De no poseer dichos conocimientos, siempre puede lograr respaldo en el correspondiente asesoramiento jurídico externo.

catálogo de delitos que puede cometer la persona jurídica que obligue a la remodelación de los modelos de organización y gestión mediante la valoración de si ese tipo penal constituye un riesgo a evaluar en la entidad y, en caso afirmativo, neutralizarlo con correspondientes medidas de prevención).

Por otra parte, debe poseer un conocimiento exhaustivo de la organización de la empresa que “controla” y suficiente autoridad para que sus dictados sean obedecidos o sus instrucciones.

Como recuerda la FGE⁶⁵⁵, el *Compliance officer*, para el correcto desarrollo de su función, debe tener acceso a la documentación de la empresa⁶⁵⁶, entre ella, y principalmente, los informes de auditoría.

b. La regulación de las funciones de Órganos de prevención o cumplimiento normativo en otros sectores.

(i) Empresas de servicios de inversión.

Para obtener más detalles acerca de las funciones que por vía contractual pueden otorgarse al *Compliance officer*, podemos acudir, a modo ilustrativo, a la normativa de los sectores regulados (por ejemplo, el de las empresas de servicios de inversión)⁶⁵⁷ la cual, desarrolla y regula las funciones que corresponden a su Órgano de cumplimiento normativo. Entre otras encontramos:

- Identificación y evaluación periódica de los riesgos de cumplimiento normativo en las distintas áreas de negocio.

⁶⁵⁵ Circular 1/16..., *doc. cit.*, p. 48.

⁶⁵⁶ Ni que decir tiene que la información, o los datos, a los que acceden los *Compliance officers* es reservada y debe cumplir siempre con lo preceptuado en la Ley 15/99, de Protección de Datos de Carácter Personal.

⁶⁵⁷ En la norma 5ª de las citadas Circulares 6/2009 y 1/2014 de la CNMV, en las cuáles se concreta el contenido de la función de cumplimiento normativo: la Circular 6/2009 para las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión, y la Circular 1/2014 para las entidades que prestan servicios de inversión, de aplicación a empresas de inversión y empresas de crédito.

- Establecer un programa de supervisión y control sobre el cumplimiento de las políticas y procedimiento en las actividades y servicios prestados.
- Asesorar y asistir a la alta dirección en materia de cumplimiento normativo.
- Informar a la alta dirección de la marcha de la función de cumplimiento mediante informes periódicos con una frecuencia mínima o mediante comunicaciones puntuales si la gravedad del incumplimiento lo requiere.
- En el campo de la formación, asegurarse de que la plantilla de las áreas relacionadas con los servicios y actividades de inversión tiene nivel necesario de conocimiento para aplicar las políticas y procedimientos de la empresa (función de supervisión del cumplimiento normativo).

En las empresas de servicios de inversión junto a la función de cumplimiento se encuentra la función de gestión de riesgos y de auditoría interna. La función de gestión de riesgos interviene no solo en la evaluación del riesgo sino también en su gestión, control y tratamiento. Por su parte, la función de auditoría interna supervisa las funciones de cumplimiento normativo y gestión de riesgos, como mecanismos de control interno⁶⁵⁸, así como les asesora para el mejor cumplimiento de las normas y evalúa la eficacia de los procedimientos internos.

(ii) Sujetos obligados a la normativa de prevención del blanqueo de capitales.

Por su parte, la normativa de prevención del blanqueo de capitales otorga como funciones a los órganos internos de prevención del blanqueo las siguientes:

⁶⁵⁸ Respetando el Modelo americano de las Tres Líneas de Defensa anteriormente citado.

Al representante ante el SEPBLAC las funciones de: (i) adoptar la decisión de si procede la comunicación de las operaciones irregulares (configuradas como obligaciones de información) al SEPBLAC, y (ii) en caso afirmativo, proceder a la comunicación.

Al Órgano de Control Interno (OCIC), las funciones de: la aplicación de las políticas y procedimientos internos de la entidad (estableciendo de idéntico modo a nuestro Código Penal que para ello deberá contar con los medios – materiales, humanos y técnicos- necesarios), así como, en determinados casos, (i) la toma de la decisión de modo colegiado junto con el representante del SEPBLAC acerca de la comunicación al mismo⁶⁵⁹, y (ii) la aprobación de procedimientos a través de los cuales se implementen las políticas de prevención del blanqueo de capitales⁶⁶⁰.

(iii) Prevención de riesgos laborales.

Finalmente, la normativa de prevención de riesgos laborales configura a los servicios de prevención como auténticos delegados del empresario en el deber de contención de riesgos empresariales que puedan entrañar daños a los mismos⁶⁶¹. Se encuentra asimismo la referencia a la necesaria dotación de medios y al necesario acceso a la información y documentación de la empresa.

Pese a encontrarse en la ley referencias a las funciones de “*asesoramiento y apoyo al empresario*” de los servicios de prevención⁶⁶², se encuentran también referencias a la “*realización de la actividad preventiva*” por parte

⁶⁵⁹ Artículo 25.2 del Reglamento de Prevención del Blanqueo de Capitales.

⁶⁶⁰ Artículo 31 del Reglamento de Prevención del Blanqueo de Capitales.

⁶⁶¹ Artículo 30 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: “En cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará..”.

⁶⁶² En relación con el diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores, la planificación de la actividad preventiva y la determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas y la vigilancia de su eficacia, la información y formación de los trabajadores, entre otros.

de estos servicios a fin de “*garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores*”, como auténticos garantes, por delegación, del bien jurídico seguridad y salud de los trabajadores.

En concreto, se especifican en el RPRL las funciones que pueden formar parte del concierto con el servicio de prevención, entre las que se encuentran la identificación y evaluación de riesgos, proposición de medidas correctoras, el seguimiento de su implementación, la valoración periódica de la efectividad de la prevención de riesgos, y funciones residuales de asesoramiento.

Además de ello, se otorgan funciones de vigilancia y control del cumplimiento de la actividad preventiva a la figura de los recursos preventivos⁶⁶³. Funciones que la Ley también confiere a los delegados de prevención, es decir, a aquellos representantes de los trabajadores a los que se otorgan este tipo de funciones.

Pues bien, el *Compliance officer* puede ser conferido con facultades propias de Órganos de cumplimiento normativo (al estilo de las empresas de servicios de inversión) o de funciones de prevención de riesgos (al estilo de los órganos internos de prevención del blanqueo de capitales o los servicios de prevención de riesgos laborales de las empresas).

Es decir, y este es un punto importantísimo para el desarrollo de este trabajo, nada obsta para que el OVC sea o pueda ser un órgano de cumplimiento normativo o un órgano de prevención, lo que, en términos de eventual responsabilidad penal, tiene sus consecuencias.

En definitiva, corresponde a cada empresa definir el concreto alcance de las funciones del *Compliance officer* con respecto al funcionamiento y cumplimiento de los modelos de organización y gestión que incluyen medidas de prevención de delitos, pudiendo optarse por perfiles meramente

⁶⁶³ Artículo 32 bis de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

coordinadores de las medidas de prevención establecidas en la empresa, perfiles más consultivos del Órgano de administración en cuanto a la definición de las políticas de prevención de riesgos empresariales (penales) o verdaderos perfiles de delegados de prevención de riesgos o cumplimiento normativo.

Del perfil por el que finalmente se opte, dependerá la posición de garantía que adopte el *Compliance officer* frente al Órgano de administración que en él delega (parcialmente) las facultades de supervisión, vigilancia y control de riesgos empresariales (penales) originarias del administrador, así como la entidad de una eventual omisión en el ejercicio de sus funciones y su posible relevancia penal en el resultado lesivo que se haya verificado. Sobre todo ello vamos a entrar a continuación.

3. La supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de organización y gestión, ¿Una delegación de funciones o una asignación de competencias?

Hasta aquí, podríamos decir que el Órgano de administración, garante del buen gobierno, gestión y dirección de la empresa, es al que compete definir su estructura organizativa, y dentro de ella, adoptar una estructura de prevención de delitos como manifestación de su deber de control de riesgos, estableciendo las políticas de control que sitúen el ámbito del riesgo propio de la actividad empresarial dentro del riesgo permitido, así como los mecanismos de supervisión de la eficacia de las mismas.

Para llevar a cabo esta tarea, contratará a los profesionales que considere oportunos (asesores legales, consultores, etc.), quienes definirán esos modelos en la empresa con los conocimientos técnicos y las herramientas necesarias, así como con la colaboración de los trabajadores de la empresa, que son quienes conocen realmente los cursos productivos de la organización en los que se generan los riesgos.

Como hemos visto, en este primer momento de diseño del programa de prevención de delitos, como manifestación de la definición de la política de gestión de riesgos empresariales de la entidad, el *Compliance officer* podrá o no intervenir.

Ello dependerá, principalmente, de si la designación de este órgano se efectúa separadamente de la adopción del citado programa de prevención de delitos, o si dicha designación es un contenido propio de los modelos de organización y gestión, y, por lo tanto, dicho órgano no intervendrá en estos trabajos preparatorios por cuanto solo será designado como consecuencia precisamente del diseño de los mismos.

Pero una vez el modelo de prevención de delitos esté diseñado, habrá que implementarlo y mantenerlo vivo en la empresa.

Es decir, una vez el mismo haya sido “adoptado” por el Órgano de administración (en la terminología propia del Código Penal⁶⁶⁴), aprobado por este órgano y forme parte intrínseca de las políticas empresariales y la normativa interna de la empresa de obligado cumplimiento, el propio modelo establecerá qué persona/s es/son los encargados de velar por el cumplimiento y buen funcionamiento de dichos modelos, dando entrada de nuevo a una serie de interrogantes sin resolver, entre los que se encuentran, como hemos visto, qué composición debe tener este órgano o qué funciones competen al *Compliance officer*.

Tal y como hemos tenido ocasión de desarrollar, las funciones del *Compliance officer* serán las que se pacten por la vía de la autonomía de voluntad con la sociedad en cuestión (o, más concretamente, sus administradores) y efectivamente se asuman, si bien, la supervisión de los programas de prevención de delitos (en cuanto a funcionamiento y cumplimiento de los mismos) compone el núcleo duro de las mismas para la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica que le ha designado.

⁶⁶⁴ Artículo 31 bis 2.1.

Delimitar el concepto “supervisión”, las distintas gradaciones que este concepto tan etéreo admite, es lo que marca la diferencia entre perfiles de OVC más o menos intervencionistas o cercanos a la prevención de riesgos o el cumplimiento en la entidad.

En todo caso, en el presente apartado se entrará en el análisis de si la función de supervisión constituye una delegación de funciones propias del administrador y, si en tal caso, se trata de una delegación válida conforme a Derecho, así como, qué transformación en la posición de garantía originaria del administrador se sucede en consecuencia, o si, por el contrario, constituye una mera ejecución de un mandato o una asignación de competencias.

A. Ejecución con eficacia de los modelos de organización y gestión.

La primera cuestión que analizaremos en este apartado es la frontera, si la hay, entre “*ejecutar con eficacia los modelos de organización y gestión*” a la que hace referencia el apartado 2.1º del artículo 31 bis como “deber” del administrador⁶⁶⁵ y la supervisión del cumplimiento y funcionamiento de los mismos, que parece reservada, al *Compliance officer*, a quién, competen (¿por delegación?) o se confieren determinados deberes de supervisión vigilancia y control⁶⁶⁶.

Todo ello, como sabemos, con el objetivo de lograr la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica en el caso de que se cometa un delito en el seno de la entidad.

En la medida en que los modelos de organización y gestión solo serán eficaces si son dinámicos y son supervisados bajo el criterio de mejora y adaptación continua, para actualizarlos a los cambios (en la entidad o normativos) que puedan evidenciarse, en la búsqueda de la eficacia de los mismos para la prevención de

⁶⁶⁵ Si podemos denominarlo así, cuanto menos dentro del deber de adoptar medidas para el buen control de la sociedad, establecido en la legislación mercantil (artículo 225.2 LSC).

⁶⁶⁶ Artículo 31 bis apartado 2.4º: “no se ha producido una omisión o ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª.”

delitos en el seno de la entidad⁶⁶⁷, podemos afirmar que es ciertamente fronterizo “la ejecución con eficacia de los modelos” y “la supervisión de su funcionamiento y cumplimiento”.

Parece que el espíritu de la ley es reservar la ejecución del modelo a ese momento inicial del proyecto⁶⁶⁸, a la efectiva implementación del mismo en la entidad, con el nombramiento del *Compliance officer*, la asignación de competencias en materia de prevención de delitos a otros profesionales, la adopción de los procedimientos o protocolos necesarios que, a su vez, se erigen como medidas dirigidas a prevenir delitos o reducir el riesgo de su comisión.

Sin embargo, el término “ejecución” se refiere a la realización de una acción de forma permanente y no puntual, especialmente en cumplimiento de un proyecto, un encargo o una orden, definición que se asemeja más a la tarea continua del *Compliance officer* en relación con estos modelos de organización y gestión.

¿Podemos decir entonces que el administrador delega en el *Compliance officer* la “ejecución con eficacia” de los modelos de organización y gestión, auténtica política de la entidad en materia de contención de riesgos empresariales y que ello es precisamente la “supervisión del funcionamiento y cumplimiento de dichos modelos”?

Nuestra opinión es afirmativa al respecto. El Órgano de administración no entra en la ejecución material de la prevención de delitos, considerando ésta como control de la sociedad, más que en su definición y monitorización periódica. Por lo tanto, la supervisión de los modelos de prevención es la ejecución material de los mismos en tanto que política de control de la sociedad.

⁶⁶⁷ Así, la verificación periódica de los mismos se establece como contenido intrínseco de los modelos de organización y gestión para que la persona jurídica pueda gozar de la eficacia exonerante (punto 6º del apartado 5 del artículo 31 bis: “realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes en sus disposiciones o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”)

⁶⁶⁸ Y ello por cuanto la expresión contenida en el punto 1º del apartado 2 del artículo 31 bis integra la conjunción: “adopción y ejecución con eficacia de los modelos de organización y gestión”.

Por ello, parece que la voluntad del legislador es que el Órgano de administración sea quien adopte dichos modelos, como manifestación intrínseca a la definición de las políticas de la entidad, y pueda delegar el control sobre el funcionamiento y eficacia de los mismos (la ejecución material del modelo) en un órgano de nuevo cuño: el OVC o *Compliance officer*.

B. Supervisión, vigilancia y control.

Como decimos, la ejecución con eficacia de los modelos de organización y gestión (confiada al administrador *ex* artículo 31 bis apartado 2.1º) equivale conceptualmente al propio curso vital de los modelos de organización y gestión en prevención de delitos que van a desarrollarse e impregnarse en el seno de la entidad.

De modo que no apreciamos diferencia entre la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo que realiza el *Compliance officer* y la ejecución de los mismos que la ley parece confiar al Órgano de administración de forma primaria.

Más aún cuando a dicha ejecución se une el apelativo de “eficacia” y todo ello está interconectado con las tareas propias del *Compliance officer* relativas a la detección de incumplimientos, propuestas de mejora en las medidas correctivas, necesidad de analizar nuevos riesgos, etc⁶⁶⁹.

Todo ello lógicamente será matizable con las funciones que vía contractual se asignen al *Compliance officer*, y la efectiva asunción de las mismas en el día a día de la entidad, las cuáles pueden ir más allá o más acá de la mera supervisión y control⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ Sobre los criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión que propone la FGE véase la página 51 de su Circular 1/16, entre los que pueden leerse, el compromiso de la alta dirección de la compañía con estos modelos de organización y gestión dirigidos a prevenir delitos o la rigurosidad de la entidad en la elección de directivos y administradores que son los que, en definitiva, van a encarnar la voluntad social. Se encuentra el análisis que hemos realizado sobre ello en el apartado “Eficacia e idoneidad de los modelos de prevención de delitos.”

⁶⁷⁰ O, dicho de otro modo, como ya ha sido apuntado, las distintas gradaciones que admite el etéreo concepto “supervisión” admiten distintos perfiles de OVC o *Compliance officer*.

Y es que, los propios modelos de organización y gestión establecerán las funciones concretas de los distintos órganos de la empresa en materia de cumplimiento normativo y gestión de riesgos empresariales, de manera que la propia auto-regulación será la fuente a la que acudir para conocer las funciones del *Compliance officer* (o de los otros órganos de la entidad con funciones en dichas materias⁶⁷¹) y determinar si se ha producido o no una infracción de sus deberes de vigilancia y control, siempre, claro está, que el *Compliance officer* haya asumido realmente tales deberes o se le haya provisto de las facultades necesarias para el ejercicio de los mismos⁶⁷².

C. ¿Delegación de facultades propias del Órgano de administración?

Pasamos ahora a analizar si la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de prevención de delitos confiada al *Compliance officer*, a la que se refiere el artículo 31 bis apartado 2.2 del Código Penal, constituye o no una delegación de las facultades propias del administrador.

En el punto 4 del citado apartado 2 del artículo 31 bis, encontramos también referencias a: “funciones de supervisión, vigilancia y control” en relación con el *Compliance officer*.

⁶⁷¹ Ese es precisamente el sentido que la FGE ha conferido a los modelos de organización y gestión desde el inicio del debate del cumplimiento normativo. Así se establece en la Circular 1/16 sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, en donde se expresa que los modelos serán el documento al que acudir para conocer si cada uno de los distintos órganos ha dado o no debido cumplimiento a las funciones de su cargo. Así puede leerse: “La dificultad de identificar los concretos deberes de control que personalmente son exigibles a las personas físicas constituía otro reproche al modelo. En efecto, la propia naturaleza de la actividad empresarial, regida por principios de especialidad, de división del trabajo y de complementariedad en la persecución de objetivos comunes, puede obstaculizar notablemente la necesaria individualización. Tanto más si la estructura societaria se ha establecido precisamente para eludir la responsabilidad individual frente a determinados delitos. Los novedosos modelos de organización y gestión vendrían a corregir esta limitación, mediante la rigurosa identificación de las obligaciones de vigilancia y control que atañen a cada individuo.”

⁶⁷² Sobre la efectiva asunción de las funciones en la empresa, *cfr.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Seis tesis sobre la autoría en el delito contra la seguridad de los trabajadores” en HORTAL IBARRA, J.C. (Coord.): *Protección penal de los derechos de los trabajadores: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Edisofer, Buenos Aires: B de f, Madrid -Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 203-226. Las responsabilidades penales no se establecen en función de un criterio formal, sino en atención a las funciones que materialmente desarrolle el sujeto en concreto y su dominio sobre el hecho delictivo en cuestión.

Hemos visto en el anterior apartado que las competencias básicas del administrador son, el gobierno, la gestión general de la empresa y la representación de la misma, determinando las políticas de la entidad. Asimismo, hemos visto también como la legislación mercantil establecía para el administrador un deber de adopción de medidas de dirección y control, bajo un deber genérico de lealtad y diligencia⁶⁷³.

De manera que, se trata de analizar si las funciones de supervisión, vigilancia y control, en concreto, la supervisión del modelo de prevención de delitos, atribuidas al *Compliance officer*, forman parte intrínseca del contenido primario de las funciones del Órgano de administración.

Es un hecho incontestable que dentro de la determinación de las políticas de la sociedad que compete en exclusiva, como veremos a continuación, al Órgano de administración⁶⁷⁴, está la definición de la política de prevención de riesgos penales. Asimismo, una política de prevención de riesgos penales se materializa en la adopción de unos “modelos de organización y gestión que incluyen medidas para prevenir delitos” (artículo 31 bis Código Penal punto 1 apartado 2), entendiéndose por ello, la estructuración orgánica de la prevención en la entidad, la coordinación de las distintas áreas, la dotación presupuestaria, etc. Es decir, funciones propias (y exclusivas) del administrador, en atención a la definición de “gestión” a la que se refiere el artículo 209 LSC.

Asimismo, dentro del deber de control del empresario (artículo 225.2 LSC) está el deber de control de los riesgos empresariales y, dentro de éste, el control de los riesgos penales, como manifestación máxima de riesgo empresarial. El deber de control de riesgos penales se materializa en el control del cumplimiento y funcionamiento de la política de prevención de riesgos penales, contenido intrínseco de los modelos de organización y gestión que incluyen medidas idóneas para prevenir delitos y de la función del *Compliance officer*.

⁶⁷³ Artículos 225.2, 227 y 236 LSC.

⁶⁷⁴ Artículo 249 bis b. LSC.

De manera que, el *Compliance officer* recibe funciones propias de control del Órgano de administración. La cuestión a analizar ahora es si la recibe por delegación o como encargo de una función determinada.

Si la respuesta es que se trata de una delegación de facultades, deberá analizarse si son delegables dichas facultades o, por el contrario, se trata de facultades indelegables del administrador. Deberá analizarse también qué funciones residuales de vigilancia y control sigue ostentando el Órgano de administración⁶⁷⁵.

Como veremos más adelante, las delegaciones de funciones en el ámbito empresarial suponen el reparto de las competencias entre delegante y delegado y, con ello, la transformación de las responsabilidades⁶⁷⁶.

Si, por el contrario, concluimos que la supervisión del funcionamiento y control de los modelos de organización y gestión y el deber de vigilancia o control empresarial, son comportamientos estancos, escenario en el cual el segundo no se ve afectado por el primero, defenderemos que la función de la supervisión y control del “funcionamiento y cumplimiento” de los modelos de prevención de delitos del *Compliance officer* es una asignación de competencias o el encargo de una función muy determinada⁶⁷⁷ y no símbolo de una verdadera delegación de los deberes de supervisión, vigilancia y control, ni siquiera parcial, facultades, que continúa manteniendo el administrador (o, en su caso, sus otros órganos delegados) en su totalidad.

Como veremos más adelante, si se trata de una mera ejecución de una tarea o encargo de una función, no se transfieren competencias ni facultades, más que algún deber de actuación, y, por lo tanto, no se generan posiciones de garantía ya

⁶⁷⁵ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario...”, *op. cit.*, pp. 209-227.

⁶⁷⁶ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales...”, *op. cit.* considera que la delegación es una fuente de deberes penales.

⁶⁷⁷ Partidaria de esta segunda opción, *vid.* MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El *criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones...”, *op. cit.*, pp. 733-782.

que estaríamos ante la ejecución de un mandato. En esos ámbitos rige el principio de separación de esferas.

Por el contrario, en el escenario de la delegación de facultades sí hay una transformación de la posición de garantía del delegante⁶⁷⁸. Procede, por lo tanto, a partir de este momento, analizar esta cuestión.

Como hemos visto, dentro del cargo del *Compliance officer*, pueden existir perfiles muy distintos. Y, a mayor abundamiento, dentro de las funciones formalmente asignadas, la asunción material de las mismas, determinante en sede penal, variar de uno a otro caso⁶⁷⁹.

En algunas empresas, se contratará un perfil de *Compliance officer* que realmente velará por la seguridad en la misma (en el sentido que pueda otorgarse a la prevención de riesgos penales), o por el cumplimiento normativo (órganos de cumplimiento) y, en otros casos, se optará por un perfil más asesor y de control de quienes sí tienen deberes de seguridad en la empresa (léase, los responsables correspondientes de los departamentos de medio ambiente, calidad, prevención de riesgos laborales, etc.) con el consiguiente reporte al Órgano de administración⁶⁸⁰.

En nuestra opinión, como hemos dicho, aunque el modelo de *Compliance officer* por el que parece optar el Código Penal no es un cargo “líquido” sino una institución que personaliza la cultura del cumplimiento en la entidad y la prevención de delitos, en cualquiera de los perfiles de *Compliance officer* por el que se opte, se constata una delegación de facultades (de más o menos grado) del empresario en dicha figura⁶⁸¹.

⁶⁷⁸ En este sentido, además del ya citado Montaner Fernández, *vid.* FIORELLA, A.: *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Editorial Nardini, Florencia, 1985, p. 45 y ss.

⁶⁷⁹ El Derecho Penal no imputa objetivamente la comisión de un delito en función de un cargo formal, sino en función de las funciones propias del cargo, realmente a él atribuidas, y del dominio sobre el hecho delictivo.

⁶⁸⁰ Efectúa esta distinción también LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)..., *op. cit.*, p. 327.

⁶⁸¹ En contra de esta tesis, *cfr.* ROBLES PLANAS, R.: “El responsable de cumplimiento (*Compliance Officer*) ante el Derecho Penal” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y*

Y es que el *Compliance officer*, se configura, a partir de su designación, como un órgano social, imbricado en el día a día de la organización societaria, y que tiene confiado por parte del Órgano de administración la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de una determinada política de la entidad: la política de control de riesgos penales⁶⁸².

Efectuemos, a continuación, un somero análisis de los requisitos que debe respetar toda delegación de funciones. Estos son⁶⁸³:

- Que el delegante sea competente (formal y materialmente) en las funciones que pretende delegar⁶⁸⁴.

En este punto, algunos autores⁶⁸⁵ defienden que no hay delegación de funciones entre administrador y directivo por cuanto el administrador no es competente materialmente del área de negocio o producción del directivo en cuestión. Por ello, defienden que se trata de una distribución o asignación de competencias pero

Compliance..., *op. cit.*, pp. 319-330, quien considera que se trata de una asignación de competencias al *Compliance officer*, principalmente competencias relacionadas con la gestión de las denuncias internas y su reporte al administrador, siendo únicos delegados en las facultades del empresario los responsables de cada área de negocio pero no el *Compliance officer*. Aunque no se describe la frontera de ello con una delegación parcial o fragmentada a favor del *Compliance officer* de las obligaciones del administrador, que tampoco rechaza abiertamente.

⁶⁸² En este sentido, *cfr.* SILVA SÁNCHEZ, J.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial..., *op. cit.*, p. 99, denomina al *Compliance officer* “delegado de vigilancia” partiendo de que el *Compliance officer* adopta por delegación el deber de vigilancia que ostenta el administrador, pero realizando la salvedad de que el deber de corrección de los subordinados que ostenta el administrador no puede delegarse.

⁶⁸³ Para profundizar en la figura de la delegación de funciones, *cfr.* *Ibid.*, pp. 166-185. *Vid.* asimismo MONTANER FERNÁNDEZ, R.: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2008, p. 84 y ss.

⁶⁸⁴ No podrá hablarse de posición de garante del delegado si el delegante previamente no ostenta esa posición de garante sobre la competencia que delega. En este sentido, VERJANS, T.: “Neue – strafbewehrte- Pflichten zur Verhinderung und Anzeige von Straftaten am Beispiel von *Compliance*”, en KEMPF, E./ LÜDERSEN, K./ VOLK, K. (Eds.): *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt? [Economy vs. Law on the Financial Market?]*, Institute for Law and Finance Series, Editorial De Gruyter, Berlín, 2011, pp. 145-157, en relación con la delegación de la posición de garantía del administrador al *Compliance officer*. En el mismo sentido, MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” en *Memento experto Reforma penal: Ley Orgánica 5/2010*. Madrid: Francis Lefebvre, 2010, pp. 3750-4125.

⁶⁸⁵ *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, J.M./ PASTOR MUÑOZ, N./ MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “La responsabilidad penal de los administradores..., *op. cit.*, edición digital.

no de una delegación, por cuanto todo lo que compete al administrador es esa labor organizativa, estructuralmente hablando, de la empresa⁶⁸⁶.

En el caso del *Compliance officer*, las funciones de éste son de “supervisión, vigilancia y control” del cumplimiento y funcionamiento de una política de la entidad, cual es, la de prevención de delitos, de manera que la conclusión no puede ser otra que el administrador es competente formal y materialmente de lo que delega en este caso: el control de una política de la entidad (artículo 225.2 LSC).

- La delegación debe efectuarse a persona idónea, entendiéndose por ello, capacitada y formada para el desarrollo de las funciones para la que es contratada.
- La delegación debe suponer la autonomía del delegado en el sentido del desarrollo de sus funciones con los medios necesarios, la capacidad financiera y de auto-organización de su parcela⁶⁸⁷.

Como puede observarse, es principalmente en este punto en el que los ecos del Código Penal en la regulación de las funciones de Órgano de administración y *Compliance officer* parecen tender más hacia una verdadera delegación de funciones: así y, entre ellas, como veremos a continuación, las referencias a que el órgano de supervisión deberá desarrollar su función con “*poderes autónomos de iniciativa y control*”, además de estar dotado con los suficientes recursos económicos y financieros.

Por ello, acudamos ahora a las referencias al *Compliance officer* que se contienen en el Código Penal, referencias, podemos anticipar ya desde este momento,

⁶⁸⁶ “Deberes organizativos” o “deberes primarios de control”, *Ibid.*

⁶⁸⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ lo denomina “dotación de dominio” en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales...”, *op. cit.*, p. 166-185, lo que comporta, en su opinión, poder de influencia material y de dirección de personal y debe integrar capacidad financiera, instrumentos, y facultades de paralización de la actividad peligrosa; además de la necesaria formación e información para observar las funciones que de él se pretenden y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y los medios para su control.

claramente ilustrativas de que estamos frente a una verdadera delegación de funciones cuanto menos en la regulación. Como hemos dicho, esta anticipada conclusión solo se ratifica con la realidad de cada organización societaria.

Así:

- El apartado 5.3º del artículo 31 bis dispone la dotación de los recursos financieros necesarios al *Compliance officer*, aspecto característico de la delegación de funciones;
- La ejecución de sus funciones con autonomía en la iniciativa y control, aspecto también característico del ejercicio de las funciones de un delegado;
- La referencia a que “*la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos ha sido confiada⁶⁸⁸ a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control o...*”⁶⁸⁹, por cuanto solo puede confiarse aquello que es propio;
- Que el Código Penal haga referencia a idénticos deberes de supervisión, vigilancia y control tanto para los sujetos de la letra a) del apartado 1 del artículo 31 bis (entre los que se incluyen los administradores, alta dirección y representantes legales, entre otros posibles) como para el *Compliance officer* (en el apartado 2.4º del artículo 31 bis)⁶⁹⁰;

⁶⁸⁸ El subrayado es nuestro.

⁶⁸⁹ Artículo 31 bis 2.2.^a, aunque, de nuevo, podemos decir que, situados en el modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por el hecho propio, se considerará hecho propio de la persona jurídica aunque su ejecución material se realice por el órgano de administración.

⁶⁹⁰ Así puede leerse en el apartado 1 del artículo 31 bis letra 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 aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso” y en el apartado 2.4º de idéntico artículo 31 bis: “no se ha producido una omisión ni ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a.” Aunque también es cierto que ello podría ser simplemente indicativo de que el *Compliance officer* se incluye en los sujetos de la letra a) del apartado 1 del artículo 31 bis, tal y como opina la FGE.

- El hecho de que para el caso de las empresas que presentan cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas, las funciones del *Compliance officer* puedan residenciarse en el Órgano de administración (artículo 31 bis apartado 3) y, por lo tanto, no deban “confiarse” a ningún órgano de nueva creación.

Lo mismo ocurre en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, en el que la legislación establece expresamente que los deberes del administrador en esta materia pueden ser delegados tanto en los propios trabajadores, como en servicios internos de prevención formados por personal especializado o en servicios externos de la empresa. Para ello se requerirá que (artículo 13 LPRL) éstos cuenten con la suficiencia formativa, técnica y presupuestaria para el desarrollo de su cargo, correspondiendo al administrador, no obstante, el resultado sobre las acciones de dicho control, esto es, la decisión de cuando el mismo debe ser modificado por que los riesgos empresariales (en este caso en materia laboral) no se están neutralizando de la debida forma.

Sin embargo, debemos realizar algún apunte a la conclusión de que las funciones del *Compliance officer* son una delegación de facultades del Órgano de administración:

- La regulación mercantil cuando se refiere a la delegación de facultades del Consejo de Administración⁶⁹¹ solo hace referencia al consejero delegado y a las Comisiones que hubiera constituido⁶⁹². Ni siquiera, como hemos visto, a

⁶⁹¹ Así puede verse en el artículo 249 LSC titulado “Delegación de facultades del Consejo de Administración” (y no del administrador, como si solo pudiera delegar sus facultades el Consejo y no un administrador único o mancomunado).

⁶⁹² Ciertamente es que dicha redacción entró en vigor, como hemos dicho, el 24 de diciembre de 2014, esto es, con carácter anterior a la promulgación de la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, que introdujo la figura del *Compliance officer*.

los directivos⁶⁹³, aunque sí se reserva sobre ellos un deber de supervisión claro.

También es cierto que tal delegación puede realizarse al margen de la legislación mercantil, como ocurre en el caso de la LPRL, la cual, expresamente posibilita la delegación de facultades del administrador (más bien deberes de prevención de riesgos) a favor de distintos sujetos.

En el mismo sentido, podríamos defender aquí que aunque el *Compliance officer* no tenga la consideración en la regulación mercantil de “órgano delegado” del Consejo de Administración, ello no impide que no se le puedan delegar ciertas facultades de control (incluso de representación, como hemos visto), tal y como ocurre en el caso de los directivos respecto a sus funciones de gestión (y representación) empresarial.

- Podríamos plantearnos si el hecho de que el modelo español sea un casi exacto reflejo de la legislación italiana en la materia, y que, en ésta última, el *Compliance officer* se configure, como hemos visto, como agente independiente de control que no solo controla a los órganos situados por debajo del Órgano de administración (como sucede en el modelo americano) sino también a éste, no choca con la idea de que el Órgano de administración esté delegando facultades al *Compliance officer*.

En este sentido, ¿cómo va a controlar, como manifestación de una delegación de las facultades de control del administrador, el delegado al delegante? ¿Es que el Órgano de administración puede o debe controlarse a sí mismo?

Encontramos la única respuesta válida nuevamente en el hecho propio de la persona jurídica. Es decir, los modelos de organización y gestión (que incluyen la designación del *Compliance officer*) son hecho propio de la

⁶⁹³ En la línea apuntada antes por Silva Sánchez. *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, J.M./ PASTOR MUÑOZ, N./ MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “La responsabilidad penal de los administradores...”, *op. cit.*, edición digital.

estructuración del control de la persona jurídica aunque físicamente su adopción la realice el Órgano de administración e incluso éste tenga también deberes organizativos en la persona jurídica como órgano de ésta⁶⁹⁴.

El escenario óptimo sería aquel en el que el *Compliance officer* fuera un órgano paralelo al Órgano de administración (no dependiente jerárquicamente a éste), a ser nombrado por la Junta de Accionistas o Socios como ocurre con el primero. De manera que, en ese caso, sí sería un órgano verdaderamente independiente y no tendría por qué recibir facultades delegadas del Órgano de administración sino que tendría las suyas propias que le otorgarían los accionistas o socios de la entidad, entre las que se encontraría la supervisión del Órgano de administración en cuanto a cumplimiento normativo. Así ocurre, por ejemplo en Italia con el Collegio Sindacale, órgano al que, desde la modificación efectuada por Ley 183/2011 (art. 4-bis), se le pueden atribuir las funciones del organismo de vigilancia⁶⁹⁵

⁶⁹⁴ Así debe entenderse como hemos visto la referencia al “*incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los subordinados*” del artículo 31 bis apartado 1 letra b) si optamos por un modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica por el hecho propio y no por simple derivación de la responsabilidad de sus órganos.

⁶⁹⁵ Artículo 4 bis “Nelle società di capital il collegio sindacale, il collegio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell’Organismo di Vigilanza di cui al comma 1, lettera b). “ Una opción pensada como posible elección en favor de empresas reacias a multiplicar organismos y procedimientos de vigilancia. Según la doctrina italiana, dada la absoluta autonomía de dicho órgano (previsto para las sociedades de capital), resulta idóneo para el control de la administración de la sociedad. En efecto, en Italia, las funciones previstas en el D. Leg. 231/2001, pueden ser asumidas por el denominado “Collegio Sindacale”, órgano societario de vigilancia previsto en el Código Civil italiano y que resulta obligatorio en las sociedades por acciones y en la sociedades comanditarias, siendo facultativo en el resto (en las sociedades de responsabilidad limitada sólo es obligatorio si la sociedad no puede formular balance abreviado o si la sociedad está obligada a formular balance consolidado). De acuerdo con el art. 2397 CC, el órgano se compone de tres o cinco miembros (aunque la Legge 13 diciembre de 2010, n. 220, ha previsto para ciertos casos la posibilidad de un órgano unipersonal). La elección de los miembros está sometida a férreas causas de incompatibilidad (de parentesco con los administradores, o relaciones de negocio o de trabajo con la misma sociedad) y de requisitos profesionales (los miembros del colegio deben ser elegidos entre los inscritos en el registro de contables, o pertenecer a alguna clase de los profesionales que establece un decreto del Ministerio de Justicia, o deben ser profesores universitarios de materias económicas o jurídicas). Tiene incluso facultades de cesar a los administradores tras ratificación por parte de la junta general de accionistas, asumiendo en el ínterin funciones de administración. La posibilidad de conferir a este órgano las funciones de vigilancia del modelo no ha estado exenta de polémica, pues si por un lado su independencia está garantizada, algunos reparan en que por sus propias características estaría

En consecuencia y en nuestra opinión, tal y como sucede en el ámbito del riesgo laboral, la supervisión del funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención de delitos (como auténtica política empresarial de la entidad) confiada al *Compliance officer*, puede configurarse como una delegación de funciones del administrador (y en este sentido se expresa el Código Penal), si bien, lo ideal, dentro de un modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica puramente por el hecho propio, sería que su designación y control correspondiera a la Junta (de Accionistas o Socios) y se constituyera como un órgano verdaderamente independiente y de control en la entidad, paralelo, y no dependiente, al Órgano de administración.

D. ¿Facultades indelegables del Órgano de administración?

Corresponde al objeto del presente apartado el análisis de si las funciones de vigilancia, control y supervisión que se pueden conferir al *Compliance officer* con el objeto de lograr la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica, son o no funciones o facultades que el órgano de administración puede, válidamente, delegar.

Como hemos anticipado, entre las “*medidas para la buena dirección y control de la sociedad*” que, dentro del deber de diligencia, corresponde al Órgano de administración adoptar (artículo 225.2 LSC), está, o puede estar, la implementación de una política de control de riesgos penales.

Establece el artículo 249 bis LSC⁶⁹⁶ como facultades indelegables del Consejo de Administración, entre otras⁶⁹⁷, las siguientes:

privado de las características de “estructura interna” y de continuidad propios del OVC. Sobre el particular, *vid.* MASTRO/ARTUSI, “La Costante evoluzione dell’Organismo di Vigilanza: multiformità della struttura e responsabilità dei suoi membri”, en *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, op. cit., pp. 67 y ss.; PISANI, “I requisiti di autonomia e di indipendenza dell’Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d. lgs. 231/2011, *Rivista* n. 1-2008, pp. 156 y ss.

⁶⁹⁶ En su redacción dada por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en la que se proponen mejoras para el gobierno corporativo de las empresas, en vigor desde el 24 de diciembre de 2014.

- La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado.
- La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad.

Si ello lo comparamos con la regulación de las sociedades cotizadas que se establece en la LSC artículo 529 *ter* denominado “*Especialidades del Consejo de Administración*” encontramos que en ésta se refiere expresamente a la “política de control de riesgos” para otorgarle el carácter de facultad indelegable a:

- La determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y
- La supervisión de los sistemas internos de información y control.

Asimismo, en las sociedades cotizadas, la Comisión de Auditoría⁶⁹⁸ deberá supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos, incluidos los fiscales, así como proponer mejoras que puedan detectarse, y el informe de gobierno corporativo deberá incluir los sistemas de control de riesgo⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ Entre ellas las siguientes: su propia organización y funcionamiento; la formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general; la formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada, el nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato, el nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución, las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general, la convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos, la política relativa a las acciones o participaciones propias o las facultades que la junta general hubiera delegado en el consejo de administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas.

⁶⁹⁸ Integrada según el artículo 529 quaterdecies punto 1 por: “La comisión de auditoría estará compuesta exclusivamente por consejeros no ejecutivos nombrados por el consejo de administración, dos de los cuales, al menos, deberán ser consejeros independientes y uno de ellos será designado teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o en ambas.”

⁶⁹⁹ Artículo 529 *ter* quaterdecies LSC.

Como se observa, además de la determinación de las políticas estratégicas de la entidad (entre ellas, la de control y gestión de riesgos, en las sociedades cotizadas), se establece como facultad indelegable del Consejo de Administración la “supervisión”. En el caso de las sociedades cotizadas, la supervisión de los “sistemas internos de información y control”, en el resto de sociedades “de los órganos delegados, las comisiones que hubiera constituido y los directivos que hubiera designado.”

Con ello, además de constatarse el origen de la referencia que realiza la FGE a los administradores en su Circular 1/16 (“*los deberes de supervisión... que les competen personalísimamente*”)⁷⁰⁰, también se constata que la referencia a la política de control y gestión de riesgos, así como la referencia a los sistemas internos de información y control, no se contiene para las sociedades que no son cotizadas.

Nuestro punto de vista sobre esta situación es que, a pesar de que ello sea así en la legislación mercantil positiva, la realidad indiscutible de que cada vez más sociedades no cotizadas se dotan de políticas de control y gestión de riesgos (también penales)⁷⁰¹, las cuáles, en definitiva, se constituyen como auténticos “*sistemas internos de información y control*”, nos hace inferir que, en aquellas sociedades que, aun no siendo cotizadas, cuenten con ese tipo de política de control de riesgos, las facultades de determinar la política y supervisar el sistema interno de información y control, recaerán de forma indelegable en el Consejo de Administración.

⁷⁰⁰ Doc. cit., p. 23: “*Se trata de que la delegación de funciones y el principio de confianza propios de la actividad societaria, no sirvan de excusa a los administradores para desatender los deberes de supervisión, vigilancia y control que les competen personalísimamente*. Aunque dicha referencia es realizada por la FGE al respecto de los deberes de supervisión de administradores, representantes legales y *Compliance officer* sobre subordinados.

⁷⁰¹ Como reflejo de lo previsto en el Código Unificado de Buen Gobierno para las sociedades cotizadas del año 2006 (disponible en https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf). Todo ello, como hemos visto, se ha generalizado a las sociedades de capital en genérico, hasta el punto que el Código Penal lo ha introducido sin hacer diferencia alguna entre sociedades cotizadas y sociedades no cotizadas.

Lo que, de partida, adelanta la conclusión de que los modelos de organización y gestión son considerados una auténtica política de control de riesgos y, por ese motivo, el Código Penal confía la adopción de los mismos al Órgano de administración.

Además de ello, y respecto a las funciones de supervisión, vigilancia y control del *Compliance officer* sobre la política de prevención de riesgos penales de la entidad, pueden realizarse dos interpretaciones: (i) que el *Compliance officer* es elemento integrante del sistema interno de información y control (modelo de prevención de delitos) y, por ello, su supervisión compete de forma indelegable al Órgano de administración, o (ii) que el *Compliance officer* es un órgano con funciones delegadas del Órgano de administración a supervisar de forma indelegable por el órgano delegante, como veremos a continuación.

En ambos casos la supervisión tiene como finalidad estar en disposición de tomar una decisión informada acerca de si estos modelos de prevención son eficaces e idóneos para el fin propuesto o, alternativamente, procede alguna modificación o corrección (entre ellas, la remoción del *Compliance officer*).

Lo contrario sería entender que la supervisión del modelo de prevención de delitos es una facultad indelegable y única del Consejo de Administración y, por lo tanto, todo lo que hace el *Compliance officer* es simplemente asumir el encargo de una función determinada (un deber de reporte de sus funciones de medio policía-medio auditor), sin delegación de facultades.

Un caso similar, por ejemplo, a las auditorías que puede encargar el Órgano de administración para verificar la eficacia de los controles internos de la sociedad (entre ellos, el modelo de prevención de delitos). Estas auditorías responden al encargo de un mandato determinado, cual es verificar si se cumplen los requisitos para considerar eficaz y eficiente el control interno en la entidad y plasmarlo en el correspondiente informe de auditoría, sin traslación alguna de facultades de supervisión, vigilancia y control propias del administrador.

Sin embargo, no parece que el texto del Código Penal esté pensando en eso⁷⁰², al configurar al *Compliance officer* como “*órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control*” y elemento esencial del sistema de prevención de delitos.

A todo ello hay que añadir que el concepto “supervisión” no es un concepto unívoco sino que admite distinta gradación y niveles de intervención en los distintos sujetos que componen el escalafón societario.

Por ello, lo que la LSC proscribía es la delegación de la supervisión *in totum*, permitiéndose, no obstante, una supervisión de grados diversos entre el Órgano de administración y el OVC.

Las funciones materiales de supervisión, vigilancia y control se pueden ejercitar por personas distintas al administrador⁷⁰³, tal y como expresamente dispone además nuestro propio Código Penal⁷⁰⁴, pero no la labor de supervisar los sistemas internos de control o el desempeño de las funciones por parte de los órganos delegados a efectos de su fiscalización o aprobación de su gestión (artículo 249 ter LSC a).

Asimismo, también es indelegable la definición (entendiendo por esta, la aprobación) de las políticas empresariales de la entidad (entre ellas, la política de prevención de riesgos penales y, en consecuencia, el modelo organizativo de prevención en la entidad), aunque, como hemos visto, el *Compliance officer* puede intervenir en su definición.

⁷⁰² Quizás sí la FGE cuando, para realizar su correspondencia advertencia, se pronuncia en la Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas del siguiente modo: “*se trata de que la delegación de funciones y el principio de confianza propios de la actividad societaria, no sirvan de excusa a los administradores para desatender los deberes de supervisión, vigilancia y control que les competen personalísimamente.*”

⁷⁰³ Como señala BOCK, D.: *Criminal Compliance.. op. cit.*, p. 762: “la labor de supervisión y vigilancia no tiene por qué ser desarrollada personalísimamente por el administrador, puede ser delegada.”

⁷⁰⁴ Artículo 31 bis 2.2.: “la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control”.

Por ello, algunos autores han señalado que se está encargando al *Compliance officer* la definición de la estructura organizativa de la entidad en materia de control de riesgos⁷⁰⁵, cuando la estructuración del control interno en la entidad corresponde de forma indelegable al administrador como determinación de las políticas o estrategias generales de la sociedad (artículo 249 ter LSC).

Se plantea un ulterior problema relativo a la supervisión y control del *Compliance officer* sobre directivos.

En efecto, el objeto de la supervisión, vigilancia y control del *Compliance officer* sobre el cumplimiento y funcionamiento de los modelos de prevención de delitos lo es también sobre empleados y directivos (e incluso, como hemos visto, en nuestro modelo de agente independiente derivado del modelo italiano, sobre administradores).

Sin embargo, tal y como hemos señalado anteriormente, al amparo de lo previsto en el artículo 249 ter LSC, la supervisión y el control del efectivo funcionamiento de las comisiones que el Órgano de administración hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y los directivos que hubiera designado, es una facultad indelegable del Consejo de Administración, desde la entrada en vigor de la reforma que introdujo tal precepto el 24 de diciembre del año 2014.

En este sentido, muchos autores, si bien es cierto que, anteriormente a esa fecha, se habían mostrado abiertamente favorables a la delegación de la facultad de

⁷⁰⁵ Sobre ello se pronuncia LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)..., *op. cit.*, p. 329, cuando manifiesta que: “.cabe preguntarse si lo que en ocasiones podría pedirse al oficial es precisamente esta función de diseño y ejecución de las delegaciones (...) Que fácticamente eso se pueda hacer no significa que esté permitido hacerlo jurídicamente o, mejor, que tenga los efectos pretendidos por el delegante originario. Más bien parece que se trata de una función indelegable sin subvertir el sentido de la posición de garantía primaria, que consiste en controlar los riesgos o hacerlo por delegación, sin que parezca permisible la des-responsabilización que supondría hacerlo por delegación de la delegación”. En el mismo sentido, MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El criminal *Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones..., *op. cit.*, pp. 733-782, quién considera que el *Compliance* es una forma de organizar la división del trabajo en la empresa.

vigilancia del administrador sobre sus directivos al *Compliance officer*, considerando a éstos delegados del administrador⁷⁰⁶.

Otros autores, habían escrito en genérico sobre la delegación de las funciones de vigilancia de los superiores jerárquicos respecto a sus subordinados, aspecto al que no se extiende la indelegabilidad propia únicamente del Consejo de Administración⁷⁰⁷.

Sin embargo, cabe decir en línea con todos ellos, que, en nuestra opinión, no opera la cláusula de indelegabilidad prevista en el artículo 249 ter LSC, por cuanto el *Compliance officer* no realiza sobre los directivos (ni los empleados) una verdadera labor de supervisión del correcto ejercicio de sus funciones, de su “actividad” (en los términos del artículo 249 ter a. LSC), en tanto desempeño de su cargo en la delegación que han recibido del Órgano de administración.

⁷⁰⁶ En este sentido, Dopico Gómez Aller consideraba que el administrador delega en sus directivos el deber de vigilancia y control de la actividad empresarial y guarda un deber de supervisión activo sobre ellos que le obliga a un reporte periódico del subordinado al administrador. Posteriormente, el administrador delega tal deber de supervisión del directivo en el *Compliance officer* y su deber de supervisión activo sobre el directivo muta a un deber de supervisión pasivo que “le obliga a mantener cierto grado de comunicación con quienes ejecutan materialmente la tarea” (no con el delegado de vigilancia, *Compliance officer*). En este sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 346. También, *cfr.* BOCK, D.: *Criminal Compliance*, Editorial Nomos, Baden Baden, 2011, para quien el deber de supervisión y vigilancia del administrador puede ser delegado. También en este sentido, *vid.* KRAFT, O./ WINKLER, K.: “Zur Garantenstellung des *Compliance officers*. Unterlassungsstrafbarkeit durch Organisationsmangel?”, *Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ)*, 1/2009, pp. 29-34.

⁷⁰⁷ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial..., *op. cit.*, p. 99, al manifestar: “el deber de vigilancia que retiene el superior jerárquico cuando delega competencias en sus subordinados es asimismo delegable.”. Asimismo, en la página 103 del citado artículo incide al considerar “el deber de vigilancia propio de los órganos superiores de la empresa es delegable en terceros internos o externos a la empresa”. En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales..., *op. cit.*, p. 171 y p. 178: “ese deber remanente de control del delegante podrá ser a su vez delegado en personas especializadas cuya función residirá en controlar al delegado en nombre del delegante. Serán así delegados de control del delegado, aunque a su vez, y espero que esto no parezca un trabalenguas, el delegante tendrá que controlar que controlan.”

El cometido del *Compliance officer* es supervisar la eficacia y el cumplimiento de los modelos de prevención de delitos, si bien es cierto que, para ello, supervisará que los distintos sujetos de la entidad (también los directivos) le den cumplimiento.

Pero todo lo que el *Compliance officer* realiza sobre éstos es la supervisión del cumplimiento y eficacia de las medidas de prevención de delitos que le han podido ser asignadas, no la supervisión o vigilancia de la actividad del directivo, en cuanto a control de su gestión.

De manera que, desde el punto de vista del objeto a supervisar, podemos decir que no es el mismo el del Órgano de administración que el del *Compliance officer* sobre idéntico organismo delegado (los directivos).

El Órgano de administración deberá fiscalizar el ejercicio de las funciones que ha delegado en su comisión delegada, su directivo o cualesquiera otro órgano delegado (entre ellos también el *Compliance officer* como órgano delegado) a fin de determinar si el ejercicio es correcto o debe proceder a su corrección o incluso a su sustitución.

Por su parte, el *Compliance officer* se limitará a velar por el cumplimiento de determinados protocolos o procesos que han sido diseñados como medidas de prevención de delitos en el seno de la entidad, a supervisar y vigilar el correcto funcionamiento de los modelos de organización y gestión dirigidos a prevenir delitos o reducir el riesgo de su comisión.

Por lo que en nuestra opinión no opera la prohibición del artículo 249 ter LSC por cuanto el Órgano de administración no está delegando en el *Compliance officer* una facultad indelegable cual sería la supervisión del correcto ejercicio de las funciones de sus organismos delegados⁷⁰⁸.

⁷⁰⁸ En contra, y considerándolo indelegable, *cfr.* MEINI MÉNDEZ, I.: *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 379 y ss y MONTANER FERNÁNDEZ, R.: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, *op. cit.*, p. 93.

Por lo tanto, podemos concluir afirmando que el objeto de la delegación que realiza el administrador en el *Compliance officer* no integra el concepto de facultad indelegable del artículo 249 ter o 529 ter LSC, por cuanto la definición de los elementos esenciales de la política de control de riesgos y la supervisión periódica de la eficacia de dicha política (entre dicha supervisión, la supervisión del desarrollo del cargo por parte del *Compliance officer*, como órgano delegado o como parte integrante del sistema interno de información y control) sigue correspondiendo de forma exclusiva y personalísima al administrador.

Asimismo, la supervisión que efectúa el *Compliance officer* sobre directivos tampoco integra la prohibición del artículo 249 ter LSC por cuanto no se supervisa su “actividad” sino el cumplimiento de las disposiciones del modelo de prevención de delitos.

No parece ser esa la opinión de la FGE, cuando, para realizar su correspondiente advertencia, se pronuncia en la Circular 1/2016⁷⁰⁹ del siguiente modo: “*se trata de que la delegación de funciones y el principio de confianza propios de la actividad societaria, no sirvan de excusa a los administradores para desatender los deberes de supervisión, vigilancia y control que les competen personalísimamente*”⁷¹⁰. Entramos sobre esta cuestión a continuación.

E. Transformación de las posiciones de garantía.

Una vez hemos llegado a este punto, tras concluir que existen argumentos suficientes para defender que la delegación de facultades que realiza el Órgano de administración en el *Compliance officer* relativa a la ejecución material del control del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención de delitos

⁷⁰⁹ *Doc. cit.*

⁷¹⁰ Si bien esta referencia en la Circular se realiza en relación con los deberes de vigilancia de administradores, representantes legales y también *Compliance officer* sobre los subordinados contenidos en la letra b) del punto 1 del apartado 1 y no se realiza con respecto a la relación administrador-*Compliance officer*.

es conforme a Derecho, pasamos a continuación a analizar los efectos de dicha delegación en los deberes del administrador como órgano delegante⁷¹¹.

Como hemos anticipado, en una delegación de funciones las posiciones de garantía se transforman al transferirse. Así, el *Compliance officer* podrá asumir por delegación parte de los deberes de control del administrador⁷¹², en concreto, la ejecución del control sobre el funcionamiento y cumplimiento de la política de prevención de delitos de la entidad, adquiriendo y recibiendo, voluntariamente y, en consecuencia, parte de la posición de garante del administrador, del deber de evitación de cursos lesivos que, tal y como desarrollamos anteriormente, ostentaba el administrador⁷¹³.

En consecuencia, la posición de garante del *Compliance officer* sobre la evitación de cursos lesivos nunca podrá ser mayor que la del Órgano de administración, al recibirla este, por vía contractual, como manifestación de una delegación de facultades del Órgano de administración.

La posición de garantía del *Compliance officer* no tiene su fundamento en un deber original de evitar sucesos lesivos, sino que deriva de la delegación que le hace el administrador asumida contractualmente, el cual sí tiene una posición de garante con origen en sus deberes legales como administrador (artículo 209, 225.2 LSC, LPRL o LPBC⁷¹⁴).

⁷¹¹ La posición de garantía recibida por delegación del *Compliance officer* será objeto de disección en el apartado correspondiente a éste.

⁷¹² “También las personas con responsabilidades en la prevención y detección de delitos ostentan deberes en la medida en que los asumen del empresario. Y serán deberes de garante en la misma medida en que lo fuesen los del empresario”. Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica” *op. cit.*, p 345 y ss.

⁷¹³ Sobre las distintas gradaciones de los deberes de evitación del resultado en la doctrina alemana, *vid.* HAAS, V.: “Die Beteiligung durch Unterlassen”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 5/2011, pp. 392-398, disponible en www.zis-online.com.

⁷¹⁴ Artículo 54. Responsabilidad de administradores y directivos. “Además de la responsabilidad que corresponda al sujeto obligado aun a título de simple inobservancia, quienes ejerzan en el mismo cargos de administración o dirección, sean unipersonales o colegiados, serán responsables de las infracciones cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente.”

Asimismo, en grandes estructuras empresariales, el *Compliance officer*, a su vez podrá delegar en miembros de su departamento las funciones que el mismo ha adquirido por delegación.

Por ello, resulta fundamental destacar que la eventual posición de garantía del *Compliance officer* lo es respecto al deber de control del administrador sobre fuentes de peligro que se ubiquen en su ámbito de organización y no respecto al deber de protección de bienes jurídicos⁷¹⁵.

Sin embargo, la delegación de los deberes de supervisión y vigilancia del administrador en el *Compliance officer* no es total y liberatoria del objeto delegado⁷¹⁶, por cuanto al administrador continúan compitiendo tanto las facultades indelegables de: (i) definir los lindes de las políticas empresariales (entre ellas, la política de prevención de riesgos penales y sus modificaciones si entran sobre aspectos relacionados con los elementos esenciales y estructurales de ésta) y (ii) la supervisión del sistema interno de información y control⁷¹⁷ como la supervisión del funcionamiento del órgano delegado⁷¹⁸.

⁷¹⁵ Dicha diferencia parte de la teoría de las funciones de Kaufmann (KAUFMANN, A.: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Göttingen: O. Schwartz, 1959), la cual distingue la responsabilidad del omitente como autor o partícipe, según el tipo de posición de garante que se infrinja. En este sentido BERMEJO, M./ PALERMO, O. “La intervención delictiva del *Compliance officer*” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 171-201, realizan una aproximación crítica a dicha teoría subrayando la intercambiabilidad de tales conceptos, con fronteras muy difusas entre garante de protección y garante de vigilancia. En la línea de lo sentenciado por el BGH en su sentencia de constante referencia en este trabajo, parece que lo más sensato es decantarse por que el *Compliance officer* es garante de vigilancia por cuanto sus obligaciones son de cara a la empresa y no de cara a la protección de intereses de terceros, como podrían ser las del administrador que libremente decide constituir una empresa con los riesgos lesivos para terceros que ello entraña. Mucho más allá llega Silva Sánchez al conferir la condición de garante de control y no de protección al administrador (y no al *Compliance officer*). En: SILVA SÁNCHEZ, J.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial..., *op. cit.*, p. 91.

⁷¹⁶ Este fenómeno ha sido denominado por la doctrina: “desvinculación de la posición de garante”. Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico”. *Diario La Ley*, número 1040, 2013, edición digital, p. 1.

⁷¹⁷ Artículo 529 ter LSC, facultades indelegables del Consejo de Administración para las sociedades cotizadas.

⁷¹⁸ Artículo 249 bis LSC, facultades indelegables del Consejo de Administración.

Así de explícita es la legislación de prevención de riesgos laborales⁷¹⁹ con respecto a las obligaciones que mantiene el Órgano de administración, pese a la delegación: “*el empresario deberá asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma*”; “*las obligaciones de los trabajadores establecidas en la Ley, la atribución de funciones en materia de protección y prevención a los trabajadores o Servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención, complementaran las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia*⁷²⁰, *sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona.*”⁷²¹

Por su parte, el artículo 19.1 RDRL expresamente establece que la responsabilidad en la ejecución de las concretas medidas de prevención es del empresario, sin perjuicio de la responsabilidad cumulativa, en su caso, de las entidades especializadas.”

Y ello por cuanto, una delegación de competencias no supone una liberación absoluta de las competencias delegadas (ni aun en el supuesto de haberse realizado correctamente)⁷²², sino que, el delegante siempre mantiene una suerte de posición de garantía subsidiaria sobre el hecho, que se concreta en su deber de vigilancia y control sobre la actividad del delegado⁷²³.

⁷¹⁹ Artículo 16.2 b) LPRL.

⁷²⁰ Los subrayados son nuestros.

⁷²¹ Artículo 14.4 LPRL.

⁷²² “Como si de una compraventa se tratara” lo define LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)..., *op. cit.*, p. 307. En el mismo sentido, *cfr.* MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El criminal *Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones..., *op. cit.*, lo describe así: “en la delegación se da a otra persona la jurisdicción, el poder o autoridad sobre algo propiedad de quien lo da, pero no se produce una enajenación.” En contra, gran parte de la doctrina laboral (PAVÍA CARDELL, J.: “Responsabilidad penal por el siniestro laboral: una guía para la imputación personal”, *op. cit.*) que considera que este hecho debería tener un efecto excluyente de la responsabilidad del empresario.

⁷²³ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial..., *op. cit.*

Al delegante ya no corresponde el control directo de las fuentes de riesgo que se hallen en el ámbito de competencia nuevo del delegado (en este caso, el control directo del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de prevención de delitos), convirtiéndose el delegado en el principal agente de contención del riesgo, aunque sí se mantiene al delegante como el agente secundario.

El delegante es el responsable de la selección del delegado y, en muchas de las ocasiones, seguirá ostentando el dominio social típico, esto es, la facultad de paralizar la actuación del delegado (principalmente, con su destitución). Sin embargo, con la delegación, lo que en ocasiones el delegante dejará de ostentar, será el dominio del hecho, en el sentido de la evitación del devenir delictivo del mismo, con lo que, en términos de imputación penal, quedará dificultada, en ocasiones, la imputación objetiva del delito al delegante⁷²⁴.

El delegado ostentará a partir de entonces una nueva posición de garantía respecto al bien jurídico que no eliminará la del delegante, sino que la transformará⁷²⁵.

El delegante seguirá manteniendo un deber de supervisión y vigilancia de la actuación del delegado⁷²⁶, reforzada en este caso por la facultad indelegable del Consejo de Administración de supervisar la actuación de los órganos delegados y los “*sistemas internos de información y control*”⁷²⁷, cuya intensidad exigible

⁷²⁴ Así, Dopico Gómez-Aller se refiere a: “los que eran deberes de control y evitación de sucesos lesivos pasan a convertirse en deberes de supervisión y vigilancia de la labor del delegado” en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tónica..., *op. cit.*, p. 344. Sobre los deberes de vigilancia del administrador, *vid.* del mismo autor, “Comisión por omisión”, *Memento Penal Económico y de la empresa*, Editorial Francis Lefebvre, 2011, pp. 51-69.

⁷²⁵ En este sentido, cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R.: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, *op. cit.*, p. 85 y ss, cuando manifiesta que se trata de una técnica transformadora de las esferas de responsabilidad individual, pues tiene lugar una mutación del ámbito de competencia.

⁷²⁶ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario..., *op. cit.*, p. 218 y ss. *Vid.* también PEÑARANDA RAMOS, E.: “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa y en otras organizaciones”, *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor González-Cuellar*, Editorial Colex, Madrid, 2006, pp. 411-430.

⁷²⁷ Como ya hemos referido anteriormente, artículos 249 bis y 529 ter LSC.

variará en función de las circunstancias del caso (el perfil del delegado, la tarea delegable, etc.)

Aún y cuando se ha tratado de defender la exoneración de responsabilidad penal para la figura del delegante que debería conllevar una delegación de funciones bien realizada, la práctica forense demuestra que los Tribunales aplican mayoritariamente la responsabilidad cumulativa en los casos de delegación de funciones, sobre todo en los supuestos en los que el delegante sigue beneficiándose de la actividad que delega, como es el caso del administrador, quien sigue disfrutando del lucro empresarial⁷²⁸, de manera que no le pueden ser ajenos los resultados lesivos que en su ámbito de dominio se puedan producir.

Se produce entonces la responsabilidad cumulativa o la “cotitularidad de la custodia”⁷²⁹.

Cabe mencionar, asimismo, que el Tribunal Supremo ha ido desarrollando una doctrina⁷³⁰ según la cual, el garante (en este caso, el administrador) solo puede desvincularse válidamente de su posición mediante una correcta delegación de funciones si el ámbito en el que se produce dicha delegación no es peligroso *ex ante*⁷³¹.

⁷²⁸ Así, *vid.* PEÑARANDA RAMOS, E.: “Autoría y participación en la empresa” en SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Coord.): *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Colex, Madrid, 2008, p. 183, se refiere a “la delegación no remite las tareas delegadas a un ámbito de responsabilidad ajeno, pues todas las acciones realizadas en el marco de la empresa son siempre también acciones que se encuadran en el círculo de organización de su titular”.

⁷²⁹ En este sentido, *cf.* SCHÜNEMANN, B.: “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa...”, *op. cit.*, pp. 529-588.

⁷³⁰ Entre muchas otras, STS 234/2010, de 11 de marzo en la que puede leerse: “...en cuanto a lo segundo, la vigilancia de actividades ordinarias que, en sí mismas peligrosas, puede requerir mayores exigencias que cuando tal cosa no ocurre. En otras palabras, las actividades peligrosas pueden exigir de los superiores una mayor vigilancia respecto al cumplimiento de las normas y las órdenes emitidas para evitar el daño manteniendo el riesgo dentro de los límites permitidos, que aquellas otras que ordinariamente, es decir, en su ejecución ordinaria, no son creadoras de riesgos para intereses ajenos. Aun en estos casos puede establecerse una excepción cuando existan datos que indiquen al superior un incremento del peligro que lo sitúe en el marco de lo no permitido”.

⁷³¹ Sobre la difícil determinación de ese concepto en términos de seguridad jurídica se pronuncia SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Desvinculación de la posición de garante en el

En caso contrario, si se trata de situaciones que puedan entrañar un riesgo (lógicamente, cuando hablamos de la prevención de “riesgos penales” estamos en esta categoría), el administrador no podrá desvincularse por completo de su posición de garante, sino que mantendrá un determinado deber de cuidado sobre su esfera competencial⁷³².

Esta situación se producirá no solo en la delegación empresario-*Compliance officer* sino en cualquier delegación que se produzca en el marco de la empresa y tenga por objeto el control de fuentes de riesgo, procesos productivos que entrañan riesgos. Y ello por cuanto en esos ámbitos “peligrosos” son necesarias superiores obligaciones de vigilancia, que no se limitan a un deber de vigilancia meramente reactivo⁷³³, sino que obligan al superior jerárquico o administrador a obtener información más periódica de la actividad del subordinado⁷³⁴ para constatar que se está llevando a cabo de manera diligente⁷³⁵.

Todo ello, a mayor abundamiento, se ha reforzado con la introducción en la LSC del apartado 3 del artículo 225.2 con la referencia al deber y derecho del administrador de proveerse de la información que precise para ejercer sus funciones con el deber de diligencia que da título a ese artículo.

Sin embargo, en términos de imputación objetiva del eventual delito, la misma puede romperse con la alusión al principio de confianza en la actividad

Derecho penal económico”. *Diario La Ley*, número 1040, 2013, edición digital, p. 14. Este autor también se plantea el por qué entonces un modelo de organización y gestión dirigido a prevenir delitos, no solo es delegable su control al *Compliance officer*, sin que también concede eficacia exonerante a la persona jurídica. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Desvinculación de la posición de garante..” *op. cit.*, p. 16.

⁷³² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial..., *op. cit.*, p. 105, apunta a que entonces regirá el principio de la desconfianza más que el principio de la confianza.

⁷³³ Denominados “deberes de supervisión pasiva” por DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control...”, *op. cit.*, pp. 337-362.

⁷³⁴ Denominados “deberes de supervisión activa”. *Ibid.*

⁷³⁵ Sobre la diferencia entre la obligación de actuar reactivamente o de obtener información previa, por parte del sujeto que debe ejercitar el deber de control sobre el subordinado, se pronuncia ampliamente SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial..., *op. cit.*, p. 86 y ss.

desarrollada por el delegado, con poderes plenos de actuación e independencia, capacitación y medios necesarios⁷³⁶.

Refuerza la alusión al principio de confianza la existencia de algún sistema de reporte periódico⁷³⁷ que pueda supervisar la actividad del subordinado, sujeto auto-responsable⁷³⁸, de la que se deriven que el delegante podía confiar racionalmente que el delegado cumpliría diligentemente con sus obligaciones delegadas⁷³⁹.

Es la concepción reactiva de los deberes de los administradores, o en general, de los deberes de supervisión de los subordinados por parte de los superiores jerárquicos⁷⁴⁰.

⁷³⁶ Cfr. DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados...”, *op. cit.*, pp. 195-225 y MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El *criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones...”, *op. cit.*, quienes defienden la tesis de que en las relaciones basadas en el principio de confianza no rige el control o supervisión del superior jerárquico sobre el subordinado porque se trata de relaciones en las que las esferas de competencia están bien delimitadas.

⁷³⁷ Sobre la dependencia del administrador o superior jerárquico de la información que le proporcione el inferior, así como sobre la importancia de los canales de información al superior escribe ROTSCH, T.: *Individuelle Haftung in Grobunternehmen*, Editorial Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 203 y ss. citado en SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial.” *op. cit.*, p. 83.

⁷³⁸ Sobre la compatibilidad entre el deber de garante del empresario y el principio de responsabilidad por el hecho propio, cfr. DEMETRIO CRESPO, E.: *Responsabilidad por omisión del empresario...*, *op. cit.*, p. 95 y ss.

⁷³⁹ En este sentido, vid. MARAVER GÓMEZ, M.: *El principio de confianza en Derecho Penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Civitas, Navarra, 2009, p. 193 y ss y MONTANER FERNÁNDEZ, R.: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, *op. cit.*, p. 121 y ss.

⁷⁴⁰ Doctrina imperante en EEUU donde, a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de Delaware (Graham v. Allis Chalmers Manufacturing, Co., 188 A 2nd (Del. 193) se pronuncia a favor de que la responsabilidad por las obligaciones de control solo surge cuando los administradores de forma intencionada o por falta de atención, ignoran obvias señales de peligro relativas a la conducta de sus empleados. En el sentido de que “si no hay motivo para la sospecha, los directores no tienen deber alguno de instalar y operar un sistema de espionaje empresarial para descubrir ilícitos que no tienen ninguna razón para creer que existan”. Sin embargo, también hay sentencias en el sentido contrario en este país. Así la Court of Chancery de Delaware en el caso *In re Caremark International, Inc. Derivative Litigation* 698, A 2nd (1996) estableció la obligación de los administradores de establecer un sistema empresarial de información y denuncia, y ello fue confirmado por el Tribunal Supremo de Delaware en *Stone v. Ritter*, 911 A. 2nd, (Del. 2006).

Si, por el contrario, el delegante podía tener sospechas o indicios de que el delegado no iba a cumplir debidamente con su cometido y con su actividad podía aumentar el riesgo de lesión para un bien jurídico, el delegante tenía la obligación de actuar aunque fuera sobre la “esfera delegada”⁷⁴¹.

Hemos diferenciado los deberes de supervisión activa (sistemas de reporte de la actividad del subordinado o *Compliance officer*⁷⁴²) de los deberes de supervisión pasiva (deberes reactivos del administrador)⁷⁴³. Normalmente, deberán convivir ambos para que la supervisión del delegante en esferas especialmente sensibles como la contención de riesgos penales se entienda cumplimentada⁷⁴⁴.

Llegados a este punto, podemos concluir afirmando que, el administrador, desde su posición estratégica y de gobierno de la empresa, no puede ostentar un deber omnímodo de vigilancia de todos los órganos de la empresa⁷⁴⁵, menos aún cuando,

⁷⁴¹ Así se pronuncia la STS 1193/2010, de 24 de febrero: “el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado y su actividad o no actúa para impedirla.” Sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial..., *op. cit.*, distingue entre deberes de control, aseguramiento o “salvamento” y deberes de obtención de información inicial, que parecen ser los que no ostenta el superior jerárquico si no actúa en una esfera peligrosa ex ante.

⁷⁴² La Ley Chilena 20.393 de responsabilidad penal de las personas jurídicas establece en su artículo 4.2 que el reporte del “encargado de prevención” a la Administración deberá ser “a lo menos semestralmente” y se constituye como uno de los requisitos de definición de los medios y facultades del mismo. Así, entre ellos, puede leerse que: “el encargado de prevención deberá tener acceso directo a la Administración de la persona jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su cometido.”

⁷⁴³ En este sentido también se pronuncia DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica..., *op. cit.*, p. 345 y ss.

⁷⁴⁴ El autor chileno ARTAZA VARELA, O.: “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico-penal..., *op. cit.*, pp. 554 y ss, se refiere a “comunicación diaria a la alta dirección acerca del efectivo funcionamiento del modelo organizativo”, manifestando que el mandato de delegación administrador-*Compliance officer* se encuentra restringido precisamente a causa de la “exigencia de comunicación diaria a la alta dirección acerca del efectivo funcionamiento del sistema”.

⁷⁴⁵ Sobre ello, *cfr.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, D. en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa*. Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 11-13.

la naturaleza de la figura del *Compliance officer* en nuestro país supone plantearse la pregunta de ¿quién controla a quién?

Sin embargo, y aun partiendo de que el administrador ostente una posición jerárquica superior a la del *Compliance officer* en el organigrama empresarial (derivada, entre otros, del hecho de que al primero corresponda el nombramiento del segundo) y que competa indelegablemente al administrador el garantizar la existencia y mantenimiento de una eficaz política de gestión, buen gobierno y contención de riesgos de la sociedad, así como la supervisión de sus órganos delegados (entre ellos, el *Compliance officer*), todo lo que podrá llegar a afirmarse es que el *Compliance officer*⁷⁴⁶ será el responsable de forma directa de velar por o controlar el funcionamiento y cumplimiento de la actividad preventiva que se haya definido en la empresa (junto, en su caso, al resto de órganos o personal con facultades también en esa materia). Asimismo, estaríamos en posición de afirmar igualmente que el Órgano de administración, encargado de su nombramiento, será el garante de ese “buen nombramiento”, en el sentido de controlar (con un reporte periódico y no solo reactivo) que el *Compliance officer* desarrolla con rectitud su ocupación, sus funciones, sus competencias, y si no, proceder a su sustitución.

⁷⁴⁶ En este sentido ROBLES PLANAS, R.: “El responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) ante el Derecho Penal..., *op. cit.*, p. 319 y ss, lo cataloga de órgano auxiliar”.

CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL *COMPLIANCE OFFICER*

1. Planteamiento.

Como colofón a los análisis de obligaciones, funciones, facultades, delegaciones y posiciones de garantía del Órgano de administración de una sociedad y del titular del órgano de vigilancia y control, efectuados a lo largo del presente trabajo en relación con la prevención de delitos en la entidad, se analizará en este apartado la relación del *Compliance officer* con el delito; tanto con el delito que puede cometer por acción, como con el delito que puede cometer por omisión de su deber de actuar. Asimismo, se analizarán las consecuencias de la comisión de un delito por parte del *Compliance officer* para la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Así, no solo fuera de nuestras fronteras⁷⁴⁷, sino que también en nuestro país ya se ha procedido a la imputación de Directores de Cumplimiento Normativo o responsables de los servicios de prevención del blanqueo de capitales, por falta de diligencia debida en la gestión de activos presuntamente constitutiva de un delito continuado de blanqueo de capitales⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷ La tan citada sentencia del BGH alemán condenando a una figura un tanto híbrida entre un *Compliance officer* o un responsable de auditoría interna y la reciente petición de cargos a un antiguo *Compliance officer* inglés del Banco UBS por insider trading (abuso de información privilegiada), a raíz de la investigación llevada a cabo por la Autoridad Financiera Británica Financial Conduct Authority (FCA). Puede consultarse la noticia en www.ft.com/

⁷⁴⁸ Auto del Juzgado Central de Instrucción 5 de Madrid de fecha 3 de mayo de 2017 en el marco de las Diligencias Previa 63/13, en relación a las conductas indiciariamente constitutivas de un delito de blanqueo de capitales cometido en el seno del HSBC, BNP PARIBAS y BANCO SANTANDER. Ya en el año 2010, la Reserva Federal Estadounidense requirió a HSBC para que se dotara de un efectivo programa de cumplimiento de medidas anti-blanqueo a resultados de la sanción que este banco había recibido en el año 2013 por las autoridades administrativas.

Para algunos autores, la falta de previsión en el Código Penal de la posible responsabilidad penal del *Compliance officer* por ejercicio irregular de sus funciones, se erige como presunción de la irrelevancia penal de su actuación⁷⁴⁹.

De hecho, si seguimos con la comparación con el sector de la prevención de los riesgos laborales, el legislador introdujo en ese caso un tipo específico de responsabilidad por omisión para aquellos sujetos -y no solo los administradores- que desatendieran las obligaciones que les eran propias en materia de prevención de riesgos laborales⁷⁵⁰ poniendo en peligro grave la vida o salud de los trabajadores; aunque, como tampoco ocurre en el ámbito que nos ocupa, en ese caso el legislador también introdujo una regulación administrativa previa de las obligaciones, las delegaciones de facultades y las responsabilidades, otorgando a dicho tipo delictivo una clara consideración de norma penal en blanco.

Asimismo, y a favor de dicho argumento, podemos añadir también que, cuando el legislador ha interesado penar este tipo de omisiones, ha tratado de introducir de forma expresa en el Código Penal un tipo penal específico (fue el caso del proyectado artículo 286.6 del Código Penal en relación con la responsabilidad penal de los administradores por el indebido control y supervisión del OVC).

Sin embargo, los presupuestos de la responsabilidad individual en sede penal son de aplicación a cualquier sujeto (entre ellos, como no, al *Compliance officer*) que intervenga de algún modo en un curso delictivo, y sobre ello entraremos a continuación.

En este apartado se analizará la posible responsabilidad penal del *Compliance officer* por acciones u omisiones propias, dolosas o imprudentes, que han podido incidir con mayor o menor intensidad (a título de autoría o participación) en un curso delictivo

⁷⁴⁹ En este sentido, *cfr.* JIMÉNEZ-GUSI, R./ MERCEDES MARTÍN, V.: “La irresponsabilidad penal del *Compliance officer*, a vueltas con el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Editorial Aranzadi, 889/2014, [BIB 2014\2210], edición digital.

⁷⁵⁰ Artículos 316, 317 y 318 del Código Penal: estableciendo como sujetos activos tanto a los administradores, como a los encargados del servicio que hubieren sido responsables y, en general, a todo aquel que, conociéndolo y pudiendo remediarlo, no adoptó medidas para ello.

producido en el seno de la empresa, para la cual ha sido designado, valga la paradoja, estandarte de su prevención.

El primer comentario a destacar es que a la hora de analizar posibles intervenciones delictivas del *Compliance officer* o el titular del OVC, se impone una visión poliédrica⁷⁵¹. No existe en efecto una única realidad a analizar, sino que, como viene siendo una constante a lo largo del presente trabajo, las realidades empresariales pueden ser diversas y, por lo tanto, sus consecuencias jurídicas dispares.

Así, dependiendo del perfil de OVC por el que se opte en cada empresa⁷⁵², éste podrá intervenir de forma más o menos directa en los procesos empresariales que puedan entrañar un determinado riesgo.

Nuestro Código Penal acoge como hemos visto expresamente el requisito de que el cargo de *Compliance officer* ostente poderes autónomos de iniciativa y control en la supervisión y vigilancia del modelo de organización y gestión, auténtica política de prevención de riesgos penales de la entidad.

Añadido a ello, prevé el Código Penal que se le dote de los necesarios recursos para poder llevar a cabo su actividad⁷⁵³.

En el debate doctrinal actual resulta usual otorgar al *Compliance officer* un perfil *soft*, un perfil de asesor de cumplimiento, órgano auxiliar del Órgano de administración, sin

⁷⁵¹ También denominado “análisis tópico” por DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dirs.): *El derecho penal económico en la era Compliance*, pp. 165-187, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁷⁵² Y por optar nos referimos a una decisión estratégica del órgano de gobierno de la entidad, acompañada de una asignación real de medios y facultades al *Compliance officer*.

⁷⁵³ Si es que el punto 3º del apartado 4 del artículo 31 bis puede interpretarse así y no, como al amparo de la Ley Chilena 20393 “procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados” (apartado c) del punto 3 del artículo 4).

funciones ejecutivas, entendiéndose por estas ni funciones organizativas, de planificación o decisorias relevantes⁷⁵⁴.

Sin embargo, la falta de desarrollo jurisprudencial de las previsiones del artículo 31 bis del Código Penal, y en concreto de las que hacen referencia a las funciones del OVC (apartados 2 y 4), dejan el libro todavía en blanco⁷⁵⁵ y abierto a múltiples posibilidades que, sobretodo, dependerán de las funciones reales que asuma y desarrolle en la entidad el *Compliance officer* y su eventual consunción en las categorías generales del Derecho Penal (el dominio del hecho, la imputación objetiva, etc.).

Las escasas referencias que se contienen en el Código Penal no son, a nuestro juicio, reveladoras de un cargo sin funciones decisorias o ejecutivas en la entidad.

Del mismo modo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha utilizado los conceptos de autonomía e independencia para la definición de un administrador de hecho⁷⁵⁶, asimilándolas por lo tanto a cargos ejecutivos y, no sólo eso, sino pilares clave en las decisiones estratégicas de la entidad, lo mismo puede suceder con el órgano sometido a nuestro análisis⁷⁵⁷. La nota de autonomía lleva implícita, como hemos visto⁷⁵⁸, cierto poder decisorio.

No puede obviarse que en algunas entidades la existencia de este órgano será la oportunidad para tratar de minimizar riesgos penales para los administradores y centralizarlos en esta nueva figura (*risk shifting*), intento que probablemente no se verá satisfecho en sus pretensiones al mantener éstos una posición de garante ineludible con

⁷⁵⁴ El concepto de “funciones ejecutivas” proviene de la neuropsicología y se define como aquellas habilidades cognitivas (de memoria, planificación, flexibilidad, adaptación, etc.) dirigidas al logro de una meta.

⁷⁵⁵ Del mismo modo sucede en Estados Unidos donde la responsabilidad penal del *Compliance officer* es también una senda todavía intransitada.

⁷⁵⁶ Así se manifiesta la STS 606/2010, de 25 de junio: “Así.. pueden ser tenidos por administradores de hecho los que actúan como tales, sin previo nombramiento o designación, si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo.”

⁷⁵⁷ Aunque también es cierto que auditoría interna también cuenta con el requisito de la independencia y ello no implica que ostente facultades decisorias ni ejecutivas en la entidad.

⁷⁵⁸ Apartado correspondiente a los requisitos del *Compliance officer*.

respecto a los riesgos empresariales directamente relacionados con el objeto social de la entidad⁷⁵⁹.

Lo que es indiscutible es que la existencia de este órgano se configura en el régimen de responsabilidad de la persona jurídica por hecho propio como uno de los requisitos para que los modelos de cumplimiento normativo se consideren eficaces, es decir, un requisito para la prevención de los delitos en la entidad.

Las escasas referencias a esta figura y sus funciones contenidas en el Código Penal, o la interpretación que viene haciéndose por la jurisprudencia del país italiano⁷⁶⁰ -espejo de nuestro modelo- no parecen estar pensando un perfil blando de *Compliance officer*⁷⁶¹, aunque la realidad empresarial y su libertad de organización constitucionalmente protegida (artículo 38 CE), admita cualquiera de las posibilidades.

El perfil por el que parece estar optando el legislador es un *Compliance officer* que forma parte de la cúpula de la empresa, o tiene dependencia jerárquica directa con ésta y entre sus funciones está la de vigilar y controlar el funcionamiento y cumplimiento de la auto-regulación que se haya impuesto la empresa con autonomía, debiendo entenderse por autonomía cierto poder de decisión o mando, el cual ya puede inferirse, a mayor abundamiento, de su posición en la pirámide societaria.

⁷⁵⁹ Y así de tajante se ha pronunciado la FGE en su Circular 1/16: : “*se trata de que la delegación de funciones y el principio de confianza propios de la actividad societaria, no sirvan de excusa a los administradores para desatender los deberes de supervisión, vigilancia y control que les competen personalísimamente*”. Aunque, también es cierto, que la jurisprudencia penal en materia de accidentes de trabajo ha estado condenando en exclusiva a los responsables de prevención de riesgos laborales en condición de autores, no cumulativa con los administradores, garantes originarios del bien jurídico seguridad de los trabajadores. En este sentido, SAP Cáceres 239/2016, de 1 de julio de 2016 [JUR\2016\244034], SAP Cuenca 150/2016, de 11 octubre de 2016 [ARP 2016\1109], SAP Toledo 83/2016, de 30 junio de 2016 [JUR 2016\193612] y SAP Sevilla 353/2015, de 8 julio de 2015 [ARP 2016\505].

⁷⁶⁰ Citada en Capítulo II.

⁷⁶¹ Así, el hecho de que se prevea que este órgano ostente poderes autónomos de iniciativa y control, el hecho de que se le tenga que dotar con los recursos necesarios para el correcto desempeño de su función, entre otros requisitos que a día de hoy ya han sido interpretados por la jurisprudencia italiana, referencia pionera de nuestra regulación, como la autoridad que se precisa del cargo, la independencia, etc., entre otras referencias citadas en el apartado en el que hemos analizado si las funciones que parecen confiarse al *Compliance officer* son o no una delegación de facultades propias del administrador.

La existencia del OVC es ya síntoma y requisito de que la empresa ha adoptado medidas para prevenir el delito.

Su ámbito funcional es la supervisión, vigilancia y control del cumplimiento y funcionamiento del modelo de prevención de delitos, auténtica política empresarial aprobada por el Órgano de administración.

En el mundo laboral, aunque la legislación en la materia instituya al empresario como único sujeto obligado a la prevención de riesgos laborales, la jurisprudencia del TS ha declarado que todos aquellos que ostenten poder de mando o dirección (técnicos o de ejecución), sean mandos superiores o intermedios, están obligados a cumplir y hacer cumplir todas las prevenciones que establece la legislación del trabajo para el empresario, tanto si ejercen dichas funciones de mando o dirección reglamentariamente como si las ejercen *de facto*⁷⁶². En consecuencia, pueden incurrir en responsabilidad criminal si no cumplen tales deberes y con dicha conducta causan o contribuyen a causar un resultado dañoso o una situación de peligro⁷⁶³.

Es decir, la jurisprudencia del TS ha extendido la posición de garante del empresario respecto a la actividad preventiva a todos aquellos sujetos que, dentro de la pirámide societaria, ostenten poder decisorio o de mando, lo que va en la línea de que la prevención es algo transversal en la empresa y de necesaria integración en todos los escalafones de la misma⁷⁶⁴.

La posición de garante que adquieren estos mandos superiores o intermedios se está residenciando en su relación con el foco de peligro y su capacidad de organizar y tomar

⁷⁶² Por todas, STS 19 octubre de 2000; 10 de mayo de 1980 o 12 de mayo de 1981.

⁷⁶³ Quizás por ello, en opinión de la FGE la exposición personal al riesgo penal del *Compliance officer* no es superior a la de otros directivos.

⁷⁶⁴ Así lo establece el Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales en su artículo 1.1.: “la prevención debe integrarse en la línea jerárquica de la empresa, incluidos todos los niveles de la misma.” Y continúa el artículo 1.2.: “la integración de la prevención en todos los niveles jerárquicos de la empresa implica la atribución a todos ellos y la asunción por estos de la obligación de incluir la prevención de riesgos en cualquier actividad que realicen u ordenen y en todas las decisiones que adopten.”

decisiones en el ámbito de actividad en el que dicha fuente de peligro se manifiesta (decisiones que pueden afectar a la evitación o corrección del suceso lesivo)⁷⁶⁵.

De manera que la posición jerárquica del OVC en la empresa y la autonomía e independencia que se le exige en el ámbito funcional que le es propio (la prevención de delitos), confieren a éste órgano cierto poder de mando o decisión, que en todo caso deberá ser verificado con las funciones realmente asumidas en la empresa y su capacidad para llevar a cabo éstas con los medios con los que se le ha dotado (la denominada “*capacidad individual de acción*”)⁷⁶⁶.

Dicho poder de mando puede significar en la práctica la función de hacer cumplir las disposiciones contenidas en el modelo de prevención de delitos con poder de corrección ante incumplimientos constatados, función propia del perfil que nosotros hemos denominado “*Órgano de prevención*”.

Como vimos en el apartado correspondiente a las funciones del *Compliance officer*, además de la mencionada facultad de hacer cumplir las disposiciones preventivas establecidas en la entidad, puede incluirse la facultad de paralizar o cesar acciones, conductas o situaciones que, en su opinión de experto, considere tengan un riesgo de delito (función propia del perfil que nosotros hemos denominado “*Órgano de cumplimiento*”).

Lógicamente, dicha facultad de cese o interrupción de la actividad potencialmente delictiva solo será conferida a perfiles de *Compliance officer* con mucho peso en la entidad y en un tipo de entidades en las que el cumplimiento normativo sea uno de los pilares básicos de su organización, casi, un objetivo más de su *core business*.

⁷⁶⁵ En el mismo sentido, la jurisprudencia se ha manifestado en contra de condenar a los delegados de prevención, por ser meros representantes de los trabajadores sin poder de mando ni dirección y, por lo tanto, no poder ser garantes de la seguridad de los trabajadores (Sentencia Audiencia Provincial de Vizcaya 90133/13, de 19 de abril). Y ello aunque la legislación de prevención de riesgos laborales les dote de funciones de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y de proposición al empresario de nuevas medidas de carácter preventivo (Así puede verse en el artículo 36 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales).

⁷⁶⁶ Uno de los elementos de la imputación objetiva. En este sentido, JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993, p. 560.

La facultad de cese o paralización de una actividad potencialmente delictiva se materializará en la realidad empresarial al integrar al *Compliance officer* en la cadena de autorizaciones para la realización de determinadas operaciones empresariales (esto es, previa a la firma de determinados contratos, a la toma de ciertas decisiones estratégicas, a la autorización de ciertos pagos o cobros, al lanzamiento de una determinada campaña publicitaria o de marketing, etc.).

También podrá darse el caso de que en los protocolos o procedimientos internos de la empresa, se haya previsto el informe vinculante del OVC en relación con alguna operación.

En conclusión, el hecho de ostentar una determinada posición jerárquica en el organigrama societario confiere al OVC determinadas facultades (autónomas) de dirección, organización y control en la organización, en su ámbito funcional -la prevención de delitos-, que le pueden conferir poderes de corrección ante incumplimientos de forma casi automático –en aplicación de la jurisprudencia del TS citada-, así como, en algunos casos, de paralización o cese de acciones de riesgo.

Si bien resulta complejo realizar clasificaciones cerradas por cuanto no existen modelos puros de *Compliance officer* en la realidad empresarial, a los efectos de estructurar nuestro análisis relativo a la eventual responsabilidad penal en la que puede incurrir éste, efectuaremos una clasificación, meramente ilustrativa, de los tres (3) posibles perfiles de OVC que, en nuestra opinión, pueden converger:

- *Órgano de supervisión.*

Correspondiente a un perfil bajo, este OVC tendría las funciones básicas y mínimas, tales como, la recepción del canal de denuncias, el control del estado de implementación de los distintos elementos que configuran los modelos de organización y gestión, el análisis de la efectividad de las medidas de prevención y la formación y concienciación de los distintos grupos de interés en materia de ética y prevención de delitos.

En este perfil será fundamental, como veremos, la canalización y gestión de la información de la que disponga el *Compliance officer* a los reportes que hayan sido establecidos (preferiblemente, el Órgano de administración).

- *Órgano de prevención de riesgos.*

En este caso, el OVC se configura como un auténtico órgano de prevención de riesgos al uso que planifica la actividad preventiva en la entidad, realizando la evaluación de riesgos penales, la definición de las medidas de prevención generales o concretas de prevención de delitos (que propone al Órgano de administración para su aprobación), el control de su cumplimiento o el grado de implementación en la entidad, así como la actualización periódica de todo ello, con el consiguiente reporte al Órgano de administración o sus comisiones delegadas, garantes originarios de la contención de riesgos empresariales.

En este caso, este tipo de perfil ostenta poderes de corrección ante incumplimientos de las medidas de prevención de delitos por parte de los empleados, directivos o administradores de la entidad.

- *Órgano de cumplimiento*⁷⁶⁷.

Define los procedimientos que requiere la entidad en materia de cumplimiento normativo (gobierno corporativo, protección de datos, prevención de riesgos laborales, prevención del blanqueo de capitales, etc.), partiendo de las políticas aprobadas por el Órgano de administración.

Asimismo, asesora a los órganos de gobierno de la entidad en decisiones estratégicas en las que la gestión de los riesgos puede resultar fundamental, interviniendo activamente en las reuniones del Órgano de administración y en las operaciones empresariales.

Este tipo de perfil puede estar conferido de poderes de paralización, interrupción o cese de actividades, conductas u operaciones potencialmente delictivas.

⁷⁶⁷ Recordemos que la reciente Norma UNE – ISO 19601 Sistema de Gestión de *Compliance* penal lo define como “órgano de *Compliance* penal”.

Las posibles responsabilidades, ya no solo penales, del *Compliance officer*, o el titular del OVC, lógicamente se degradan del más al menos siguiendo la numeración anterior, en la que el perfil (iii) es el de grado mayor de riesgo y el (i) el de grado menor⁷⁶⁸.

Esto es, cuantas más funciones materiales de prevención de riesgos y cumplimiento normativo integre el OVC, más próxima al riesgo será su intervención.

Si bien los delitos que pueda cometer el *Compliance officer* por acción no difieren considerablemente de los que pueda cometer cualquier sujeto (o directivo) en la organización, en beneficio o perjuicio de la persona jurídica y, por dicho motivo, no constituyen el objeto del presente trabajo (aunque, de igual modo, los mismos tengan sus consecuencias sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica), análisis aparte merecen los delitos que, en su caso, pueda cometer el *Compliance officer* por omisión de sus deberes de vigilancia y control en la entidad.

Antes de pasar al grueso del presente análisis -delitos que puede cometer por omisión- nos detendremos en los que, como cualquier directivo de la empresa, puede cometer por acción.

2. Responsabilidad penal en delitos de acción.

En contra de lo que sucederá cuando analicemos la posible comisión omisiva de delitos de resultado, en los que la intervención del titular del OVC quedará circunscrita, mayoritariamente⁷⁶⁹, al catálogo de delitos que puede cometer la empresa -o, en todo

⁷⁶⁸ Aunque las denominaciones son simples etiquetas. Ejemplo de ello es lo que cuesta diferenciar entre un órgano de cumplimiento y un órgano de prevención. Así, el órgano de cumplimiento debe definir procedimientos para cumplir con una determinada normativa; pero, cuando esta normativa es de “prevención de riesgos”, la distancia entre cumplimiento y prevención es ciertamente confusa. En nuestra opinión, lo que diferencia un perfil del otro es el mayor reconocimiento en la empresa de un órgano de cumplimiento, el cual suele asesorar al órgano de administración, intervenir en sus reuniones y ostentar, si así se ha pactado, facultades de paralización o cese de actuaciones potencialmente delictivas. Por el contrario, el órgano de prevención, suele ser más un órgano auxiliar, un órgano técnico que puede estar investido de facultades de corrección de incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos.

⁷⁶⁹ Y se dice con carácter general puesto que por autonomía de la voluntad pueden pactarse cosas distintas. Así, el órgano de gobierno de la entidad puede confiar al OVC que vele por la prevención de otros delitos que pueden cometerse en el marco de la empresa como el acoso

caso, a aquellos respecto de cuya prevención ha adquirido un deber específico de actuar por contrato-, los delitos de acción no están limitados por ninguna categorización apriorística fundamentada en una eventual posición de garante.

Es decir, el *Compliance officer* puede cometer todo el catálogo de delitos que integra la parte especial del Código Penal si bien, la comisión de un delito en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica en el seno de la cuál desarrolla sus funciones, puede comprometer, además, la responsabilidad penal de ésta⁷⁷⁰.

Lógicamente, las funciones propias del *Compliance officer* en la entidad y las tareas que realice en el día a día determinarán su cercanía al riesgo en relación con unos delitos más que con otros.

Así, por ejemplo, el OVC podría cometer un delito de coacciones en el marco de una investigación interna en la que intervenga, quizás junto con el departamento de auditoría interna o una empresa externa contratada, si interroga de una forma indebida al trabajador que está siendo investigado en una presunta trama de sobornos; escenario en el cuál, llegando al extremo, pudiera darse también un delito de amenazas o, incluso, un delito de detención ilegal.

De igual modo, el OVC puede cometer un delito de descubrimiento y revelación de secretos si opta por utilizar métodos no acordes a la legalidad en sus investigaciones internas (grabaciones, escuchas, monitorizaciones, volcados de discos duros, etc.) con la finalidad de vulnerar la intimidad del trabajador investigado o descubrir sus secretos. En este caso, su conducta probablemente podría transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica en nombre de la cuál actúa.

laboral, delitos que, en todo caso, pueden suponer en el supuesto de condena una responsabilidad civil a cargo de la persona jurídica en el marco de la cual se desarrollan las conductas potencialmente delictivas.

⁷⁷⁰ Entraremos en el análisis de las posibles consecuencias de la comisión de un delito por el *Compliance officer* para la responsabilidad penal de la persona jurídica en el seno de la cual actúa en el siguiente apartado.

Asimismo, el OVC puede cometer un delito de apropiación indebida si, en la gestión de los fondos económicos que le han sido confiados para la organización con autonomía de su departamento, desvía los mismos a su favor o el de un tercero.

O ser autor de un delito de estafa si promete condiciones que no va a cumplir en la contratación de cualquier servicio de los que recaen en su ámbito de competencia. Podemos imaginar también la comisión de un delito de estafa procesal si el *Compliance officer* interviene en juicio como representante especial de la empresa investigada y en su defensa utiliza determinado fraude procesal.

O de un delito de injurias o calumnias en el marco de las acciones de comunicación que el OVC realiza en la empresa o en los dossiers de auto-denuncia en los que pueden culminar sus investigaciones internas poniendo en conocimiento de la Fiscalía delitos descubiertos en el seno de la entidad, con el objetivo de lograr la exoneración de la responsabilidad penal de la empresa.

El *Compliance officer* puede situarse también en riesgo de cometer un delito de descubrimiento o revelación de secreto de empresa si, entre sus funciones, está la de realizar algún tipo de control sobre documentación confidencial de clientes o proveedores previo a la contratación de un servicio o la adquisición de un bien y, en mal uso de dicha facultad de control, decide divulgar o ceder la misma.

Como directivo o mando intermedio con capacidad para contratar servicios dentro del ámbito de sus funciones (véase, servicios de asesoramiento jurídico, de auditoría o consultoría), el OVC también puede intervenir en cualquier curso de soborno que tenga como objetivo la contratación preferente de un proveedor a cambio de un beneficio y que suponga la comisión de un delito de corrupción entre particulares, previsto en el artículo 286 bis del Código Penal.

O intervenir en la autorización de un determinado contrato de patrocinio o colaboración que encubra una contraprestación indebida a cambio de la contratación de unos determinados servicios que, sin dicha contraprestación, no serían objeto de contrato a la empresa para la que presta sus servicios de *Compliance officer*.

Así mismo, el *Compliance officer* puede intervenir en el *iter criminis* de un delito de blanqueo de capitales si éste presta sus servicios para una empresa que se configura como sujeto obligado por la normativa de prevención del blanqueo de capitales. Dicho delito puede cometerlo por acción (si autoriza, a título de ejemplo, recibir un pago que provenga de una jurisdicción de riesgo) pero también por omisión si no ejecuta los controles que, como sujeto obligado, le corresponden por ley⁷⁷¹.

En estos casos, y al ser la empresa sujeto obligado por la normativa de prevención, deberá contar con un órgano interno destinado a la prevención del blanqueo de capitales, que, a ser posible, debiera aprovechar sinergias con el OVC.

El *Compliance officer* puede cometer también por acción un delito de encubrimiento, si no se le declara responsable del delito encubierto ni a título de autor ni a título de cómplice, pero auxilia de algún modo relevante a los que sí han intervenido.

Lógicamente, las posibilidades de comisión de delito por el *Compliance officer* se amplían sobremanera cuantas más funciones e intervención desarrolle en el día a día de la empresa, y con más autonomía, por su mayor cercanía al riesgo o el consiguiente dominio del hecho.

De manera que, si interviene en la adopción de determinadas operaciones empresariales, atendiendo, por ejemplo, al importe económico de éstas o a especiales circunstancias de riesgo que hagan merecedora su intervención, su relación con el riesgo es más próxima.

La autorización de una determinada operación se configura como hacer positivo y, en consecuencia, integra una conducta activa que, en el devenir delictivo concreto, puede hacerla merecedora de reproche penal.

⁷⁷¹ Sobre la difícil distinción, en ocasiones, de lo que es un hacer positivo o un omitir se pronuncia JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993, p. 548-549, considerando que si alguien ha causado el resultado mediante un hacer positivo y objetivamente típico, este es el punto de referencia decisivo para el Derecho Penal. Si, posteriormente, resulta que el hacer positivo era socialmente adecuado o ajustado a Derecho, habrá que analizar si el autor omitió el hacer positivo que cabía esperar de él y mediante el cual se hubiera omitido el resultado.

Ello puede suceder, a título ilustrativo, con la autorización para que se proceda a una donación o contrato de patrocinio que encubre un pago dirigido al favorecimiento de una contratación (delito de corrupción entre particulares, del artículo 286 bis del Código Penal o delito de cohecho), la autorización para recibir un cobro de una jurisdicción de riesgo de cuyo origen ilícito se tienen fundadas sospechas (delito de blanqueo de capitales, que también admite la comisión imprudente), la autorización para proceder al volcado de un disco duro del ordenador de un empleado sin observar las garantías básicas de protección a los derechos a la intimidad que pueden resultar afectados (delito de descubrimiento de secretos, etc.).

La autorización debe diferenciarse del asesoramiento. Sin embargo, también el asesoramiento puede considerarse favorecimiento activo de un delito.

La diferencia entre estos dos “*haceres*“ positivos, viene dada por las funciones (ejecutivas o no) otorgadas al titular del OVC. En este sentido, si el OVC solo presta un asesoramiento jurídico o de riesgo, su acción no decide ni ostenta el dominio del hecho, con lo que solo puede ser punible en términos de participación delictiva si con dicho asesoramiento se rebasan los límites de un acto neutral de asesoramiento y se contribuye, consciente y voluntariamente, a un plan delictivo trazado por el autor.

Por el contrario, la autorización de la operación -también la potestad de interrupción, cese o paralización de un suceso eventualmente delictivo- configura un perfil de OVC con claras funciones ejecutivas.

Entramos a continuación en el análisis del instituto de la comisión por omisión y su posible encaje con el ejercicio de las funciones propias de un *Compliance officer*.

3. Responsabilidad penal en delitos de comisión por omisión.

Frente a las posibles acciones que, en el desarrollo de las funciones del *Compliance officer*, pueden conllevar responsabilidad penal por la comisión de distintos delitos, se sitúan las posibles omisiones de aquellas acciones que le eran debidas.

Dedicaremos el presente apartado a tratar de delimitar el origen de esas acciones debidas al *Compliance officer* y si estas llevaban implícitas un determinado deber de evitar que el resultado lesivo se produjera (posición de garante), así como, en un segundo estadio, a analizar si dichas omisiones pudieron equivaler a la causación de un resultado dañoso (autoría) o facilitación (participación) del mismo. En definitiva, si el resultado dañoso producido puede imputarse objetiva y subjetivamente a esa concreta omisión (a título de dolo o imprudencia).

La regulación legal de este tipo de modalidad comisiva delictual, introducida en nuestro Código Penal en el año 1995, satisfaciendo las exigencias del principio de legalidad⁷⁷², frente a las voces⁷⁷³ que denunciaban un analogía contra reo cuando esta institución, hasta entonces meramente dogmática, era utilizada por la Jurisprudencia de nuestros tribunales, queda recogida en el artículo 11 del Código Penal, con el siguiente tenor:

“Los delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*

⁷⁷² Hasta entonces, los comportamientos omisivos se penaban sin que una disposición legal lo posibilitara, lo que, en cierta manera, suponía una interpretación expansiva de la ley penal. Aun respondiendo a día de hoy a este tipo de denuncias canalizadas por recurso de casación, se pronuncia la STS Sala Segunda 870/2014, de 18 de diciembre [Rec. 1083\2014]: “el motivo debe ser necesariamente desestimado. Tanto desde perspectivas lingüísticas, como normativas, las acciones descritas en el artículo 147 (“causare a otro una lesión”) y en el artículo 173 (“habitualmente ejerza violencia física o psíquica”), abarcan tanto en su desvalor, la comisión activa causal, como las comisiones omisivas, sin que precisen de cláusula de exención de la punibilidad.”

⁷⁷³ Así, entre otros, *cfr.* ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, número 24, 1984, pp. 571-590, quién habla de “una extraña mezcla de analogía contra reo y Derecho consuetudinario” y de que “la constitucionalidad, es decir, la compatibilidad de esta categoría dogmática con el principio de legalidad no está totalmente fuera de dudas”. En el mismo sentido, *cfr.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*. Editorial Rafael Castellanos, Madrid, 1986, quienes consideran que la omisión no puede incluirse dentro de las normas que recogen los tipos prohibitivos de causar, en el sentido de que una misma norma no puede a la vez prohibir a todos los ciudadanos la realización de una conducta y ordenar a algunos de ellos la realización de otra. En su opinión, debieran haber dos tipos de normas distintas: una norma de tipo comisivo, dirigida a la generalidad de personas, y otra de tipo omisivo, dirigida a un núcleo restringido de sujetos (aquellos que ostentan esa especial posición de garantía).

- *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*“.⁷⁷⁴

Técnicamente denominada “*omisión impropia*”⁷⁷⁵ constituye una modalidad de comisión (excepcional⁷⁷⁶) de delitos de resultado, y no un tipo legal específico como ocurre en los delitos de omisión pura, delitos de mera omisión⁷⁷⁷, sancionados penalmente por cuanto, de la realización de una determinada actuación dependía la protección de un bien jurídico.

Existen delitos de omisión impropia tipificados en la parte especial del Código Penal,⁷⁷⁸ respecto a los cuales no se plantean grandes problemáticas interpretativas por cuanto el tipo define la situación típica, la posición de garante, la omisión y deja clara la equivalencia con la acción.

Sin embargo, y respecto al resto de delitos de resultado y medios indeterminados de la Parte especial, la primera disyuntiva se plantea respecto a la posibilidad de que admitan la comisión por omisión. Para ello, hay que acudir a los requisitos del citado artículo 11.

Desde el momento en que, a fecha de hoy, no existe un tipo penal específico que castigue una omisión pura en la infracción del deber de vigilancia del *Compliance officer*⁷⁷⁹ o una omisión impropia en la que como consecuencia de dicha infracción se

⁷⁷⁴ Tenor literal que mezcla la redacción que se propuso en el texto del Proyecto de 1992 (“*los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación*”) con la redacción del Proyecto de Código Penal de 1994 que establecía la comisión por omisión en estos términos: “*los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado podrán entenderse realizadas por omisión sólo cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido de la ley, a su causación*”.

⁷⁷⁵ Con esos mismos términos se denomina en Alemania “*Unechte Unterlassung*” definiéndose el tipo de comisión por omisión como sigue: “*Artículo 13 StGB. Comisión por omisión. El que omita evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, será punible según esta ley solo si tenía que responder jurídicamente de que el resultado no se produjera y la omisión corresponde a la realización del tipo legal por un hacer.*”

⁷⁷⁶ De ahí el término “solo” incluido en el artículo 11 del Código Penal.

⁷⁷⁷ Que son el trasunto de los los delitos de mera actividad en los delitos de acción

⁷⁷⁸ Un ejemplo de ellos son los delitos contra la seguridad de los trabajadores previstos y penados en los artículos 316 y siguientes.

⁷⁷⁹ O una mal denominada “omisión del deber de impedir delitos”, en los términos de la sentencia alemana que se citará a continuación.

origine una determinada situación de peligro/ riesgo para un bien jurídico⁷⁸⁰, nos situamos en el escenario de analizar qué omisiones de los deberes de supervisión, vigilancia y control del *Compliance officer* pudieran resultar penalmente relevantes en la causación de un resultado lesivo.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁸¹ ha establecido los elementos requeridos por el artículo 11 del Código Penal en los siguientes: (i) la existencia de un delito de los que consisten en la producción de un resultado; (ii) que ese resultado no se habría producido con la acción esperada, la acción que se omitió⁷⁸², (iii) que la no actuación constituya la infracción de un especial deber jurídico por parte de quien la omitió (requisito que la doctrina conoce con el nombre de “posición de garante”, y que según el artículo 11 del Código Penal concurre cuando: a) exista una obligación legal o contractual de actuar, o b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente; (iv) la acción debida ha de encontrarse dentro de las posibilidades de actuación de la persona que se encuentra en la posición de garante; y (v) el omitente ha de reunir las condiciones exigidas por el tipo activo correspondiente.

A los efectos del presente trabajo, estructuramos el análisis de la posible omisión de los deberes de supervisión, vigilancia y control del *Compliance officer* en los siguientes criterios de imputación: (a) la equivalencia con la acción, (b) la imputación objetiva del resultado a la omisión creada, (c) el dolo o la imprudencia y la imputación subjetiva, y (d) la autoría o la participación.

Finalmente, entraremos en la exposición de los distintos tipos de incumplimiento de las funciones propias de los distintos posibles perfiles de OVC para analizar si los mismos

⁷⁸⁰ Hecho que, como ya hemos mencionado, ha sido destacado por algunos como muestra de que no había cabida para su relevancia penal. En este sentido, JIMÉNEZ-GUSI, R y MERCEDES MARTÍN, V.: “La irresponsabilidad penal del *Compliance officer*, a vueltas con el proyecto de ley de reforma del Código Penal..” *op. cit.* pp. 2-15.

⁷⁸¹ Por todas, STS de 10 de octubre de 2006 [RJ 2006\8256], con ocasión de una posición de garante de padre a hijo.

⁷⁸² En términos de causalidad hipotética con la evitación del resultado, tal y como expresamente se dice en el artículo 11 CP.

pudieran acarrear responsabilidad penal para los titulares de dicho organismo, en tanto que omisiones de sus deberes penalmente relevantes.

A. Criterio de la equivalencia con la acción⁷⁸³.

El tenor del artículo 11 del Código Penal⁷⁸⁴ es ciertamente confuso⁷⁸⁵.

La confusión radica en el hecho de que dicho artículo no aclara si la omisión equivale a la acción cuando se infringe un deber especial de actuar; o bien, si son requisitos cumulativos en el sentido de exigirse para considerar una omisión punible: (i) la equivalencia estructural de la omisión a la acción, y (ii) la infracción de un deber especial de actuar.

Asimismo, dentro de la determinación de la infracción del deber de actuar, la polémica continúa con, si la ley se encarga de señalar cuando eso sucede de forma taxativa⁷⁸⁶ -esto es, en los supuestos de obligación legal, contractual o actuar precedente- o si, por el contrario, los supuestos que cita lo son a título meramente ejemplificativo⁷⁸⁷, por cuanto el criterio rector del artículo 11 es la equivalencia y

⁷⁸³ O “cláusula de correspondencia” (*Entsprechungsklausel*) como se denomina en Alemania. Sobre ello afirmó ROXIN, C.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II*, Editorial Beck, Munich, 2003, p. 711 que la problemática de la equivalencia a la comisión de los delitos impropios constituye el más discutido y oscuro capítulo de la dogmática de la parte general del Derecho Penal

⁷⁸⁴ Dicho artículo está definido en la siguiente clave: se penará la comisión por omisión cuando la “no evitación del resultado, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación”, limitando posteriormente los dos casos en los que la no evitación, equivale a la causación (1. cuando exista una obligación legal o contractual de actuar, y 2. cuando se haya creado un riesgo para un bien jurídico ajeno con un actuar precedente).

⁷⁸⁵ Sobre ello, GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Diatriba del nuevo Código Penal”, *Revista La Ley* 3/1996, pp. 1334-1338, “el precepto no deja claro si la equiparación se produce automáticamente cuando concurran los presupuestos de su párrafo segundo, letras a) y b) –deber de actuar nacido de la ley, el contrato, o el actuar precedente peligroso- o se requiere además equivalencia según el sentido del texto de la ley.”

⁷⁸⁶ Partidarios de esta opinión MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al nuevo Código Penal*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 90; Cfr. HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995.. op. cit.*, pp. 32 y ss o VIVES ANTÓN, T.S.: *Comentarios al Código Penal de 1995.. op. cit.*, p. 87.

⁷⁸⁷ Doctrina y jurisprudencia se han mostrado favorables a ello. Entre los autores que defienden esta posición: MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, 8ª edición, Valencia, 2010; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión*.

por lo tanto, las posiciones de garantía que cita la ley lo son a título meramente ejemplificativo, pudiendo existir otras posiciones de garantía que legitimen una comisión por omisión cuando la no evitación del resultado equivalga a la acción.

En todo caso, los autores que consideran que el criterio rector es el de la equivalencia, constituyen la opción doctrinal mayoritaria⁷⁸⁸. En su opinión, sólo se equipara la omisión a la acción en términos valorativos en aquellos casos en los que concurra una especial situación de garantía⁷⁸⁹, condición necesaria, pero no suficiente, para fundamentar la comisión de un delito por omisión⁷⁹⁰.

Concepto y sistema.. op. cit. y MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General.. op. cit.* Por lo que respecta a la jurisprudencia, la STS 746/1996, de 23 de octubre al afirmar que: “*el omitente debe ocupar una posición de garante, consistente en el desempeño de una función de protección de un bien jurídico frente a los peligros que pudieran acecharlo o en el cuidado de una fuente de peligro respecto a los bienes jurídicos que pudieran resultar afectados*”. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia núm. 43/1996 de 24 junio [ARP 1996\651] dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza al afirmar: “*La posición de garante se da cuando al sujeto le corresponde una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro.*”

⁷⁸⁸ Entre ellos, como hemos dicho, GARCÍA ALBERO, R.: “Título IX: De la omisión del deber de socorro” en QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 1996, pp. 921-937, también MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General.. op. cit.*; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas*. Editorial Ceura, 2ª edición, Madrid, 1991; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Teoría jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General*, Editorial Civitas, Navarra, 1984 o TORÍO LÓPEZ, A.: “Límites político-criminales del delito de comisión por omisión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 37, Fasc. 3, 1984, pp. 693-708.

⁷⁸⁹ En este mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.* STS 24 de julio de 1992 [RJ 1992\6706] y STS 4 de marzo de 2010 [RJ 2010\4056], considerando que en los delitos de resultado la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado. Manifiesta la primera de las sentencias citadas: “*En otros términos tanto realiza la conducta típica, en este caso matar, quien realiza activamente una conducta dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida de un hijo menor, en este caso de 1 año de edad, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se desentiende completamente de su protección y deja actuar al agresor, omisión de la actuación debida que se prolonga durante hora y media.*” En el mismo sentido, la citada Sentencia núm. 43/1996, de 24 junio [ARP 1996\651] dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza: “*La doctrina científica, abandonando las teorías causales, equiparan y afirman la equivalencia entre la causación activa del resultado y su no evitación, mediante la teoría de la garantía, según la cual, autor de un delito de omisión impropia o «comisión por omisión» lo será aquel que tenga un deber especial de aseguramiento de que el bien jurídico en cuestión no sea lesionado y un consiguiente deber de actuar en evitación de lesión.*”

⁷⁹⁰ En este sentido, *cfr.* HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995.. op. cit.*, pp. 32 y ss y SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión. Concepto y sistema.. op. cit.* La jurisprudencia también se había manifestado en tal sentido antes

Este sector doctrinal⁷⁹¹ defiende que una forma de legitimar la idéntica respuesta que en nuestro ordenamiento jurídico tiene la acción y la omisión es precisamente este criterio de la equivalencia pero desde una perspectiva de identidad estructural en términos de injusto típico (el dominio de la omisión⁷⁹², un dominio de control similar al dominio del hecho en la acción⁷⁹³, unido a su concreto compromiso de proteger el bien jurídico derivado de su especial situación de garante).

Admitir dicha interpretación nos lleva a concluir que el artículo 11 adolece de una deficiente redacción. Y ello por cuanto, cuando enumera en el inciso segundo del

de la introducción del artículo 11 en nuestro Código Penal: así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1990 [RJ 1990\9863] decía: “*la fundamentación de la comisión por omisión en la ostentación de una determinada posición de garante es correcta, aunque puede conducir a resultados indeseables si se adopta de forma indiscriminada. Así, solo en los casos en que el compromiso del garante resulte inequívoco es posible referirse a que toma en sus manos el riesgo real o hipotético actuando a modo de barrera de contención del mismo, siendo así decisivo que el sujeto que tenga normativamente controlado el riesgo, deje, pese a ello, que se origine el resultado lesivo*”. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1990 [RJ 1990\8233] señaló: “*esta equivalencia, que tiene carácter esencial para la configuración de una comisión por omisión, o de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la realización activa del tipo.*” También se pronuncia en ese sentido la STS Sala Segunda 870/2014, de 18 de diciembre [Rec. 1083\2014] al afirmar: “*es decir, el artículo 11 no integra una cláusula genérica en virtud del cual quepa sancionar la comisión omisiva; innecesario, por cuanto resulta abarcado por el propio verbo típico, sino que lo presupone, pero precisa que en los delitos que consistan en la producción de un resultado, la comisión omisiva solo podrá aceptarse cuando concurren los siguientes requisitos: equivalencia según el sentido de la ley e infracción de un deber especial del autor legal, contractual o derivado de injerencia.*”

⁷⁹¹ Entre ellos, *cfr.* SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión*, en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Del Rosal*, Editorial EDERSA, Madrid, 1993; GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973, pp. 499-532 y LUZÓN PEÑA, D.: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2º edición, 2012.

⁷⁹² *Cfr.* GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otros en el Derecho Penal*, Universidad de Zaragoza, 1985, cita la expresión “dominio social” como aquel conjunto de condiciones acotadas por el tipo de injusto que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto y que le permiten tomar la decisión sobre la lesión típica.

⁷⁹³ Planteamiento ideado por ROXIN, quien creó la teoría del dominio del hecho. En este sentido se plantea DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en DEMETRIO CRESPO, E./ SERRANO PIEDECASAS, FERNÁNDEZ, J.R.: *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Editorial Colex, Madrid, 2008, p. 68 y 75 que el dominio de la omisión debe suponer un dominio sobre el origen del resultado.

artículo 11 la específica obligación legal o contractual de actuar y el actuar precedente, no está clasificando supuestos de equivalencia con la acción como refiere el propio artículo (“*a tal efecto, se equiparará la omisión a la acción*”), sino, enumerando fuentes del deber especial de actuar⁷⁹⁴.

La doctrina alemana⁷⁹⁵ opina que la equivalencia de la acción a la omisión debe ponderarse en términos normativos-valorativos, es decir, en términos tales que la no evitación del resultado soporte una interpretación equivalente a la causación del tipo⁷⁹⁶, sin olvidar nunca que la causalidad pura se superó en la ciencia penal a favor de la imputación objetiva del resultado y que solo puede imputarse el resultado a la omisión creada cuando, en términos normativo-valorativos, la misma equivale a la acción⁷⁹⁷.

a. Posición de garante.

⁷⁹⁴ Así, SILVA SÁNCHEZ opina que la redacción del artículo 11 aglutina dos posibilidades legislativas en parte contrarias, sobre las que el legislador debería haber escogido una y no acumulado ambas. En este sentido, opina que: “*se produce una mezcla de dos perspectivas radicalmente diversas: la que construye la comisión por omisión a partir de la comisión activa (lógica de la identidad estructural o lo que el Código, con terminología más débil, denomina “equivalencia según el sentido del texto de la ley”) y la que elabora la comisión por omisión a través de la omisión pura (lógica de la infracción de un deber)*” En COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, EDERSA, Madrid, 1999, pp. 460 y ss. En el mismo sentido, VIVES ANTÓN, T.S. pp. 524 y ss, para el que, la existencia de la equivalencia (en especial, cualquier clase de equivalencia jurídica), presupone la existencia de un deber especial. Este autor, deja dicho que: “la posición de garantía es un momento constitutivo de la equivalencia”.

⁷⁹⁵ KAUFMANN y JESHECK citados en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, EDERSA, Madrid, 1999, pp. 441 y ss.

⁷⁹⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *Omisión e injerencia en Derecho Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 61 señala que el tipo de la omisión no debe entenderse integrado solamente por aquellos comportamientos mecánicamente causales del resultado, sino también deben incluirse conductas que: “sin duda, también lo causan, pero en el sentido de irrogarlo o infligirlo”.

⁷⁹⁷ Así, VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, Volumen II (traducción de SALDAÑA, Q./ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.), Editorial Reus, Madrid, 2007, p. 373, indicó que la causalidad no tenía que ser la cuestión decisiva en la omisión, sino que el castigo de ésta habría de independizarse de su capacidad causal. Asimismo Vid. KAUFMANN, A.: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Göttingen: O. Schwartz, 1959, pp. 251 y ss., citado en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, EDERSA, Madrid, 1999, pp. 441 y ss, quién opina que la omisión impropia puede asemejarse a una acción porque ese deber positivo de actuar (ese mandato) cumple el papel pre-jurídico de convertir en acción algo que por sí solo no lo sería.

La determinación de las posibles posiciones de garante que pueden fundamentar un delito en comisión por omisión es una cuestión dogmática no resuelta a día de hoy⁷⁹⁸.

NAGLER⁷⁹⁹ formuló la tesis de la posición de garantía, definiéndola como la diferencia que existe entre el autor y el resto de la sociedad, que sitúa al primero frente al resto como el “*garantizador de que el resultado típico no se produzca*.”⁸⁰⁰

Por ello, los delitos de comisión por omisión han sido definidos⁸⁰¹ como delitos especiales propios que solo pueden ser cometidos por un determinado grupo de personas: aquellas que ostenten la condición objetiva de autoría de posición de garante.

Por contrapartida a los puros delitos de omisión (omisiones propias), en los delitos de omisión impropia se impone al autor (garante) el “*deber de evitar el resultado*”⁸⁰².

⁷⁹⁸ En este sentido JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993, p. 554 y JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación* (traducción de CUELLO CONTRERAS, J./ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.), Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 968, quién lo define como “una de las tareas más difíciles de la Parte General”.

⁷⁹⁹ Cfr. NAGLER, J.: *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, GS, número 11, 1938, citado en QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Aranzadi, 3ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2002.

⁸⁰⁰ En un sentido similar se pronunció ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1990 (Número de referencia La Ley 2043-JF/0000; Fundamento jurídico 5º 2043-JF/0000; Fundamento jurídico 5º), al manifestar “*la sociedad ha de confiar en que, quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro, proceda de forma que tal amenaza latente no se traduzca, por su reprochable omisión, en una realidad dañosa, incidiendo sobre la esfera jurídica de terceros.*”

⁸⁰¹ Cfr. HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 32 y ss o CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tecnos, Madrid, 6ª edición, 2004. También vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “La comisión por omisión en el Código Penal de 1995”, *Diario La Ley*, número 1, 1999, pp. 1747-1757.

⁸⁰² En este sentido, JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993, p. 551.

Sucede que, en algunos tipos delictivos, la acción debida (el denominado “*mandato de determinación*”) para el garante en los delitos que pueden ser cometidos por omisión está determinada⁸⁰³ pero, en la mayoría de los tipos delictivos que pueden cometerse por omisión, ésta no aparece determinada en el tipo, de manera que deberá determinarse conforme a las circunstancias concurrentes de la situación típica⁸⁰⁴.

El artículo 11 del Código Penal hace referencia a la infracción de un “*especial deber jurídico del autor*”, deber “*especial y cualificado*” y no genérico de actuación (como podrían ser determinados deberes morales, éticos o sociales⁸⁰⁵).

En concreto, en dicho artículo se determinan dos fuentes para dicho “deber jurídico del autor”: (i) una obligación legal⁸⁰⁶ o contractual de actuar; o (ii) una acción u omisión precedente, que ha tenido que ocasionar un peligro próximo adecuado para producir el daño y que sitúa al autor como un agente sobrevenido de contención del riesgo⁸⁰⁷.

⁸⁰³ Así, el artículo 316 que se remite a la infracción de la normativa en prevención de riesgos laborales y hace expresa referencia a la omisión penada: la no facilitación de los medios necesarios para que los empleados desarrollen su trabajo en términos de seguridad y salud.

⁸⁰⁴ Así lo expresa JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993, al manifestar que “en los delitos de omisión creados fuera de la ley mediante la omisión de los tipos, lo que falta ha de completarse conforme a sentido.”

⁸⁰⁵ La STS de 28 de enero de 1994 [RJ 1994\125] hace referencia sin embargo al deber moral derivado del hecho de la paternidad como base de la posición de garante del padre frente al hijo junto a la obligación legal del artículo 154 del Código Civil. Y se pronuncia en el siguiente sentido: “*Ninguna duda plantea tampoco la obligación de proteger y cuidar a los hijos por parte de los padres, dada su posición de garantes, derivado no solo del deber legal del art. 154, 1 del CP que permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, sino del deber moral derivado del hecho biológico de la paternidad*”. En el mismo sentido de señalar junto al deber legal, el deber moral derivado de la propia naturaleza biológica de la maternidad se pronuncia la STS Sala Segunda 870/2014, de 18 de diciembre [Rec. 1083\2014].

⁸⁰⁶ Dentro del cual encontramos los deberes del administrador respecto a la sociedad que administra (establecido en la LSC); el de los padres respecto a los hijos (artículo 154 del Código Civil), el de los hijos respecto a los padres o el de la función pública.

⁸⁰⁷ Tres posiciones doctrinales tratan de determinar el alcance de la injerencia en función de un actuar precedente (i) voluntario, aún y lícito (*cfr.* GÓMEZ RIVERO, M. C.: “La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro”, *Revista La Ley* 3/1996, pp. 1385-1388 o “La producción del resultado de muerte o lesiones en relación al supuesto agravado del artículo 489 ter”, *Revista La Ley* 3/1995, pp. 787-796), (ii) hecho típico y antijurídico, imprudente o doloso (*cfr.*, si bien

Con dicha configuración legal, la doctrina se plantea si el artículo 11 acoge una concepción formal del deber jurídico⁸⁰⁸ para delimitar la posición de garantía o si el actuar precedente, nos remite a una concepción material de la posición de garante y, por lo tanto el artículo 11 acoge una concepción mixta de dicho deber.

La concepción material de la posición de garante tiene su origen en la teoría de las funciones iniciada por KAUFMANN⁸⁰⁹ en Alemania, y con buena acogida entre la doctrina española⁸¹⁰.

situando la distinción en el criterio de la equivalencia, GARCÍA ALBERO, R.: “Título IX: De la omisión del deber de socorro” en QUINTERO OLIVARES, G.: Comentarios al Nuevo Código Penal, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 1996, pp. 921-937; MIR PUIG, S. en *Derecho Penal. Parte general*, 4ª edición, páginas 386 y ss), y (iii) acciones típicas y antijurídicas dolosas (cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión. Concepto y sistema.. op. cit.*, pp. 325 y ss; BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 23, Fascículo 1, 1973, pp. 35-48 y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973, pp. 499-532). Por su parte, la jurisprudencia no ha seguido una línea unánime en este aspecto. Ha condenado en ocasiones en comisión por omisión a causa de la posición de garantía derivada de un actuar precedente fundamentado en un acción imprudente, dolosa (supuestos de delitos contra la libertad sexual) o incluso fortuita (principalmente en el ámbito de la circulación).

⁸⁰⁸ Seguida en nuestro país por gran parte de la doctrina, entre ellos, COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas*. Editorial Ceura, 2ª edición, Madrid, 1991; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Teoría jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General*, Editorial Civitas, Navarra, 1984 y TORÍO LÓPEZ, A.: “Límites político-criminales del delito de comisión por omisión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 37, Fasc. 3, 1984, pp. 693-708. Bajo esta concepción formal, se ubica la injerencia dentro de las fuentes formales de la posición de garante, junto a la obligación legal o contractual de actuar. Entre ellos, QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Aranzadi, 3ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2002 y SILVA SÁNCHEZ en su profusa obra relacionada con la figura de la comisión por omisión. La teoría formal de las fuentes del deber se trata ampliamente en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Editorial Trivium, Madrid, 1997.

⁸⁰⁹ Citado en COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal. Parte General.. op. cit.*, pp. 441 y ss. También en JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993, p. 565 y ss.

⁸¹⁰ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial BdF, Montevideo-Buenos Aires, 7ª edición, 2004, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas, Navarra, 1978 y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*. Editorial Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

Según la citada teoría de las funciones, el origen de la posición de garante se sitúa en situaciones materiales, obviando la formalidad del deber jurídico. Entre ellas, se encontrarían principalmente dos⁸¹¹:

- Situaciones en las que subyace una posición de garantía que emana de un deber de protección de un bien jurídico, en las que se origina una situación material de absoluta dependencia personal del bien jurídico respecto al garante.

Dentro de ellas, se sitúan las situaciones de estrecha vinculación familiar, las situaciones de asunción voluntaria de una fuente de protección y las situaciones de comunidad de peligro.

- Situaciones en las que subyace una posición de garantía de una función de control de una determinada fuente de peligro, en las que habrá que determinar la efectiva existencia o no de una situación material de dominio de riesgo.

Dentro de este grupo pueden incluirse: supuestos de actuar precedente peligroso, supuestos de responsabilidad por comportamiento de terceros respecto a los cuales se ostenta un deber de vigilancia o los supuestos de control de fuentes de riesgo que se encuentran dentro de la esfera de dominio del propio sujeto, entendiendo por tal la actividad cuya organización y decisiones principales le han sido encomendadas.⁸¹²

⁸¹¹ Poniendo en duda la distinción entre ambos deberes JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación* (traducción de CUELLO CONTRERAS, J./ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.), Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 969, al explicar que toda protección de un bien jurídico es vigilancia, en su favor, de los peligros que la amenazan y toda vigilancia de una fuente de peligro, protección de las personas en peligro en cada caso.

⁸¹² En este sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria 172/2005, de 31 de mayo [ARP\2005\404] en ocasión de un delito contra la seguridad de los trabajadores y la responsabilidad del servicio de prevención de riesgos laborales: “el origen del peligro no es por tanto una acción del empresario, sino una fuente de peligro legalmente tolerada cuyo control se le ha encomendado y el peligro más grave o incluso las lesiones le serían imputables aplicando una causalidad hipotética, en el que pudo y debió realizar una acción destinada a impedir tal resultado.” Así mismo, el dueño de un perro peligroso ostenta una posición de garante derivada de una fuente material en tanto que debe controlar una fuente de peligro. En efecto, la Sentencia 19/2000, de 19 de enero, dictada por el Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca, sitúa en posición

En todo caso, los deberes de garante que nacen de la función de protección del bien jurídico -mencionados en el punto (i) anterior- son mucho más amplios de los que nacen de la vigilancia de una fuente de peligro, por cuanto los primeros deben proteger al bien jurídico de cualquier menoscabo, mientras que los segundos tan solo deben mantener controlada la fuente de peligro⁸¹³.

Llegados a este punto, se trata de determinar el origen de los deberes de actuar del OVC, para posteriormente analizar cuáles son esos deberes de actuar en función del tipo de perfil de *Compliance officer* que represente y acabar concluyendo si esos deberes de actuar constituyen verdaderos deberes de evitación de un resultado lesivo para un bien jurídico que puedan encuadrarse en una estructura punible de tipo omisivo.

1. Origen de los deberes de actuar del OVC.

Los deberes de control del OVC son deberes recibidos por delegación del empresario.

En el Capítulo IV hemos delimitado qué deberes de impedir sucesos dañosos ostentaba el administrador, siendo éstos ciertos deberes positivos, de organización y gestión empresarial, que se traducían también en el deber de impedir resultados lesivos (y delictivos) a los trabajadores, a la sociedad que administra y a terceros que puedan derivar del descontrol de fuentes de peligro ubicados en su ámbito de organización⁸¹⁴.

de garante precisamente a quién pasea con un perro peligroso por la calle que acaba causando la muerte de un niño y condena al autor por imprudencia y en comisión por omisión, debida a la infracción del deber de cuidado de estricto y permanente control del animal de peligrosidad contrastada.

⁸¹³ En este sentido JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993, p. 568.

⁸¹⁴ En este sentido, DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en DEMETRIO CRESPO, E./ SERRANO PIEDECASAS, FERNÁNDEZ, J.R.: *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Editorial Colex, Madrid, 2008, p. 71, quien opina que el empresario ostenta un deber de impedir que se cometan hechos delictivos por los miembros de la empresa que hacen uso de fuentes de peligro que se encuentran bajo el poder de dominio del garante.

El origen de los mismos tanto podía ser formal, cuál sería una obligación legal (LPRL, respecto a la protección del bien jurídico seguridad y salud de los trabajadores, o LSC, respecto a la diligencia y lealtad que debe a la sociedad que administra), como material, entendiéndose por éste la necesaria vigilancia de fuentes de peligro que se ubican en su esfera de dominio (sea el comportamiento de terceros respecto a los cuales se ostenta un deber de vigilancia u objetos peligrosos como la maquinaria).

El único garante originario de evitar dichos sucesos lesivos propios de la peligrosidad empresarial o el único que ostenta deberes de supervisión y vigilancia de actividades empresariales o personas de forma primaria es el empresario ya que es a quién dicha actividad puede reportar un beneficio.

Como concluyéramos en el apartado correspondiente⁸¹⁵, las funciones de control y vigilancia del *Compliance officer* son, en cualquier caso, el reflejo de una delegación (parcial) de facultades propias del empresario.

Así pues, los deberes del *Compliance officer* no nacen de la ley. El Código Penal, cuando en su artículo 31 bis apartado 2.2 hace referencia a “*confiar la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención de delitos a un órgano de la persona jurídica*”, que nosotros denominaremos “*Compliance officer*”, no constituye un determinado deber (de supervisión, vigilancia y control) para este tipo de órgano.

Todo lo que constituye este artículo es una condición para la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica basada en la designación de un *Compliance officer*.

Ello supone que el *Compliance officer* recibe por asunción voluntaria, al aceptar esa delegación de funciones (parcial) que le confiere el administrador, parte de las facultades de éste, entre las que, dependiendo de las funciones concretamente asumidas, van insertas parte de los deberes de evitación de sucesos lesivos

⁸¹⁵ Capítulo III: Delegación de facultades.

derivados del descontrol de una fuente de peligro que se ubique en su ámbito de dominio⁸¹⁶.

Esto es, si nos encontramos ante un perfil de *Compliance officer* que vela por la prevención del blanqueo de capitales en la empresa, porque así se ha pactado en el correspondiente contrato (perfil definido como “*Órgano de cumplimiento*”), del cumplimiento de los deberes de actuar que a éste sean propios en el ejercicio de las funciones pactadas, depende que no se produzcan resultados de lesión o peligro para el orden socioeconómico.

Sin embargo, el origen de este deber del *Compliance officer* no se encuentra en su especial relación con el bien jurídico orden socioeconómico, sino en la contención de la fuente de riesgos que se ubica en el ámbito de control del empresario (pagos y cobros que recibe la empresa y que pueden provocar daños al sistema socioeconómico), que el *Compliance officer* recibe por delegación.

Como hemos dicho, formalmente, esa delegación de funciones se documenta en un contrato (laboral o mercantil, de prestación de servicios) y materialmente, según sean las funciones concretamente pactadas, se asumen fragmentos de vigilancia de fuentes de peligro que competen originariamente al administrador⁸¹⁷.

En dependencia del tipo de perfil por el que se haya optado en la organización, las funciones del *Compliance officer*⁸¹⁸ pueden realizarse, como hemos visto, de

⁸¹⁶ En contra, algunos autores niegan una posición de garantía en el OVC, considerando, en su opinión, que los únicos deberes de actuación que le son propios (reporte al órgano de administración) no definen más que un puro encargo del administrador de una función determinada (esto es, el reporte), pero no una delegación de las facultades propias del administrador que pudiera llevar aparejada una delegación parcial de su posición de garante. *Cfr.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de Cumplimiento en la Empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 272-307.

⁸¹⁷ En este sentido, *cfr.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Editorial Civitas, Navarra, 2002, pp. 83 y ss, sitúa la delegación de la posición de garantía como fuente material del deber de garantía. También en el sentido de que la posición de garantía del *Compliance officer* no es originario sino derivada, *cfr.* BERMEJO, M./ PALERMO, O. “La intervención delictiva del *Compliance officer*..” *op. cit.*, p. 178

⁸¹⁸ En este sentido se pronuncia el Tribunal Federal Alemán (BGH, NJW 2009, páginas 3173 y ss.) citado en PRITTWITZ, C.: “La posición jurídica (en especial, la posición de garante) de los

forma más o menos ejecutiva respecto al cumplimiento y la prevención de delitos o de forma meramente auxiliar respecto al Órgano de administración, pero en todo caso, son una delegación de las facultades propias de supervisión y control del Órgano de administración.

A los únicos efectos de sistematizar el análisis sobre los deberes de actuar del OVC, y si estos constituyen o no deberes de evitar resultados lesivos, clasificaremos el discurso en los tres perfiles tipo de OVC que hemos tratado anteriormente (Órgano de supervisión, prevención y cumplimiento), pese a conocer que, en la realidad empresarial, no existen perfiles puros como los teóricos que aquí son traídos a los meros efectos de claridad expositiva.

2. Deberes de actuar y deberes de evitación del resultado.

JESCHECK⁸¹⁹ afirma que el deber de garantía no es un simple deber de actuar, sino un deber de impedir que el resultado lesivo se produzca, en la línea de que, en la omisión no se causa el resultado sino no se evita la producción del mismo, al no realizar una acción en defensa del bien jurídico⁸²⁰.

compliance officers” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 207-221: “..lo decisivo es la orientación de tal encargo, esto es, si la posición de deberes del encargado se agota únicamente en optimizar los procesos internos de la empresa y en descubrir y evitar en el futuro las infracciones de deber dirigidas contra la empresa, o si el encargado tiene deberes más amplios, de modo que tiene que reprobado e impedir las infracciones del Derecho que surjan de la empresa. Desde tales puntos de vista hay que valorar en todo caso la descripción del puesto de servicio.

⁸¹⁹ Cfr. JESCHECK, H./ WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal, Parte General* (traducción de OLMEDO CARDENETE, M.), Editorial Comares, Granada, 5ª edición, 2002 citado también en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, EDERSA, Madrid, 1999, pp. 441 y ss.

⁸²⁰ De ahí que la jurisprudencia alemana entienda, como veremos a continuación, que al *Compliance officer* le asiste un deber de impedir delitos.

PRITTWITZ⁸²¹ opina que para recibir una posición de garantía debe añadirse una relación especial de confianza que lleva al delegante a poner en manos del delegado dichos deberes de protección.

- *Órgano de supervisión.*

Este tipo de órgano se corresponde con el perfil bajo de *Compliance officer*. Como dijimos en el apartado en el que tratamos tanto las funciones como los requisitos de este cargo⁸²², este tipo de perfil puede incluso ser el más generalizado hoy en día pero ni es exclusivo ni excluyente.

En estos casos, la actividad del *Compliance officer* puede limitarse a coordinar las distintas áreas de riesgo, en el sentido de verificar un control secundario o terciario⁸²³ sobre la efectividad e implantación de las medidas de prevención por parte de los correspondientes responsables (los de las unidades de negocio o departamentos especializados), con el consiguiente reporte al Órgano de administración pero sin autonomía real, en el sentido de poder de decisión ni mando respecto a la prevención de riesgos ni el cumplimiento.

Además de ello, en este tipo de perfil, el *Compliance officer* se configura como impulsor de la ética y cultura de cumplimiento en la entidad impartiendo o coordinando la correspondiente formación a los empleados o directivos.

Bajo este perfil, el *Compliance officer* ejerce una labor de verificación del estado de cumplimiento y funcionamiento de las medidas de organización generales de la prevención de delitos en la entidad -tales como el canal de denuncias, el sistema disciplinario, los medios con los que cuenta para el desarrollo de la función supervisora, el cumplimiento de las responsabilidades de los distintos intervinientes en el “hecho penal”, la existencia de procedimientos suficientes

⁸²¹ PRITTWITZ, C.: “La posición jurídica (en especial, la posición de garante) de los *Compliance officers*” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 207-221.

⁸²² Capítulo III: *Compliance officer*.

⁸²³ Segunda o tercera línea de defensa en el modelo de gestión de riesgos empresariales que el Institute of Internal Auditors norteamericano denomina “Modelo de las Tres Líneas de Defensa”.

para plasmar el proceso de toma de decisiones de la entidad en los distintos ámbitos, etc.

Todo ello a fin de realizar el reporte adecuado al Órgano de administración respecto a la denominada “*prevención penal*” en la entidad, con la periodicidad que se haya fijado.

Asimismo, forma parte de su cometido, reportar con inmediatez cualquier situación excepcional respecto a la que deban tomarse decisiones rápidas para cesar o impedir una determinada situación delictiva o de inminente comisión.

Lógicamente, ello dependerá de la valoración jurídico-penal que de dicha situación realice el *Compliance officer*, aspecto que trataremos más adelante en lo referente al tipo subjetivo de la omisión.

Ese es el deber de actuar que de él se espera⁸²⁴. Sobre si ello constituye, además de un deber de actuar, un deber de evitar resultados lesivos, entramos a continuación⁸²⁵.

La recepción de las denuncias que puedan interponerse por los empleados o colaboradores de la empresa mediante el canal establecido al efecto o el conocimiento directo obtenido del desempeño de su labor en la empresa, puede proveerle de información relativa a la inminente o flagrante comisión de un delito, que puede situarle en una posición de posible (cooperación) en la evitación de la comisión o consumación de resultados lesivos.

Sin embargo, ello no quiere decir que este tipo de perfil de *Compliance officer* ostente un deber de impedir delitos con origen en el contrato o la vigilancia de fuentes de peligro, por cuanto no cuenta con funciones ejecutivas o decisorias, con

⁸²⁴ En este sentido, ROBLES PLANAS, R.: “El responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) ante el Derecho Penal” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013, pp. 319-330.

⁸²⁵ En contra, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 301-337.

un poder de mando real, que le permita ostentar el correspondiente dominio del hecho de una situación potencialmente delictiva.

Pero si, en la situación concreta puede coadyuvar a evitar la consumación delictiva o interrumpir el *iter* delictivo ya iniciado, tiene el deber de hacerlo.

- *Órgano de prevención.*

En este caso, el OVC se configura como un auténtico órgano de prevención de riesgos al uso, que planifica la actividad “preventivo-penal” de la entidad, como órgano delegado del empresario.

Tal y como expusimos en profundidad en el apartado correspondiente a las funciones del *Compliance officer*⁸²⁶, este tipo de órgano realiza la correspondiente evaluación de riesgos⁸²⁷, define y propone al Órgano de administración las medidas de prevención de delitos para los distintos departamentos o áreas de la entidad en función del riesgo previamente evaluado, puede también (si así se ha incluido en su contrato) controlar el cumplimiento o el grado de implementación en la entidad de las medidas de prevención establecidas y ocuparse de la actualización periódica de todo ello, en función de las necesidades o modificaciones internas (en la organización) o externas (en la legislación) que se vayan detectando.

Este tipo de perfil puede estar dotado de facultades de corrección de incumplimientos si detecta en su día a día incumplimientos de protocolos o procedimientos. Dichos incumplimientos pueden llevar aparejada, consecuentemente, la imposición o propuesta de sanción disciplinaria.

De todo ello deberá dar cumplida cuenta al Órgano de administración, órgano delegante y garante originario de la contención de riesgos empresariales, como

⁸²⁶ Capítulo III.

⁸²⁷ Nos remitimos en este punto a todo lo expuesto en relación con la evaluación de riesgos penales en el Capítulo II relativo a la exoneración de responsabilidad penal y el contenido de los modelos de organización y gestión, dentro del cual, se encuentra la evaluación de riesgos penales.

manifestación intrínseca de toda delegación de facultades, con el reporte establecido.

Este tipo de perfil tampoco tiene funciones ejecutivas propiamente, por cuanto su labor técnica acaba configurándose como una especie de asesoramiento al órgano que debe decidir sobre las medidas de prevención que han sido propuestas, su actualización o modificación.

Sin embargo, el poder de corrección de incumplimientos de una determinada disposición preventiva que se incluya en el modelo (no haberse proveído de la correspondiente autorización del proveedor del entendimiento de las condiciones del contrato, no haber seguido el procedimiento de homologación de proveedores instaurado en la empresa, instalar un software sin la autorización del departamento informático, etc.) sitúa a este tipo de perfil en disposición de hacer cumplir la normativa de prevención de delitos⁸²⁸.

Dicha facultad, en dependencia de la proximidad de la medida de prevención con el resultado lesivo, puede constituir un impedimento al delito y, por lo tanto, en estos casos, este poder de corrección de incumplimientos de medidas de prevención puede situarle en una posición cercana a la evitación de un delito y, por lo tanto, a la determinación de una posición de garante en su evitación. Se entrará sobre ello en el apartado correspondiente a los distintos incumplimientos de funciones.

Con carácter añadido a lo anterior, a este perfil de órgano son de aplicación las consideraciones efectuadas respecto al reporte inmediato al Órgano de administración de las situaciones delictivas flagrantes o inminentes de las que pueda tener conocimiento el OVC, realizadas con respecto al “*Órgano de supervisión*” y que, de igual modo, pueden contribuir a la evitación (o interrupción) de un suceso delictivo.

⁸²⁸ En la línea de la jurisprudencia del TS en materia de prevención de riesgos laborales anteriormente citada.

- *Órgano de cumplimiento.*

Se trata de un perfil más sofisticado y maduro respecto al cumplimiento normativo en general, el cual, si bien puede no ser todavía la realidad actual en la mayoría de empresas de nuestro país, puede ser un referente.

Un síntoma de ello es la realidad de que cada vez más empresas demandan servicios de cumplimiento normativo general que integren los procedimientos de gestión necesarios para la prevención de riesgos de cumplimiento de la distinta normativa que le es de aplicación y no solo los modelos de prevención de delitos.

Ello se debe principalmente a las particularidades del sector en el que opera (entidades financieras o de servicios de inversión), pero también por el necesario cumplimiento de una normativa cada vez más amplia y transversal para cualquier tipo de empresa (protección de datos, blanqueo de capitales, gobierno corporativo, riesgos laborales).

Si nos dirigimos hacia esa realidad, la constitución de departamentos de *Compliance* en las entidades que, por su tamaño o sector, lo precisen puede acabar extendiéndose y en ese tipo de órganos puede acabar residenciada la denominada “prevención penal”.

Un órgano de cumplimiento al uso, como el que puede existir en las empresas de servicios financieros o de inversión o en los sujetos obligados a la normativa del blanqueo de capitales, evalúa e identifica riesgos de cumplimiento en los distintos sectores de actividad (compartiendo en este punto tareas propias del que hemos denominado “*Órgano de prevención*”), define, adapta y aplica políticas y procedimientos y controla su cumplimiento en la entidad.⁸²⁹

⁸²⁹ Similar a lo previsto en el Código Unificado de Buen Gobierno para las sociedades cotizadas que hemos referido anteriormente, en cuya Recomendación 46 se establecen como funciones del *Compliance officer* de estas organizaciones las siguientes: (i) asegurar el buen funcionamiento de los sistemas de control y gestión de riesgos y, en particular, que se identifican, gestionan y cuantifican adecuadamente todos los riesgos importantes que afecten a la sociedad; (ii) participar activamente en la elaboración de la estrategia de riesgos y en las decisiones importantes sobre su gestión; y (iii) velar por que los sistemas de control y gestión de riesgos mitiguen los riesgos adecuadamente en el marco de la política definida por el consejo de administración.

La principal diferencia con el denominado “*Órgano de prevención*” es que los titulares de este tipo de órganos de cumplimiento, suelen formar parte de las reuniones del Órgano de administración o sus comisiones delegadas y participar de modo activo.

Su cometido consiste en reportar la situación actual del cumplimiento en la empresa o las necesidades de mejora en uno u otro ámbito, e intervenir en la toma de decisiones estratégicas de la entidad como órgano perteneciente a la cúpula directiva de la entidad con unos conocimientos sólidos de gestión del riesgo y jurídico-penales.

Por ello, este perfil puede tener una intervención directa en determinadas operaciones empresariales, al poderse establecer en los protocolos o procedimientos concretos de prevención su informe vinculante o autorización para la aprobación de una determinada decisión u operación empresarial.

Lo vemos ya en los programas de prevención de delitos cuando se establece, a título de ejemplo, el visto bueno del órgano de cumplimiento para dar salida a una donación, a un contrato de mecenazgo, colaboración o patrocinio, o una operación que haya podido plantear dudas o consultas en términos de riesgos.

En la práctica, dicha intervención en el proceso de autorización de la operación puede implicar la interrupción o paralización de un suceso eventualmente delictivo. En caso contrario, su autorización, visto bueno o aprobación puede situarle en una intervención directa por acción en el ilícito penal en cuestión.

Por ello, este perfil, además de ostentar un claro poder de mando o decisión en la empresa, ostenta un deber más claro que los anteriores perfiles de impedir resultados lesivos y una capacidad individual de acción basada en su intervención en un proceso decisorio concreto (que, lógicamente, habrá que acabar de verificarse con el contenido real de los poderes a él otorgados).

Este fue el sentido de la Sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH Urt.v. 17.7 2009-5. StR394/08), por la que se condenó a un *Compliance officer*⁸³⁰ y al responsable de asesoría jurídica como cómplices de un delito de estafa por comisión por omisión.

En esta sentencia se estableció expresamente el deber de garante de estos responsables de impedir actuaciones irregulares como las que en este caso dieron lugar al delito (determinadas liquidaciones fraudulentas de tasas), manifestando el Alto Tribunal que “*al Compliance officer corresponde el deber jurídico de evitar infracciones punibles cometidas a través de la estructura empresarial como necesaria contrapartida del deber asumido frente a la dirección de la empresa de impedir ilícitos y especialmente delitos*”⁸³¹.

3. Criterios para delimitar la posición de garante.

No obstante, existen determinados criterios que permiten delimitar la posición de garantía del *Compliance officer* o titular del OVC.

En primer lugar, el *Compliance officer* no será garante de la evitación de ningún delito del que no sea garante el empresario, y ello por cuanto su posición de garante no es originaria sino derivada de la del administrador.

Un segundo criterio de restricción tiene que ver con el perímetro que el *Compliance officer* ha pactado con el Órgano de administración como parte de sus funciones de vigilancia y control respecto a la evitación de delitos en la entidad.

⁸³⁰ En realidad no se trataba propiamente de un *Compliance officer*, sino más bien de un responsable del servicio interno de revisión o auditoría interna, denominado “*Leiter der Innenrevision*”.

⁸³¹ También en este sentido, BGHSt 52, 323, 335, cuando manifiesta: “el ámbito de tareas de los *Compliance officers* es el impedimento de infracciones al Derecho, en especial, también de delitos que se cometen desde la empresa y que pueden generar a esta importantes perjuicios mediante los riesgos de responsabilidad o de pérdida de reputación. También, *cfr.* HAUSCHKA, C: *Corporate Compliance*, Editorial Bech, München 2010, pp. 2 y ss, cuyas afirmaciones han provocado una importante reacción en la doctrina alemana. Entre ellos, *cfr.* ROTSCH, T.: “*Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung.*” *op. cit.*, pp. 712 y ss y BEULKE, W.: *Der Compliance officer als Aufsichtsgarant?*, Editorial FS-Geppert, 2011, p. 23, siendo la mayor parte de la doctrina alemana favorable a no reconocer un deber de impedir delitos entre las funciones del *Compliance officer*, por cuanto sus funciones se circunscriben a la defensa de los intereses de la empresa y sus trabajadores y no de terceros.

En este sentido, lo habitual será que el *Compliance officer* sea contratado como parte integrante del modelo de prevención de delitos implementado en la empresa siguiendo las disposiciones del artículo 31 bis y cumpliendo las condiciones que este impone para la exoneración de responsabilidad penal (entre ellas, la designación de este órgano para la supervisión del modelo).

Por ello, mayoritariamente, el ámbito funcional del *Compliance officer* será la prevención (vigilancia o cumplimiento) de las medidas de prevención de los delitos respecto a los cuales puede ser reputada responsable la persona jurídica.

Ello también podrá ser objeto de exclusiones expresas si la prevención de determinados tipos delictivos incluidos en ese catálogo ya se ha confiado a otro tipo de órganos (léase departamentos de calidad o prevención del blanqueo de capitales, etc.).

Sin embargo, en el catálogo de delitos de posible comisión por persona jurídica no se encuentran algunos delitos de cuya evitación sí es garante el empresario, como por ejemplo, los delitos contra los derechos de los trabajadores (garante por ley⁸³²) o los delitos relacionados con el acoso laboral.

En estos casos, existirá, como ya anticipábamos, normalmente un departamento técnico especializado que reciba por delegación tal prevención de forma preferente al *Compliance officer* (no en el caso de los delitos de acoso laboral).

⁸³² Sobre esto se ha pronunciado DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dirs.): *El derecho penal económico en la era Compliance*, pp. 165-187, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; en el sentido de que el *Compliance officer* no solo debe prevenir los delitos de posible comisión por la persona jurídica, sino también aquellos delitos respecto a los cuales ostente facultades de supervisión y control sobre medidas de prevención cuyo ámbito de aplicación puede extenderse a la comisión de otros ilícitos penales, en definitiva, delitos relativos a la actividad productiva o delitos de riesgo para los trabajadores. Más discutible sería la inclusión que LASCURAÍN SÁNCHEZ rechaza de pleno relativa a delitos que no se incluyen en el núcleo de la actividad productiva de la empresa (o que, en otras palabras, no tienen que ver con los riesgos propios de la misma) o el riesgo de sus trabajadores, pero que tienen que ver con ella como el delito de blanqueo de capitales o los delitos de corrupción tanto del servicio público como privado, aunque en este caso constituyen el catálogo de delitos de posible comisión por la empresa. Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de Cumplimiento en la Empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 272-307.

Los delitos contra los derechos de los trabajadores nos derivan a aquellos delitos respecto cuya comisión se prevé la imposición (facultativa) de las consecuencias accesorias histórica del artículo 129 del Código Penal (si bien ahora objeto de reforma tras la inclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica).

La prevención de estos delitos (o simplemente la supervisión, vigilancia y control de las medidas de prevención de las mismas, en la distinción que llevamos realizando a lo largo del presente trabajo) cuya comisión puede llevar aparejada la imposición de estas consecuencias accesorias lesivas para la persona jurídica a la que el administrador se debe en primer término, normalmente entrará también dentro de las funciones delegadas a favor del *Compliance officer*.

Además, puede ser objeto de encargo al *Compliance officer* también la prevención de delitos que no se encuentren dentro de ninguno de estos dos catálogos (responsabilidad penal de la persona jurídica y consecuencias accesorias) y que respondan exclusivamente a la discrecionalidad de las partes (por ejemplo, delitos de acoso laboral)⁸³³.

Un tercer criterio delimitador de su posición de garantía es la capacidad individual de acción del *Compliance officer*.

En este sentido, el OVC solo ostentará una verdadera posición de garantía respecto a la evitación de estos delitos si se le ha dotado de los suficientes medios para desarrollar dicho cometido con efectividad (entre otros, de la suficiente autoridad para ser obedecido o el suficiente mando sobre los empleados de la empresa)⁸³⁴.

⁸³³ Como por ejemplo la prevención de aquellos delitos que puedan conllevar la responsabilidad civil de la empresa, en atención a los artículos 120.3 y 4 del Código Penal.

⁸³⁴ O incluso, algún autor apunta a la formación del *Compliance officer* como medio necesario para que la delegación de los deberes de control del empresario se repunte como válida. En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 301-337.

De lo contrario, aunque pueda ser considerado objetivamente un delegado del empresario en sus funciones de supervisión y control, dicha delegación no será válida porque no se le habrá dotado con los medios necesarios para poder ejercer el objeto de la misma.

Dentro de la capacidad individual de acción se encuentran (además del conocimiento de la situación típica por parte del garante, la proximidad espacial con dicha situación y la representación de la acción ordenada como meta de su voluntad) los conocimientos técnicos o facultades intelectuales necesarias para evitar el resultado⁸³⁵.

Si ello no es así, o si el objeto delegado es indelegable, el delegante originario (administrador) será el único que ostentará la posición de garantía consistente en evitar sucesos lesivos, por cuanto se entenderá por no realizada la delegación en el titular del OVC.

Finalmente, el cuarto criterio delimitador de la posición de garante del OVC puede ser el principio de auto-responsabilidad de terceros⁸³⁶.

Esto es, cuando entran en juego otras esferas de responsabilidad en las que el principal agente de contención del riesgo es un tercero (y no el garante)⁸³⁷.

Esto sucede en aquellos casos en los que el origen de la posición de garante no es la protección de un bien jurídico sino la contención de un foco de peligro y, la principal consecuencia de la aplicación del principio de auto-responsabilidad como delimitación de la posición de garante en este caso es que, como mucho, podrá apreciarse la responsabilidad penal del garante a título de partícipe.

⁸³⁵ Se trata de saber, según JESCHECK, si un observador inteligente hubiera llegado, mediante el examen de la situación fáctica “ex ante” a representarse la acción ordenada como meta de su voluntad y a considerar suficientes las posibilidades externas”. En JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993, p. 561.

⁸³⁶ En este sentido, MARAVER GÓMEZ, M.: “El principio de confianza en Derecho Penal”. *Diario La Ley*, número 12772, 2011, edición digital, p. 5.

⁸³⁷ Sobre ello puede leerse en DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, 28/2009, p. 64.

La aplicación del principio de auto-responsabilidad queda más restringida en los casos en los que se poseen especiales deberes de vigilancia sobre ese tercero, por cuanto, en esos casos, la competencia sobre el riesgo es claramente compartida.

Asimismo, el principio de confianza en la actuación de terceros –manifestación del principio de auto-responsabilidad- queda limitado en los supuestos en los que, en el ámbito de una posición de garante, se producen circunstancias que evidencian el comportamiento incorrecto del tercero.

Entraremos sobre ello en profundidad más adelante en el apartado correspondiente a la imputación objetiva del resultado a la omisión creada.

4. Posición de garante en un OVC colegiado.

Tal y como expusimos en el apartado correspondiente a la estructura y composición de este órgano, ante la absoluta falta de regulación, y como manifestación de la propia libertad de empresa del artículo 34 de la Constitución Española, la composición de este tipo de órgano es libre.

Si se opta, dentro de esa libertad, por constituir un órgano colegiado, el funcionamiento del mismo se regirá, normalmente, por un Estatuto.

En dicho Estatuto, pueden realizarse diferencias entre los distintos miembros del OVC o actuar todos ellos de forma mancomunada e indistinta. Por lo general, eso dependerá de los distintos perfiles de personas que integren dicho órgano.

Si partimos de una composición mancomunada, la posición de garante de los distintos miembros es idéntica y nos sirve de aplicación lo dispuesto en la normativa mercantil en relación con los deberes frente a una decisión lesiva que pueda derivar en la comisión de un ilícito penal.

Establece el artículo 237 LSC que *“todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron*

todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.”

El ordenamiento mercantil establece, como vemos, una presunción *iuris tantum* de culpabilidad de los miembros de un órgano colegiado que ha tomado una decisión lesiva.

Por contra, en el ordenamiento penal deberá probarse, más allá de toda duda razonable, que los consejeros o, para el caso que nos ocupa, los miembros del OVC adoptaron la decisión lesiva con consciencia y voluntad (acción) o no hicieron lo que debían (posición de garante) para evitar el resultado lesivo.

El debate está en si votar expresamente en contra de la adopción del acuerdo lesivo es suficiente en términos de posición de garante para evitar el resultado lesivo.

En nuestra opinión, y pese a la infinidad de matices del caso por caso, en principio votar en contra como miembro de un órgano colegiado es suficiente como ejercicio del deber de actuar, no exigiéndose en términos de relevancia penal además de ello ulteriores actuaciones tendentes a la evitación del resultado lesivo.

Muy distinto es el supuesto en el que no hay votación, sino que la acción u omisión se valora por el desenvolvimiento del garante en cuanto a la evitación del suceso dañoso.

En primer lugar, porque el deber jurídico de actuar del administrador con origen legal (LSC) se colma con la votación en contra del acuerdo lesivo⁸³⁸. En segundo lugar, porque si no lo exige la legislación extrapenal (LSC), no conllevando por tanto reproche mercantil, no puede llevar aparejado un reproche penal (principio de *ultima ratio*).

⁸³⁸ Aspecto, no obstante, ampliamente discutido por la doctrina. Por todos, *cfr.* SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico”. *Diario La Ley*, número 1040, 2013, edición digital, p. 3 y ROBLES PLANAS, R.: “Imputación en la empresa y conductas neutrales”. *Diario La Ley*, número 1048, 2013, edición digital.

Más compleja es la abstención porque no supone hacer lo que la ley exige sino no llegar a ello y, por lo tanto, infringir un deber especial de actuar, permitiendo o facilitando el resultado lesivo.

Así, si estos miembros ostentaban una posición de garantía determinada respecto a la evitación de ese suceso delictivo y, obviándola, se abstuvieron de votar en contra de una decisión potencialmente lesiva, permitiendo, con su omisión, que se autorizara dicha concreta operación o decisión empresarial, podrán incurrir en responsabilidad penal⁸³⁹.

El deber de actuación de los miembros del OVC surge en este caso en relación con la delegación adquirida del Órgano de administración respecto a la prevención de delitos y no respecto a la vigilancia y control del resto de miembros del OVC, si bien, habrá que estar, de nuevo, a las concretas funciones de los distintos miembros del OVC, por cuanto el Estatuto que regule su composición y funciones, pudiera hacer distinciones entre los distintos miembros y, en consecuencia, no ser sus obligaciones mancomunadas.

b. La correspondencia con los elementos de la acción.

A la posición de garantía hay que añadir el análisis del inciso del artículo 11 del Código Penal “*según el sentido del texto de la ley*”, lo que supone que el propio literal del tipo delictivo en cuestión, posibilite su comisión omisiva.⁸⁴⁰

Por ello, en principio, solo pueden ser cometidos por omisión aquellos delitos que lo sean de resultado⁸⁴¹ y, además, no se configuren como puros delitos de acción o

⁸³⁹ Así se ha pronunciado la jurisprudencia, entre otras, por Sentencia 8/2017, de 31 de marzo, de la Sala Segunda de la Audiencia Nacional: “Todo ello determina que la responsabilidad penal por las decisiones que configuran el tipo penal de administración desleal en el seno de órganos colegiados debe determinarse de forma individual, puesto que no existe una responsabilidad conjunta o «delito colegial», como tampoco la inasistencia o el abstenerse de votar a favor de un acuerdo no exonera per se de responsabilidad penal, puesto que se podría incurrir en comisión por omisión de acuerdo con lo establecido por el artículo 11 del Código Penal.”

⁸⁴⁰ Cfr. VIVES ANTÓN, T.S.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 86: “*para apreciar la equivalencia entre acción y omisión es necesario que, conforme al sentido ordinario de las palabras en el lenguaje corriente, se pueda afirmar que a través de la omisión se ha realizado la conducta descrita por el verbo típico*”.

mera actividad, aunque no se desconoce la doctrina que defiende que también los delitos de mera actividad pueden ser cometidos por omisión en determinados casos.⁸⁴²

Si partimos del catálogo de delitos que puede cometer la persona jurídica, estos son⁸⁴³:

- Delito de estafa⁸⁴⁴.

⁸⁴¹ En el mismo sentido que la imputación objetiva solo es un problema de la Parte General cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y en el espacio de la acción del autor. *Cfr.* ROXIN, C: *Derecho Penal Parte General* (traducción LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J.), Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 345.

⁸⁴² *Cfr.* JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993, p. 548. En el mismo sentido JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación* (traducción de CUELLO CONTRERAS, J./ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.), Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 952.

⁸⁴³ Dejando aparte los delitos de trata de seres humanos, prostitución y corrupción de menores y tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos.

⁸⁴⁴ Aunque discutible por ser un delito de medios determinados y que parece exigir una conducta activa (doctrina de los actos concluyentes positivos), sí admite la comisión omisiva si el garante omite información que (en atención a su deber especial de actuar) debiera compartir con su contraparte, esencial para la suscripción del contrato. Entre otras, STS 281/14, de 26 de marzo. Asimismo, la STS de 17 de septiembre de 1990 [RJ 1990\7168], ha planteado el problema de si un delito de medios determinados o comportamientos activos como la estafa, es posible cometerlo por omisión. Así se pronuncia la referida Sentencia: “Esto plantea el problema de si es posible cometer por omisión un delito como la estafa en el cual, al describirse el tipo, se concreta una modalidad de comportamiento activo, que se define como “engaño bastante para producir error en otro”. Ante eso, parece difícil que la maquinación, ardid o artificio engañoso pueda consistir en una conducta omisiva.” En el mismo sentido, puede citarse la STS de 27 de abril de 1990 [RJ 1990\3352]: “si bien doctrinalmente ha sido discutida la posibilidad de cometer la estafa por omisión, existiendo un sector doctrinal que entiende que la maniobra engañosa ha de ir acompañada de comportamientos activos y que los supuestos de omisión deben quedar relegados al ámbito civil por el menor desvalor que representa la acción, este Tribunal ha admitido la posibilidad omisiva cuando se silencian u ocultan circunstancias existentes en el momento de la contratación que debieron ser puestas en conocimiento de la parte contratante en aplicación de los principios de lealtad y buena fe contractual (...) aunque quizás debiera restringirse la posibilidad de comisión por omisión a aquellos supuestos en los que el enajenante tenga un especial deber de eliminar el error en el que la otra parte pudiera incurrir por inactividad suya.” En el mismo sentido, la jurisprudencia se ha manifestado acerca del delito de prevaricación administrativa, para acabar admitiendo la modalidad omisiva del mismo (Pleno del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 1997). Así, el silencio administrativo equivale al dictado de una resolución arbitraria, especialmente tras la aprobación de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En este sentido, se ha pronunciado, entre otras, la STS 784/97, de 2 de julio

- Alguna modalidad del nuevo delito de quiebra del artículo 259 del Código Penal⁸⁴⁵.
- Daños informáticos⁸⁴⁶.
- Algunas modalidades comisivas del delito contra la propiedad industrial como la fabricación o utilización de productos que incorporen signos distintivos idénticos o similares a los registrados.
- Delito de difusión, revelación o cesión de secretos de empresa del artículo 278.2, especialmente visible la posibilidad de comisión por omisión el 279 efectuado por quien tuviere obligación de guardar reserva.
- Facturación de cantidades superiores, artículo 283 del Código Penal, como delito de resultado de peligro o de peligro concreto de perjuicio al consumidor.
- Algunas modalidades comisivas del delito de alteración de precios del artículo 284 del Código Penal (puntos 2 y 3).
- Abuso de información privilegiada en el mercado bursátil.
- Blanqueo de capitales.
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social⁸⁴⁷.
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.
- Delitos contra el medio ambiente.
- Algunos delitos de riesgo catastrófico.

⁸⁴⁵ En especial, el punto 2 del artículo 259 cuando las conductas que se describen en el punto 1 causen la situación de insolvencia.

⁸⁴⁶ Aunque nos encontramos en el mismo problema que la estafa, al ser un delito de medios determinados (doctrina de los actos concluyentes positivos).

⁸⁴⁷ Con una referencia expresa a la posible comisión omisiva en el propio tipo.

- Algunos delitos contra la salud pública, que exigen un resultado de peligro.
- Tráfico de influencias.

B. Imputación objetiva del resultado a la omisión creada.

Además de la equivalencia de la omisión con la acción (que legitima tanto la posición de garante como la identidad estructural en términos normativo-valorativos), para que un delito se pueda (excepcionalmente⁸⁴⁸) entender cometido por omisión, debe poderse imputar el resultado de lesión o peligro al tipo objetivo de la omisión creada.

Ante la indeterminación de la acción debida para el omitente en la mayoría de los casos, se plantea la cuestión de, si por el hecho de haber asumido por ley o contrato unas determinadas funciones (“una obligación de actuar”), puede imputarse al *Compliance officer* cualquier resultado dañoso que se suscite en la esfera de esas funciones.

Esto es, si dentro de sus funciones, ostenta un deber genérico y no limitado de contener cualquier riesgo que se derive del ejercicio de las mismas⁸⁴⁹.

La respuesta es, lógicamente, negativa. La única conducta que podrá reprocharse al garante es la creación o aumento personal del riesgo por encima del riesgo permitido, con la omisión, y solo esta conducta de creación o aumento de riesgo será la que determine su especial posición de garante en relación con la evitación de un resultado dañoso.

El primer paso para imputar objetivamente un resultado a una acción u omisión es la causalidad, por cuanto no puede imputarse un resultado a quién, de una u otra

⁸⁴⁸ Recoge el artículo 11 del Código Penal: “..sólo se entenderán cometidos por omisión..”

⁸⁴⁹ Y ello incide con las críticas que vierten muchos autores en el sentido de que los delitos de comisión por omisión colisionan con las exigencias del principio de legalidad penal, por cuanto en los delitos de acción no se definen las condiciones en las que la omisión resulta punible. En este sentido, entre otros, *vid.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*. Editorial Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

manera, no lo ha causado. Si bien, en lo delitos de comisión por omisión no hay propiamente una “causación”⁸⁵⁰, sino una “causalidad hipotética”⁸⁵¹.

En este tipo de delitos, no se añade la relación de causalidad propia de los delitos de acción, en los que, el resultado es consecuencia de un actuar propio del sujeto. En los delitos de comisión por omisión, ésta no es la causa de ningún resultado, sino que éste se produce por una causa distinta al comportamiento del sujeto, el cual, no evita la producción del resultado al no realizar una acción en defensa del bien jurídico⁸⁵².

Por ello, la doctrina⁸⁵³ considera que existe delito cometido por omisión cuando, en un análisis *ex post*, existan dos certezas (corregimos por “*probabilidad rayana a la certeza o la seguridad*”⁸⁵⁴): (i) si el garante hubiere cumplido con su obligación (la acción esperada o la “*conducta alternativa conforme a*

⁸⁵⁰ *Ex nihilo nihil fecit*. Aunque el Código Civil resolvió la cuestión a favor de que las omisiones también tuvieran en cierta manera poder causal, en su artículo 1902: “*El que por acción u omisión causare un daño a otro*. Cfr. VON LISZT, F. en *Tratado de Derecho Penal*, Volumen II (traducción de SALDAÑA, Q./ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.), Editorial Reus, Madrid, 2007: “*Así pues, empleamos indudablemente, una expresión impropia cuando hablamos de causar por omisión. Por eso no puede tratarse más que de saber si la ciencia penal debe o no conservar esta expresión usual del lenguaje corriente*”, aunque el mismo hubiera definido la acción como “*causa voluntaria o no impediendo de un resultado externo*”.

⁸⁵¹ Para Jakobs, la polémica en torno a la causalidad de la omisión es “una de las más infructuosas que la ciencia del Derecho Penal ha sostenido”. Cfr. JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación* (traducción de CUELLO CONTRERAS, J./ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.), Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 959.

⁸⁵² En este sentido se pronuncia la ya citada STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1538/2000, de 9 de octubre, al manifestar: “..la persona presuntamente responsable en una omisión que, sin haber producido el resultado –la omisión nunca es causal por definición- no ha evitado su producción.” En similares términos, STS Sala Segunda, 1828/2002, de 15 de octubre y STS, Sala Segunda 45/2007, de 24 de enero.

⁸⁵³ Si bien la bibliografía en la materia es extensísima, se cita a modo ilustrativo a GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Riesgo permitido y comisión por omisión imprudente (A propósito de la sentencia de 9 de diciembre de 2003, de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal argentina)”, *La Ley Penal*, número 88, 2011, edición digital.

⁸⁵⁴ No bastando para JESCHECK la “fundada perspectiva”. En JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993, p. 563.

*Derecho*⁸⁵⁵), el foco de peligro causante del resultado no hubiera superado ese riesgo permitido o habría sido reconducido a él⁸⁵⁶, y (ii) el foco de peligro por encima del riesgo permitido ha causado la lesión del bien jurídico penalmente protegido.

a. Criterios para imputar al tipo objetivo de la omisión el resultado producido.

Los requisitos para imputar un resultado a una omisión son los siguientes:

1. La omisión debe suponer la creación de un riesgo no permitido.

La teoría del *incremento del riesgo*⁸⁵⁷ postula que la creación de un riesgo no permitido incrementa el riesgo de lesión del bien jurídico. Aunque, cierto es que, en ocasiones, la conducta alternativa conforme a Derecho hubiera producido el mismo resultado, por lo que, en esos casos, deberá considerarse que la omisión no ha incrementado el riesgo por encima de lo no permitido.

Los riesgos propios de una actividad aceptados socialmente no colman la acción típica. En esos casos, estamos ante un acto neutral. La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁵⁸, en aplicación de la *teoría de los actos neutrales*, considera que no estamos ante un acto neutral cuando se superen los límites del papel social o el rol profesional, o bien, la acción u omisión exteriorice un fin delictivo manifiesto.

⁸⁵⁵ JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación* (traducción de CUELLO CONTRERAS, J./ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.), Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 379.

⁸⁵⁶ Según JESCHECK la causalidad hipotética es un juicio de probabilidad. JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993, p. 554. La “probabilidad rayana a la certeza” constituye el más alto grado de certeza alcanzable por el entendimiento humano en los juicios hipotéticos, opina JESCHECK.

⁸⁵⁷ Fundada por Jakobs. Cfr. JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación* (traducción de CUELLO CONTRERAS, J./ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.), Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 380.

⁸⁵⁸ Entre otras Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 877/2014 de 22 de diciembre [RJ 2014\6661].

Esto es, una acción u omisión deja de tener la consideración de neutro cuando, superando el riesgo permitido, se solidariza con el plan delictivo del autor⁸⁵⁹.

2. Realización del riesgo no permitido en el resultado.

Para que un resultado lesivo pueda ser objetivamente imputado a una omisión, este debe ser la realización de ese riesgo no permitido que ha supuesto un incremento de riesgo para el bien jurídico protegido por la norma de cuidado⁸⁶⁰.

Se excluye la imputación si, pese a haberse creado un riesgo no permitido, el resultado no es realización de ese riesgo sino de otros factores coadyuvantes⁸⁶¹.

Las conductas de participación delictiva, por contraposición a las de autoría, reconducen la creación a la facilitación o contribución al hecho delictivo.

3. El alcance del tipo abarca la evitación de ese peligro.

Este tercer requisito evita la imputación del resultado a una omisión en los supuestos en los que el alcance del tipo no va destinado a proteger resultados lesivos como los que han sido provocados.

Se incluyen tres situaciones de hecho: la cooperación en una auto-puesta en peligro por la propia víctima, la puesta en peligro de un tercero consentida por éste y la imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno.

⁸⁵⁹ La jurisprudencia (STS de 8 de abril de 2008 o 6 de marzo de 2007) ha manifestado que aportaciones realizadas con conocimiento de que van a ser integradas en un plan delictivo no son típicas si objetivamente carecen de sentido delictivo por que no superan el riesgo permitido.

⁸⁶⁰ La teoría del incremento del riesgo creada por ROXIN, C: Derecho Penal Parte General (traducción LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J.), Editorial Civitas, Madrid, 1997.

⁸⁶¹ Como mucho podrá imputarse a título de tentativa.

Entramos sobre ello a continuación.

b. Causas de exclusión (o limitación) de la imputación objetiva.

1. No hay imputación del resultado a la omisión previa cuando no hay creación de riesgo porque la omisión disminuye el peligro ya existente para la víctima o no lo aumenta de modo considerable.

Es la teoría de la *pretendibilidad objetiva*⁸⁶²: una conducta con la que no se pone en peligro de modo relevante un bien jurídico legalmente protegido, solo podrá acarrear el resultado por casualidad.

En un juicio de pronóstico objetivo-posterior, habrá que preguntarse si, situando a un observador medio *ex ante* (con el mismo conocimiento de la situación de hecho del autor), éste hubiera considerado la conducta u omisión arriesgada para el bien jurídico.

2. No hay imputación objetiva si la omisión no ha creado un riesgo por encima de lo permitido, según el rol social o profesional del omitente.

Estará dentro de la conducta socialmente adecuada en el cumplimiento de los deberes de vigilancia y control, la implementación de las medidas necesarias y su control, sin podersele exigir un control superior al adecuado socialmente⁸⁶³.

Si se sucede una actuación delictiva de un tercero en ese ámbito de vigilancia y control no podrá imputarse objetivamente a ninguna omisión penalmente relevante por cuanto no habrá dejación de sus

⁸⁶² ROXIN, C: Derecho Penal Parte General (traducción LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J.), Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 367, pone el ejemplo del barreño de agua que, por casualidad, puede causar la inundación como gota (barreño en este caso) que colma el vaso (el estanque en este caso). Sin embargo, este barreño no aumenta considerablemente el peligro de inundación del estanque, un observador medio *ex ante* no hubiera considerado peligroso verter un barreño de agua en un estanque para proteger el medio ambiente de una inundación. Por lo tanto, el resultado se ha creado por casualidad pero no por “pretendibilidad objetiva”.

⁸⁶³ En esta línea también ROBLES PLANAS, R.: “Imputación en la empresa y conductas neutrales”. *Diario La Ley*, número 1048, 2013, edición digital, p. 9.

deberes de cuidado ni conducta por encima del riesgo permitido, en la configuración objetiva del tipo. En consecuencia, la actuación delictiva del tercero será únicamente responsabilidad suya como persona auto-responsable.

3. No hay imputación si el resultado producido no es la realización de ese riesgo no permitido que se ha creado con la conducta del omitente.
4. Teoría de la *prohibición de regreso* y teoría de los *actos neutrales*.

Como complemento a la teoría de los actos neutrales, la jurisprudencia⁸⁶⁴ viene aplicando la denominada "prohibición de regreso", en conductas de posible participación delictiva.

Mediante esta teoría se impide imputar el hecho delictivo a aquellas personas que, sin haber actuado en connivencia con el autor del delito ni haberse solidarizado con su plan delictivo, favorecen causalmente la acción delictiva o su resultado, al crear de forma antecedente y distanciada en el tiempo, una situación de hecho que le sirve al autor para realizar el delito.

Se trata, en general, de casos en los que junto al distanciamiento temporal entre la conducta del presunto partícipe y la ejecución posterior del hecho por el autor se aprecia una adecuación social genérica en la conducta del supuesto partícipe (conductas estereotipadas o ejecutadas conforme a una posición profesional determinada, también en el marco de la empresa).

Así se considera que cuando el tercero realiza una conducta que se antepone en el tiempo -distanciamiento temporal- a la ejecución del concreto tipo penal, y que, además, tiene un sentido por sí misma socialmente adecuado -sin que presente de por sí connotaciones o

⁸⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4ª) núm. 427/2014 de 2 de septiembre [ARP 2014\1431 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 95/2002 de 19 de abril [ARP 2002\472].

significaciones específicamente delictivas- ha de entenderse que, aunque con ella se favorezca causalmente la ejecución de la acción delictiva del autor, no cabe subsumirla en el marco de la participación delictiva, a no ser que el tercero actúe en connivencia o solidaridad con el autor del delito.

En este sentido, dejan de ser conductas neutrales aquellas que revelan un sentido delictivo, superan el límite del papel social o aquellas en las que se exteriorice un fin delictivo manifiesto⁸⁶⁵.

Las posiciones más modernas consideran que la acción o la omisión no es típica si no supera el linde del riesgo permitido, aunque se conozca la intención del autor de utilizarla para un comportamiento delictivo⁸⁶⁶.

Por ello, se discute la ubicación sistemática del acto neutral en la parte subjetiva u objetiva del tipo.

Si se ubica en la tipicidad subjetiva, lo determinante es el conocimiento de la utilización para fines delictivos de la acción u omisión precedente (independientemente de su relevancia penal como conducta desaprobada), mientras que si lo determinante es que la misma supere el riesgo permitido, su ubicación es en el tipo objetivo.

5. Principio de *auto-responsabilidad* y principio de *confianza*.

Las conductas auto-responsables de terceros pueden romper (o limitar) la imputación objetiva del resultado lesivo a la omisión previa del garante⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 877/2014 de 22 de diciembre [RJ 2014\6661].

⁸⁶⁶ En este sentido, STS de 8 de abril de 2008 o STS de 6 de marzo de 2007, citadas en Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 176/2017, de 27 de abril [JUR 2017\95356].

⁸⁶⁷ Para Roxin, más que una cuestión de interrupción del nexo causal o de la teoría de la imputación objetiva, se trata de que la cooperación no dolosa en delitos dolosos es impune y en cuanto a posibles acciones imprudentes, se trata de delimitar hasta donde llega el principio de confianza y,

La auto-puesta en peligro de un tercero o la puesta en peligro de un tercero consentida por éste, son actos auto-responsables que pudieran romper la imputación objetiva del resultado a la omisión previa del garante, por cuanto el tipo delictivo no está concebido para proteger ese tipo de supuestos⁸⁶⁸.

Asimismo, actos que se integran en una esfera de responsabilidad ajena pueden romper la imputación objetiva del resultado a una omisión precedente del garante.

Es la denominada “*teoría de las esferas o ámbitos de responsabilidad*”⁸⁶⁹, que se conecta también con el requisito del alcance del tipo que veíamos con anterioridad por cuanto, el fin de protección del tipo, no abarca los resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro.

por lo tanto, el riesgo permitido, por cuanto el favorecimiento imprudente de un delito doloso es punible en Alemania y, por ello, no siempre un acto doloso de un tercero interrumpe el nexo causal o la imputación objetiva. *Cfr* ROXIN, C: Derecho Penal Parte General (traducción LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J.), Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 1007.

⁸⁶⁸ Se hace referencia aquí a la jurisprudencia existente para los casos de delitos de estafa en los que la víctima se auto-pone en peligro al no ejercer la diligencia mínima de contraste del engaño del agente. En estos supuestos, la jurisprudencia no condena por delito de estafa al agente considerando que no cabe imputar objetivamente el resultado de perjuicio patrimonial al engaño previo (por acción u omisión) por cuanto interviene una conducta de auto-puesta en peligro de la propia víctima que rompe la imputación. En este sentido, STS de 8 de julio de 2016 [JUR\2016\2905]. No tan clara la exclusión de la imputación objetiva del resultado de daño creado a la auto-puesta en peligro del trabajador en los casos de accidentes laborales, por cuanto la jurisprudencia considera que es un sector en el que hay poco margen para acciones autónomas de los trabajadores, que suelen actuar en una relación de dependencia jerárquica en la que siempre reciben órdenes de los superiores. En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 26 de noviembre de 2002 [JUR\2003\410] y Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de junio de 2017 [JUR\2017\195925].

⁸⁶⁹ ROXIN, C: Derecho Penal Parte General (traducción LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J.), Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 398, aunque el propio autor reconoce que se trata de una teoría que aún no está suficientemente elaborada dogmáticamente y que se concibe para tratar de romper la imputación objetiva del resultado de lesión creado a determinados profesionales (bomberos, policías, salvamento acuático) a la acción anterior del que iba a ser rescatado por estos profesionales y, en causalidad, provocó la entrada en juego de los mismos.

Es decir, la conducta del tercero auto-responsable en su esfera o ámbito de responsabilidad, en esos casos, desplaza el peligro que pudo crearse con la omisión antecedente⁸⁷⁰.

El principio de auto-responsabilidad, no obstante, queda limitado en los ámbitos en los que se comparte la competencia sobre el riesgo, esto es, a título de ejemplo, en las relaciones verticales que pueden producirse en el marco de la empresa⁸⁷¹. En estos casos, la persona que ostenta una posición de garante no olvida totalmente su gestión del riesgo por la aparición de una tercera persona auto-responsable⁸⁷².

Por ello, en las estructuras omisivas, habrá que estar al análisis de si al sujeto (garante) incumbía específicamente impedir el desarrollo del peligro de producción del resultado que se puede originar en su ámbito de organización⁸⁷³ a través de la conducta un tercero auto-responsable.

Y ello será así cuando la configuración del propio ámbito de organización (la omisión de un determinado hacer) inequívocamente tiene el sentido de formar parte de una acción delictiva posterior o se

⁸⁷⁰ DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, 28/2009, p. 64, también construye su propia “teoría de esferas de responsabilidad y sujetos responsables”.

⁸⁷¹ DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en DEMETRIO CRESPO, E./ SERRANO PIEDECASAS, FERNÁNDEZ, J.R.: *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Editorial Colex, Madrid, 2008, p. 71, quien opina que el empresario ostenta un deber de impedir que se cometan hechos delictivos por los miembros de la empresa que hacen uso de fuentes de peligro que se encuentran bajo el poder de dominio del garante.

⁸⁷² En estos casos pueden aparecer las denominadas “medidas de doble aseguramiento” para el garante. Esto es, además de las medidas de aseguramiento que habrá impuesto el tercero en aplicación de su deber de cuidado, el garante de ese riesgo (la persona de atrás) también pondrá sus medidas de aseguramiento. En este sentido, MARAVER GÓMEZ, M.: “El principio de confianza en Derecho Penal”. *Diario La Ley*, número 12772, 2011, edición digital, p. 8.

⁸⁷³ En este sentido ROBLES PLANAS, R.: “Los dos niveles del sistema de intervención..” op. cit., p. 9 diferencia entre el peligro que surge de la propia esfera de administración del sujeto de aquel que surge de la administración de determinados peligros que operan en una esfera ajena.

manifiesta como susceptible de adaptarse específicamente a eventuales configuraciones delictivas de terceros⁸⁷⁴ y no tiene una justificación en el estándar de conducta neutral o socialmente adecuado de ese sujeto.

El principio de confianza, íntimamente relacionado con el principio de auto-responsabilidad⁸⁷⁵, será objeto de análisis en el apartado correspondiente a la imputación subjetiva⁸⁷⁶.

C. Dolo o imprudencia. Ignorancia deliberada. Imputación subjetiva.

a. Tipo subjetivo de la omisión.

Entramos ahora en el análisis del aspecto subjetivo de la omisión, sin perjuicio de que el análisis del tipo subjetivo del concreto delito cometido por omisión tendrá, lógicamente, sus propias particularidades⁸⁷⁷.

Sirvan, por ello, unas reflexiones genéricas.

El dolo del omitente nace cuando él mismo tiene conocimiento de la situación típica que genera su deber de actuar y capacidad para impedir el resultado pero, sin embargo, no actúa⁸⁷⁸.

⁸⁷⁴ ROBLES PLANAS, R.: “Imputación en la empresa y conductas neutrales”. *Diario La Ley*, número 1048, 2013, edición digital, p. 7.

⁸⁷⁵ Y ello tiene mucho que ver con la difícil delimitación entre el deber de cuidado de la imprudencia y el deber de garante de la omisión, en el marco de las actividades empresariales. Sobre ello se pronuncia DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en DEMETRIO CRESPO, E./ SERRANO PIEDECASAS, FERNÁNDEZ, J.R.: *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Editorial Colex, Madrid, 2008, p. 71.

⁸⁷⁶ Sobre la ubicación sistemática de este principio como criterio de la imputación objetiva para la determinación del riesgo permitido y no solo como criterio para la imputación subjetiva en la determinación del deber de cuidado se pronuncia MARAVER GÓMEZ, M.: “El principio de confianza en Derecho Penal”. *Diario La Ley*, número 12772, 2011, edición digital, p. 10.

⁸⁷⁷ No existe un delito de omisión sino distintos delitos que pueden cometerse por omisión.

⁸⁷⁸ En este sentido se pronuncia la ya citada STS de 24 de octubre de 1990 [RJ 1990\8233]: “por ello, quien conoce las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado) y su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente”. O las STS de 25 de abril o 30 de junio de 1988 cuando manifiestan que: “el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que

A ello se añade la consideración reciente del dolo como elemento intelectual o cognoscitivo más que volitivo, más cercano al dolo eventual⁸⁷⁹ que al dolo directo. Es decir, basta con representarse la posibilidad de encontrarse en una situación en la que quizás se debiera actuar, y pese a todo, omitir el posible deber jurídico de actuar⁸⁸⁰, sin necesidad de conocer de forma inequívoca la obligación de actuar y no hacerlo (dolo directo).

Por su parte, la imprudencia del omitente nace cuando éste deja sus deberes de cuidado de la forma más absoluta y, con ello, desconoce si tiene o no deber de actuar. Una imprudencia que, para tener tintes penales, debe siempre tener la consideración de grave⁸⁸¹.

Por otra parte, habrá que apreciar imprudencia cuando el omitente, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que generaba su deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción debida para evitar el resultado, o del riesgo que entrañaba su inactividad.

generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción.” sobre el necesario conocimiento de las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado, se pronuncia la STS 950/97, de 27 de junio.

⁸⁷⁹ La doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 174/2015, de 14 mayo, [RJ 2015\2609], define el dolo eventual del siguiente modo: “Según la doctrina de esta Sala, actúa con dolo eventual el que conoce que con su conducta crea un peligro concreto, jurídicamente desaprobado, de realización del tipo. Quien sabe que con su conducta crea un peligro concreto de realización del tipo más allá del riesgo permitido y a pesar de ello la ejecuta, demuestra aceptación o, cuando menos, indiferencia acerca del resultado, lo que hace posible su atribución. Al resultar innecesario establecer la aceptación expresa del resultado, basta con que las circunstancias permitan afirmar desde un examen externo que el sujeto conocía las probables consecuencias de su conducta, porque era imposible desconocerlas dadas las circunstancias, y que a pesar de ello, la llevó a cabo.”

⁸⁸⁰ Y es esta la diferencia entre el dolo eventual y la teoría de la ignorancia deliberada que veremos a continuación: el conocimiento del tipo delictivo concreto en el que se interviene; conocimiento que se exige para imputar a título de dolo eventual.

⁸⁸¹ Definida entre muchas otras en la STS 865/2015 de 14 enero, [RJ 2016\4120] como: “En cuanto a la diferenciación entre la imprudencia grave y la que no lo es, se decía en la STS 1823/2002 [RJ 2002\10599], que la imprudencia grave ha requerido siempre la vulneración de las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad”, y con parecidos términos se recordaba en la STS 537/2005 [RJ 2005\6547], que “la jurisprudencia de esta Sala suele considerar grave la imprudencia cuando se han infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos. Es temeraria, se ha dicho reiteradamente, cuando supone un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado”.

Asimismo, habrá imprudencia cuando el omitente no logra evitar el resultado a causa de su forma descuidada o inadecuada de dar cumplimiento a su deber de garantía⁸⁸².

Ello siempre que el concreto delito admita la comisión imprudente⁸⁸³.

La imprudencia consciente hay que diferenciarla del dolo eventual si bien son limítrofes. La imprudencia consciente sucede cuando el sujeto confía en que no se producirá la situación típica (no la acepta como posible, como ocurre con el dolo eventual).

A medio camino entre el dolo y la imprudencia, aunque ubicada sistemáticamente en el dolo, se encuentra la teoría de la *ignorancia deliberada (willful blindness)*⁸⁸⁴.

⁸⁸² Sobre ello se pronuncia la STS 716/2009, de 2 de julio. En la medida en que el conocimiento de la situación de riesgo estaba ausente pero debería haber sido obtenido de actuar diligentemente, se confirma la condena a título de imprudencia afirmando que “pudiendo sancionarse penalmente, a título de comisión por omisión imprudente, a quien lesiona su deber de garante de adoptar determinadas medidas de seguridad o de controlar comportamientos ajenos peligrosos, siempre y cuando el resultado lesivo hubiera sido evitado a través del cumplimiento de ese deber con una probabilidad rayana a la certeza y que ello fuera previsible para el omitente”. Otra condena por delito imprudente cometido en comisión por omisión (en este caso un delito de homicidio) es la que se dicta por Sentencia 19/2000, de 19 de enero, dictada por el Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca, en la que puede leerse: “la posición de garante asumida por el acusado con respecto a la cumplimentación de las necesarias medidas de seguridad le hace responder por omisión impropia del resultado mortal producido; lo cual, por otra parte es perfectamente posible con el delito imprudente, como ha reconocido nuestra Jurisprudencia (SSTS 15 de mayo de 1989 [RJ 1989\6738], 4 de septiembre de 1991 [RJ 1991\6021] y 7 de noviembre de 1991 [RJ 1991\7984])”.

⁸⁸³ “En cuanto a la eventual imputación de negligencia en el cumplimiento del deber de garante como causa del desconocimiento, resulta irrelevante, ya que no resulta típica la imputación a título de imprudencia del delito por el que fue penada.” (STS Sala Segunda, 542/2012 de 21 de junio).

⁸⁸⁴ La teoría de la ignorancia deliberada sostiene la equiparación, a efectos de atribuir responsabilidad subjetiva, entre los casos de conocimiento efectivo de los elementos objetivos que configuran una conducta delictiva y aquellos supuestos de desconocimiento intencionado o buscado. Apunta el Tribunal Supremo (STS núm. 446/2008 de 9 julio. [RJ 2008\4281]) que: “<<aquél que puede y debe conocer las consecuencias de sus actos, y sin embargo presta su colaboración y se beneficia, debe hacer frente a las consecuencias penales de su actuar>>, insistiendo en que <<cuando el autor de una conducta ciega voluntariamente sus fuentes de conocimiento para ignorar la dinámica de los hechos, evitando su posible responsabilidad, la persona que no quiere conocer voluntariamente el origen de los efectos sobre los que actúa, equivale a afirmar que conoce ese origen delictivo pues con su acto de cegar las fuentes de conocimiento se está representando la posibilidad de la ilegalidad de su actuación y decide seguir actuando>>. Esto es, la equiparación que realiza la jurisprudencia se basa en la premisa de que el grado de culpabilidad que se

Esta teoría ha tenido una aplicación jurisprudencial excesivamente dispar en términos de seguridad jurídica⁸⁸⁵, que tiene como consecuencia directa la ampliación de las posibilidades de imputación delictiva⁸⁸⁶.

La ignorancia deliberada entra en juego en situaciones en las que el deber de conocer del sujeto está perfectamente delimitado en sus obligaciones contractuales⁸⁸⁷, pero se desatiende consciente y voluntariamente.

Aunque las teorías de la ignorancia deliberada en nuestro país tienen como presupuesto el beneficio o lucro que obtiene de la actividad de la que omite el conocimiento el sujeto activo⁸⁸⁸, doctrinalmente se ha admitido que baste con la elusión de sus responsabilidades penales para la imputación subjetiva del delito al sujeto que actúa con ignorancia deliberada, sin ser necesaria la obtención de un determinado beneficio económico⁸⁸⁹.

manifiesta en quien conoce no es inferior a la de aquel sujeto que, pudiendo y debiendo conocer, prefiere mantenerse en la ignorancia, siempre que con dicha actuación se beneficie.

⁸⁸⁵ En el sentido de que, en ocasiones la jurisprudencia niega la aplicabilidad de esta figura, en otras, la trata como elemento que sustituye al dolo o en otras ocasiones se impone como consecuencia un castigo imprudente. Un análisis crítico de ello puede encontrarse en FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *La teoría de la ignorancia deliberada en derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, en Indret 7/2015, www.Indret.com.

⁸⁸⁶ Para un estudio en profundidad de dicha figura doctrinal y jurisprudencial RAGUÉS I VALLÈS, R.: *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2008.

⁸⁸⁷ El deber de conocer conforme a su rol profesional es el que define el riesgo permitido y no los denominados “conocimientos especiales”, a no ser que éstos sean introducidos en el propio rol profesional por el propio sujeto. A ello hace referencia SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico”. *Diario La Ley*, número 1040, 2013, edición digital, p. 6.

⁸⁸⁸ Expresamente lo reconoce así RAGUÉS en *La ignorancia deliberada... op.cit.* p.192 al definirla como: “el sujeto que realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para un interés ajeno y que pudiendo desistir de tal conducta prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medida para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades, muestra un grado de indiferencia hacia el interés lesionado no inferior al del delincuente dolo-eventual y, en términos preventivos, merece la misma pena que éste.”

⁸⁸⁹ En este sentido, RAGUÉS en *La ignorancia deliberada... op.cit.* p.193.

Las posibles infracciones de los deberes de supervisión, vigilancia y control del OVC pueden ser imputables tanto a título de imprudencia como a título de dolo⁸⁹⁰.

El dolo del titular del OVC puede fundamentarse en la no implementación de una medida de control, por criterios de oportunidad, conociendo el peligro que dicha situación puede entrañar para la prevención del delito en cuestión. Puede ocurrir que en un momento determinado no sea aconsejable implementar una política para la consecución de una determinada operación empresarial (con determinado riesgo penal).

El *Compliance officer*, conociendo eso, puede acceder a la no implementación de la medida en cuestión y, con ello, facilitar la comisión del delito. Y ello aunque el *Compliance officer* no persiga con voluntad férrea la comisión del mismo.

Lo mismo puede suceder en relación con la clasificación a la baja de un riesgo penal determinado o incluso su no inclusión como tal en la evaluación de riesgos, en un momento muy concreto para la organización, en el que resulta mucho más recomendable no dejar evidencias de la consciencia de que existía el riesgo o de que este era elevado.

A todo ello puede contribuir el *Compliance officer*, por indicaciones de los órganos directivos de la entidad o, por algún motivo, solidarizarse con el plan delictivo de otro sujeto.

Asimismo, puede apreciarse dolo, por aplicación de la teoría de la *ignorancia deliberada*, en aquellos casos en los que el *Compliance officer* tenga establecido en el contrato un claro deber de conocer el estado de implementación o cumplimentación del modelo de prevención de delitos y

⁸⁹⁰ “La infracción del deber no es patrimonio exclusivo de los delitos imprudentes”. Así puede leerse en BERMEJO, M./ PALERMO, O. “La intervención delictiva del *Compliance officer*” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 171-201.

conscientemente lo omite, por criterios de oportunidad de negocio o falta de independencia, al seguir órdenes de algún directivo.

También puede darse una omisión consciente del conocimiento de algo irregular que está sucediendo en la compañía.

Los criterios de la imprudencia son más restrictivos.

Así, partiendo de que, solo las más clamorosas infracciones de los deberes de cuidado propios pueden constituir una imprudencia típica penalmente (imprudencia grave), a ello hay que añadir la catalogación de la imprudencia por el sistema de *numerus clausus*.

Por ello, quedarán fuera de relevancia penal para el *Compliance officer* todos aquellos delitos que, admitiendo solo la comisión dolosa, hayan tenido causa en una infracción imprudente de los deberes de vigilancia, supervisión y control del OVC.

También quedaran fuera del ámbito penal aquellas imprudencias de carácter leve.

Dentro del catálogo de delitos que puede cometer una persona jurídica (como dijimos anteriormente, principal –aunque quizás no exclusivo– ámbito funcional del OVC) solo cuatro de ellos admiten la comisión imprudente. Esto son: delito de blanqueo de capitales, el delito contra el medio ambiente, algunos supuestos de delitos contra la salud pública e insolvencias punibles⁸⁹¹.

Junto a ellos, como vimos también en el apartado correspondiente, podrá atribuirse al *Compliance officer* la prevención (vigilancia o control de las medidas de prevención) de los delitos que permiten la imposición de una consecuencia accesoria a la persona jurídica. De entre ellos, admitirán

⁸⁹¹ Artículos 259.3, 301.3, 331 y 367 del Código Penal.

también la comisión imprudente los delitos contra la seguridad de los trabajadores⁸⁹².

Las posibles omisiones por imprudencia del *Compliance officer* se corresponden con la absoluta dejación o abandono de las funciones que le son propias (ineficiente planificación de la actividad preventiva de la entidad, falta de reporte imprudente al Órgano de administración o falta de control o seguimiento del funcionamiento y cumplimiento de las disposiciones del plan de prevención de delitos).

b. Causas de exclusión de la imputación subjetiva. El principio de confianza⁸⁹³.

La imputación subjetiva del resultado a la omisión antecedente a título de dolo supone la realización del plan del sujeto⁸⁹⁴ conforme a criterios normativos.

Son causas de exclusión de la imputación subjetiva al dolo las desviaciones de cursos causales de suficiente entidad, dentro de las que se encuentran la *aberratio ictus*. No obstante, por su escasa aplicación práctica para este trabajo, no entraremos en su exposición.

Merece más interés el principio de confianza en tanto causa de exclusión de la imputación subjetiva a la imprudencia.

El principio de confianza delimita el deber objetivo de cuidado propio de la imprudencia ante actuaciones irregulares de terceros.

⁸⁹² Artículo 318 del Código Penal.

⁸⁹³ Principio de creación jurisprudencial. Cfr. MARAVER GÓMEZ, M.: “El principio de confianza en Derecho Penal”. *Diario La Ley*, número 12772, 2011, edición digital, p. 10, quien se replantea la ubicación sistemática del principio de confianza solo como criterio delimitador del deber objetivo de cuidado en los delitos imprudentes, considerando que también puede ser definido como un criterio de imputación objetiva, susceptible de ser aplicado por igual para delitos dolosos o imprudentes.

⁸⁹⁴ “El parámetro de imputación del tipo objetivo es la realización del peligro, el del subjetivo la realización del plan”. ROXIN, C: *Derecho Penal Parte General* (traducción LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J.), Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 489.

La doctrina relaciona el principio de confianza con la imprevisibilidad del comportamiento de un tercero y como manifestación del principio de auto-responsabilidad⁸⁹⁵.

El principio de confianza opera en el ámbito de la circulación, la división del trabajo y ante acciones de terceros (como manifestación, en este último caso, del principio de auto-responsabilidad antes citado⁸⁹⁶).

La aplicación de dicho principio se excluye o limita, no obstante, en aquellas situaciones en las que la acción o la omisión podían ser claramente propensas al hecho delictivo de un potencial autor doloso o en aquellas situaciones en las que rigen especiales deberes especiales de vigilancia.

La existencia del canal de denuncias por medio del cual los empleados debían informar de riesgos e incumplimientos de las medidas de prevención al *Compliance officer* pudiera ser también alegado como manifestación del principio de confianza que rompería la imputación a su posible imprudencia.

Pero, ¿está el *Compliance officer* en una relación de verticalidad u horizontalidad respecto a lo que vigila o controla? La doctrina más autorizada considera que no pueden existir deberes de vigilancia y control en las relaciones horizontales en las que rige el principio de confianza derivado de los distintos ámbitos de competencia.

Ello nos llevaría a concluir que, no existiendo una relación de verticalidad entre *Compliance officer*, de un lado, y empleados, directivos o incluso administradores de la sociedad, del otro, en el que el primero fuera superior jerárquico de los segundos, sino ámbitos de competencia bien determinados propios de una relación de horizontalidad entre los intervinientes, rige el principio de confianza en toda su extensión.

⁸⁹⁵ MARAVER GÓMEZ, M.: “El principio de confianza en Derecho Penal”. *Diario La Ley*, número 12772, 2011, edición digital, p. 5.

⁸⁹⁶ Ver apartado correspondiente a la imputación objetiva.

Pero, ¿cómo consideramos entonces los deberes de supervisión, vigilancia y control del *Compliance officer*, a los que hace expresa referencia el Código Penal⁸⁹⁷? ¿Podemos concluir diciendo que sus deberes son respecto al funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención (objeto) pero no respecto a personas?

Parece que eso es tanto como engañar con el lenguaje la realidad indiscutible de que el *Compliance officer* controla, vigila el cumplimiento de las disposiciones del modelo de prevención de delitos por los sujetos de la empresa, es decir, ostenta deberes de vigilancia y control sobre éstos, aún y no siendo superior jerárquico de los mismos (principalmente respecto a directivos o administradores) por la especial idiosincrasia de esa figura.

La consecuencia de ello, es pues, la posible limitación del principio de confianza.

D. Intervención en el delito. Autoría o participación.

a. Intervención en el delito.

Con carácter previo a entrar en el análisis sobre si una determinada conducta puede ser merecedora de ser calificada como intervención en el hecho delictivo a título de autoría o participación deben realizarse una serie de matizaciones.

La primera de ellas es que, para considerarse conducta (acción u omisión) de intervención en el delito, tanto el autor como el partícipe han debido lesionar alguna norma de conducta (prohibitiva o preceptiva) propia de su ámbito de organización. Dicha lesión, con carácter ulterior, debe poder encajar en un injusto típico para ser considerada intervención en el delito.

Por ello, el primer escalón de la teoría de la imputación objetiva es determinar las circunstancias que hacen de una determinada acción u omisión un injusto típico.

⁸⁹⁷ Artículo 31 bis apartado 2.4 en relación con lo dispuesto en el apartado 2.2.

Es decir, no hay contribución alguna al delito cuando la acción u omisión (incluso la infracción de la norma de conducta) no se explican necesaria e inequívocamente como parte del plan delictivo del autor o cuando el plan en el que aparecen integradas todavía puede ser objetivamente explicado como un plan no delictivo⁸⁹⁸.

Para la determinación del injusto típico debe valorarse el grado de probabilidad de lesión del bien jurídico y el grado de afectación al mismo, además de la aptitud de la aportación, el lapso de tiempo entre conducta y resultado, la distancia en el espacio y la infracción de los deberes especiales⁸⁹⁹.

En cualquier caso, esa intervención debe adaptarse al hecho delictivo sin solución de continuidad para que pueda considerarse delictiva.

Y es que la intervención de varios sujetos en un delito debe producirse, en cierto modo, con un determinado grado de coordinación desde un punto de vista normativo. Es decir, el delito es obra coordinadamente compartida de los distintos intervinientes en el curso del mismo.

Por ello, instituciones como la prohibición de regreso, actos neutrales, actos auto-responsables de terceros, rompen o limitan la imputación objetiva del resultado a la acción u omisión previa de otro agente.

Así, para que una omisión merezca la calificación de intervención en el delito (veremos a continuación si a título de partícipe o de autor), la misma debe configurarse de tal modo que implique que terceros auto-responsables la conecten con la comisión de un delito, esto es, que la omisión integre el peligro inherente de ser parte de un curso lesivo.

⁸⁹⁸ Sentencias Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife 413/2009, de 9 junio [JUR\2009\319346] y 319/2009, de 13 de abril [JUR\2009\284269].

⁸⁹⁹ En este sentido, ROBLES PLANAS, R.: “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2012, pp. 7.

Siguiendo la teoría de la *intervención delictiva*⁹⁰⁰ ello puede ocurrir principalmente en dos supuestos:

- Los peligros que surgen del propio ámbito de organización.

En este caso, dichos peligros deberán configurarse adecuadamente atendiendo a la derivación delictiva que un tercero puede hacer del mismo.

Entran dentro de este supuesto las actividades empresariales que implican riesgos para los demás (un ámbito de organización especialmente peligroso respecto al cual deben instalarse o mantenerse determinadas medidas de seguridad). En este caso debe ser evitado que terceros las conecten con cursos delictivos⁹⁰¹.

Si no es así, si el ámbito que se administra no es especialmente peligroso, cualquier utilización delictiva de este por tercero recaerá en el único ámbito de responsabilidad del tercero.

En supuestos en los que la acción debida era contener riesgos o peligros que pudieran facilitar la conducta delictiva de un tercero, por lo general, podrá responderse a título de partícipe por cuanto el delito lo comete un tercero auto-responsable.

- El control de conductas de terceros auto-responsables.

En este caso, merecen especial atención en el marco de las actividades empresariales aquellos supuestos en los que determinados sujetos ostentan deberes de vigilancia y control de sujetos auto-responsables (por ejemplo, las delegaciones de funciones).

⁹⁰⁰ ROBLES PLANAS, R.: “Los dos niveles del sistema de intervención.. *op. cit.*”

⁹⁰¹ En este sentido, también LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Editorial Civitas, Navarra, 2002, pp. 83, quién propone dos tipos de supuestos de participación por omisión: (i) cuando el partícipe deja que su ámbito de organización sea utilizado por el autor; y (ii) cuando la omisión es constitutiva de la infracción de un deber cuyo cumplimiento hubiera impedido o dificultado el delito; sin embargo, cualquier omisión debe pasar por la infracción de un deber especial de actuar.

Asimismo, el *Compliance officer* ostenta deberes de vigilancia y control de terceros auto-responsables respecto al cumplimiento de las medidas de prevención de delitos. Esos terceros son claramente auto-responsables y pueden cometer delitos.

Solo cuando los actos de esos terceros auto-responsables se integren en el ámbito de organización propio del *Compliance officer* (esto es, pueda considerarse acto del mismo) la omisión de los deberes de vigilancia y control del *Compliance officer* sobre esos terceros auto-responsables podrá merecer el correspondiente reproche penal.

Sin embargo, eso no sucederá en la relación *Compliance officer*- empleados, directivos o administradores, “vigilados” por el primero, por cuanto, los deberes de vigilancia y control del primero sobre los segundos no son los propios del delegante sobre el delegado en una delegación de facultades, sino de un control del cumplimiento de unas disposiciones preventivas.

En consecuencia, en contra de lo que pudiera suceder en la relación administrador-*Compliance officer*, la cual si revela, en nuestra opinión, los elementos propios de una delegación de facultades, los actos de aquellos sujetos vigilados por el *Compliance officer* no podrán considerarse actos propios del mismo.

Fuera de estos casos, todo cuanto existirá será el deber de impedir delitos del artículo 450 del Código Penal, esto es, delitos contra la vida, integridad, libertad o libertad sexual.

b. Autoría o participación.

La jurisprudencia se ha mostrado favorable a admitir la participación por omisión⁹⁰², aunque el literal del artículo 28 b) del Código Penal haga

⁹⁰² Así, la STS de 13 de diciembre de 1988 [RJ 1988/9505] manifestó: “tanto la doctrina como la jurisprudencia de este Alto Tribunal estiman que las conductas omisivas, aparte de los casos especialmente previstos y tipificados concretamente en la ley penal, pueden ser valoradas como conductas punibles desde la perspectiva de la denominada “comisión por omisión” y ello tanto en la modalidad de la autoría o la cooperación necesaria como en la de la mera complicidad, que ha

referencia, en relación con la cooperación necesaria a “*un acto, sin el cual, no se hubiera efectuado*” o el precepto que regula la comisión por omisión en nuestro ordenamiento jurídico-penal, el artículo 11, no haga ninguna referencia a las figuras de la participación delictiva⁹⁰³.

Los elementos que la doctrina del TS ha establecido para la participación omisiva son: a) acto causal del resultado típico (para la cooperación necesaria) o de favorecimiento para su ejecución (para la complicidad); b) voluntad de cooperar o de facilitar la ejecución; c) infracción de un deber jurídico de impedir la comisión de delitos⁹⁰⁴.

Es decir, no habrá omisión (ni a título de partícipe) si no se ostenta un especial deber jurídico de actuar o posición de garante⁹⁰⁵.

Dogmáticamente la construcción pueda resultar discutible, por cuanto si el sujeto ostenta posición de garante, un deber de impedir que el resultado se produzca, ello le sitúa en una relación tan directa de protección con el bien

sido la acogida en el presente caso tanto por la acusación del Ministerio Fiscal como por el Tribunal de Instancia. Basta para ello que el sujeto tenga un deber específico de actuar para impedir la producción del resultado antijurídico, bien ello sea debido a expresa determinación legal o a la posición de garante asumida por el mismo en base a la injerencia, por haber creado una determinada situación de peligro”. En el mismo sentido, STS de 10 de abril de 1981 [RJ 1981\1624] o de 31 de enero de 1986 [RJ 1986\211].

⁹⁰³ En ese sentido, recuerda la STS 1480/1999, de 13 de octubre que “la participación omisiva en un delito de resultado ha sido generalmente admitida por la doctrina, incluso con anterioridad a la promulgación del Código de 1995, cuyo artículo 11 regula la comisión por omisión. La jurisprudencia a partir de la década de los ochenta (STS 18 de marzo de 1982 [RJ 1982\1722] y 26 de enero de 1984 [RJ 1984\415], entre muchas otras) también la ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

⁹⁰⁴ Así se pronuncia la STS 755/1999, de 11 de mayo, en relación con un delito cometido a título de complicidad: “admitiendo esta forma de participación sólo en aquellos casos en que el omitente se hallaba en posición de garante.”

⁹⁰⁵ RUEDA MARTÍN, M.A.: *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013, también analiza la participación por omisión.

jurídico que le posiciona irremediabilmente en condición de autor⁹⁰⁶. Es el concepto *indeterminado de omitente* que ha sido defendido por parte de la doctrina⁹⁰⁷.

Sin embargo, dicho concepto desatiende la realidad de que la infracción del deber de evitación es en realidad modulable y por lo tanto, puede diferenciarse quien responde a título de autor de quien lo hace a título de partícipe, en función de la entidad del deber⁹⁰⁸.

Así, uno de los criterios de distinción entre la autoría o participación omisiva será la relación del sujeto activo con el bien jurídico. En este sentido, si la posición de garante del sujeto se erige como protector del bien jurídico, generalmente responderá a título de autor, sin embargo, si su posición de garante se fundamenta en el control de una fuente de peligro procedente de un tercero, podrá ser penado a título de partícipe⁹⁰⁹.

A causa de dicha distinción, en Alemania la mayoría de la doctrina es partidaria de optar por la figura de la participación más que por la autoría

⁹⁰⁶ En este sentido se pronuncia la STS 24 de julio de 1992 [RJ 1992\6706], considerando que “la omisión no es una simple complicidad, sino de autoría en el delito, dado que el garante omitente tiene un comportamiento equivalente al del sujeto activo”.

⁹⁰⁷ Puede leerse sobre ello en la doctrina alemana, principalmente ROXIN (*cf.* ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 515 y ss, y en nuestro país es interesante la aplicación de ello que realizan en relación con el *Compliance officer* BERMEJO, M./ PALERMO, O. “La intervención delictiva del *Compliance officer*” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 171-201. En la doctrina española, en contra del concepto indeterminado de omitente, ROBLES PLANAS, quien aboga claramente por la distinción entre autor y partícipe. *Cfr.* ROBLES PLANAS, R.: “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2012, pp. 26-37.

⁹⁰⁸ *Cfr.* ROBLES PLANAS, R.: “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2012, p. 5: “la graduación del injusto de los intervinientes depende de la magnitud de los actos de organización de cada uno para la concreta realización típica.”

⁹⁰⁹ Es la clasificación de las fuentes materiales del deber de garante con origen en la teoría de las funciones de Amir Kaufmann que veíamos en el apartado correspondiente a la Posición de garante del *Compliance officer*.

para el *Compliance officer*⁹¹⁰, por cuanto su actuación siempre lo será como control de una fuente de peligro procedente de un tercero y no de protección directa de un bien jurídico.

Es la tradicional distinción entre garantes de protección y garantes de vigilancia, que diferencia la posición del policía (garante de bienes jurídicos ajenos frente al Estado) de la del *Compliance officer* (garante frente a la empresa aunque sea también de bienes jurídicos ajenos)⁹¹¹.

Otro criterio para tratar de deslindar el grado de autoría o participación en los delitos cometidos por omisión será el análisis previo de la omisión en cuestión y la acción que era debida para conocer, en términos de causalidad hipotética⁹¹², cuán importante fue la omisión para el resultado lesivo.

Así, habrá que analizar si la omisión en sus deberes de vigilancia se corresponde propiamente con el injusto del hecho (autoría) o solo facilita que un tercero cometa el delito (participación)⁹¹³.

Por ello, lo primero que deberá quedar definido es si la omisión del sujeto supone un hecho propio o un hecho de participación en un hecho ajeno⁹¹⁴.

⁹¹⁰ Sobre ello, *vid.* KRÜGER, M.: “Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten. Überlegungen aus Anlass des Urteils zum *Compliance officer*”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 1/2011, pp. 1-9, disponible en www.zis-online.com. La mayoría de la doctrina alemana considera que estamos en un supuesto de participación y, concretamente, de complicidad en comisión por omisión, basada en una posición de garantía sobre el control de una fuente de peligro que procede de un tercero, si bien la distinción entre garante de protección y garante de vigilancia no es de fácil solución.

⁹¹¹ En este sentido, PRITTWITZ, C.: “La posición jurídica (en especial, la posición de garante) de los *Compliance officers*” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 207-221.

⁹¹² Cuya definición en términos dogmáticos es la “causa hipotética” del resultado. En estos términos, la STS 1061/09, de 26 de octubre que reitera lo expuesto en la STS de 27 de julio de 2009 [2009\4616]: “en los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir, la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana a la certeza”.

⁹¹³ Sobre esta cuestión también STS Sala Segunda 1538/2000, de 9 de octubre.

⁹¹⁴ Sobre esa diferencia de grado, entre la comisión de un hecho propio o la participación en el hecho de otro se pronuncian las STS 1061/2009, de 26 de octubre; 21/2007, de 19 de enero; 982/2006, de

Otro criterio para deslindar autoría de participación es la tradicional teoría del dominio del hecho, según la cual, solo puede reputarse autor por omisión aquel que, ostentando una indiscutible posición de garante de su evitación, tiene, además, la capacidad de interrumpir el devenir delictivo del hecho.

Sin embargo, esta teoría puede llevar a interpretaciones indeseadas, por cuanto en muchas de las ocasiones, los únicos sujetos con capacidad para interrumpir el hecho delictivo son los meros ejecutores, esto es, los subordinados a los que verdaderamente han tomado la decisión⁹¹⁵, sujetos que en absoluto ostentarán una tal posición de garante de evitación del delito⁹¹⁶.

De manera que, el criterio válido para deslindar autoría de participación no es el dominio del hecho sino el contenido de su posición de garante, en el sentido, de hasta dónde llegaba su obligación de actuar, cuál ha sido la infracción de su deber y si dicha infracción constituye el aumento de riesgo jurídicamente desaprobado que se ha concretado en el resultado lesivo.

Por ello, si el *Compliance officer* ostenta la función de paralizar un suceso presunta y potencialmente delictivo se sitúa en una posición de primera línea de intervención. Como hemos dicho anteriormente, la función debe

10 de octubre y 1480/1999, de 13 de octubre. Así, por ejemplo, la STS Sala Segunda 870/2014, de 18 de diciembre [Rec. 1083\2014], en la cual se defiende que la posición de garante convirtió en esencial o necesaria la contribución del autor, no meramente favorecedora, para la consumación de las lesiones por omisión.

⁹¹⁵ En este sentido, *vid.* JESCHECK, H./ WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal, Parte General.. op. cit.* p. 749. Muy crítico con esta teoría como criterio diferenciador entre autor o partícipe omisivo BERMEJO, M./ PALERMO, O. “La intervención delictiva del *Compliance officer*” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 171-201, quienes consideran que lo relevante no es la entidad de la omisión o el dominio del hecho sino el contenido de su posición de garante, la actuación que de él se esperaba.

⁹¹⁶ En este sentido se pronuncia PRITTWITZ, C.: “La posición jurídica (en especial, la posición de garante) de los *Compliance officers*..” *op. cit.*, p. 212, a quién el deber de garante del *Compliance officer* le parece “más bien remoto”. Sostiene el autor que: “por lo general, tanto el deber como la capacidad de actuar del *Compliance officer* están orientados a informar sobre el delito, pero no a tomar medidas en contra de este o a evitarlo (aunque ello sea físicamente posible).”

venir acompañada de los medios para poder realizarla, pues si al *Compliance officer* no se le ha conferido con la necesaria autoridad o con los medios necesarios para llevarla a cabo, no desplegará su efecto de obligación.

Cabe mencionar que tanto en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales como en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, los responsables de dicha prevención (órganos de prevención o cumplimiento) tienen la obligación de abstenerse de ejecutar cualquier operación que entrañe un riesgo de constituir un blanqueo de capitales⁹¹⁷ o paralizar una actuación con riesgo para los trabajadores⁹¹⁸.

Asimismo, el *Compliance officer* podrá ser partícipe también en un delito especial propio aunque no se den en él las condiciones requeridas por el tipo para el autor, en el que sí concurren dichas condiciones⁹¹⁹, como podría ser un delito contra la Hacienda Pública o un delito contra el medio ambiente, con la consiguiente reducción de pena del artículo 65.3 del Código Penal.

Aunque en este tipo de delitos al existir departamentos especializados y técnicos probablemente las responsabilidades se compartirían con los responsables de estos. En determinados casos incluso, la actuación de éstos últimos colmará ya el tipo delictivo sin que la no intervención del

⁹¹⁷ Artículo 19 de la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales.

⁹¹⁸ Si la tienen por ejemplo los Delegados de Prevención que exige la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al tener la facultad de paralizar la actividad de los trabajadores en el caso de que consideren que existe una situación de peligro grave e inminente para éstos (artículo 21.3 LPRL). De ahí la cantidad de pronunciamientos condenatorios de estos sujetos que pueden encontrarse en la jurisprudencia. Véase a título de ejemplo SAP Zaragoza 461/2008, de 21 de julio de 2008 o SAP Sevilla 74/2009, de 17 de febrero. Efectúa consideraciones en ese sentido también DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Qué salvar del artículo 318 del Código Penal? La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores atribuidos a una persona jurídica. Consideraciones de lege ferenda” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./ VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.): *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, pp. 549-574, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

⁹¹⁹ ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices: la intervención por omisión en los delitos especiales*, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, pp. 129 y ss., apunta a los “delitos de posición” como aquellos delitos aparentemente especiales que no lo son en realidad.

Compliance officer, tenga relevancia penal por su mayor lejanía al riesgo y su inane contribución alguna en términos de evitación.

La teoría *general de la participación* admitirá también que se pene incluso en exclusiva al *Compliance officer* como partícipe por un acto típico y antijurídico de un autor no culpable, fallecido o sustraído a la acción de la justicia⁹²⁰.

Además de ello, se admitirán todas las formas de participación delictiva en su conducta:

- Podrá ser inductor si ha dado instrucciones sobre la dinámica delictiva de la operación, en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento legal, provocando la conducta delictiva en un autor que, con carácter previo a dicho asesoramiento, no pretendía realizarla⁹²¹.
- Podrá ser cooperador necesario si su contribución en el hecho típico ha sido de carácter esencial⁹²².
- Podrá ser cómplice si interviene y colabora de algún modo (aunque no esencial) en la ejecución del hecho típico⁹²³.

Respecto al tipo subjetivo, ya hemos dicho que su contribución deberá ser a título de dolo para ser punible⁹²⁴, aunque algún autor haya defendido la

⁹²⁰ Según los postulados de la teoría de la accesoriidad limitada. Así se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 390/2014 de 13 mayo [RJ 2014\3052] en la que se dispone que: <<esta Sala -en sintonía con la doctrina dominante-, ha convertido el principio de accesoriidad en uno de los fundamentos del castigo del partícipe y de este dato incuestionable hemos de partir para concluir la ausencia de la infracción legal que denuncia el recurrente.[...]Lo decisivo, insistimos, es la existencia de una acción típicamente antijurídica que opera como delito de referencia para el fundamento de la accesoriidad.>>.

⁹²¹ La inducción por omisión no resulta jurídicamente posible por cuanto requiere de una influencia psíquica que no puede realizarse por omisión. En este sentido JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993, p. 630.

⁹²² Distintas teorías jurisprudenciales delimitan la esencialidad necesaria en la contribución del partícipe. Así, la teoría de los bienes escasos, la del dominio del hecho o la de la conditio sine qua non. Entre otras, se citan en la STS 268/2012, de 12 de marzo [RJ 2012\4643].

⁹²³ Beneficiándose de la consiguiente rebaja de pena (inferior en grado) prevista en el artículo 63 del Código Penal.

posibilidad o conveniencia político-criminal de penar a un partícipe imprudente⁹²⁵.

En este sentido, además del elemento objetivo, la jurisprudencia exige acreditar otro de naturaleza subjetiva en la figura del partícipe o cooperador necesario, a saber: la consciencia acerca de la cooperación delictiva. Ahora bien, dicha consciencia no debe quedar limitada a los elementos que configuran la actuación del partícipe, sino que debe extenderse a las circunstancias del hecho principal ejecutados por el autor, reconociendo así, la necesidad de que concurra el denominado "doble dolo"⁹²⁶.

En concreto, el dolo de participación debe abarcar, de un lado, el hecho que realiza o que va a realizar el autor, cuyo propósito debe conocer en sus aspectos esenciales y de otro, que su aportación supone una colaboración al

⁹²⁴ Contrariamente a lo que sucede en Italia donde cabe la denominada "participación culposa". La jurisprudencia en Italia se ha manifestado a favor de la participación culposa, por ejemplo en la Sentencia Cas. Secc. IV de lo penal, sentencia número 34285 de 2011: "se admite la participación culposa en el delito doloso, tanto para causas culposas independientes como para la cooperación culposa, siempre que en ambos casos el delito del partícipe se encuentre también recogido en la forma culposa y su conducta presente todos los elementos que caracterizan la culpa. De este modo, es necesario que el sujeto se encuentre en una posición de garante o tenga un deber de tutela o protección y que el objetivo de la medida de prevención que ha incumplido sirva para evitar a su vez el riesgo del acto doloso del tercero, de modo que el agente pueda prever esto último".

⁹²⁵ Algunos autores defienden que la participación no tiene por qué ser exigiblemente dolosa. En este sentido BERMEJO, M./ PALERMO, O. "La intervención delictiva del *Compliance officer*" en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 171-201, en concreto en la p. 201: "en consecuencia, el *Compliance officer* puede ser coautor imprudente, si su omisión contribuyó de manera decisiva en la configuración del hecho o partícipe imprudente si su fracaso en la prevención del delito ocupó solo un lugar marginal (el subrayado es nuestro)". Asimismo, Así, *vid.* ROBLES PLANAS, R.: "Participación en el delito e imprudencia", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6/2000, p. 241 opina que, como lo relevante es la configuración del tipo objetivo en la participación, en el sentido de si puede o no considerarse –una vez se da inicio a la ejecución del hecho- que el acto contribuía de alguna forma en la realización del injusto típico y superaba el riesgo permitido, pueden llegar a admitirse participaciones a título de imprudencia si objetivamente pueden configurarse participativas.

⁹²⁶ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia 442/2014, de 2 de junio [RJ 2014\3102] al señalar que: "*Desde el punto de vista subjetivo, se exigen asimismo dos elementos, un doble dolo. Significa una doble proyección de la tipicidad subjetiva del partícipe. Es preciso que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos, de un modo consciente, a la realización de aquél.*"

referido hecho delictivo, siendo consciente de que con ella se facilita de alguna forma relevante su ejecución.

El doble dolo del partícipe puede serlo también a título de dolo eventual⁹²⁷, sin necesidad de constituir un dolo directo. Diferencia principal del dolo eventual con la teoría de la ignorancia deliberada es que en ésta última se desconoce en qué delito se está cooperando pero, pese a las sospechas de intervención en un acto presuntamente delictivo, se decide conscientemente continuar en el desconocimiento pero llevar a cabo la cooperación. No ocurre así en el dolo eventual en el que el autor se plantea como posible estar contribuyendo en el delito en el que se está contribuyendo y, pese a ello, continúa para adelante.

También se admite por la mayor parte de la doctrina⁹²⁸ la participación dolosa en un delito imprudente⁹²⁹, por cuanto se sigue respetando el necesario doble dolo del partícipe respecto a su propia acción u omisión, y respecto a su intervención en un suceso delictivo que el autor puede estar cometiendo a título de imprudencia.

Así ha sido aceptado por la jurisprudencia de nuestros tribunales⁹³⁰, considerando que puede existir un acuerdo de voluntades en la realización del acto peligroso, reflexivo e imprudente, que suponga el dolo de la

⁹²⁷ En este sentido puede consultarse la STS 39/2016, de 27 de septiembre.

⁹²⁸ Aspecto tratado por ROBLES PLANAS, R.: “Participación en el delito e imprudencia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6/2000, pp. 223-252, quien destaca que lo esencial es que el injusto de participación supere el riesgo permitido y adquiera el significado inequívoco de formar parte del hecho delictivo, cuestión que no podrá dilucidarse hasta entonces comience la realización del hecho típico por parte del autor. En el mismo sentido, *cf.* MONTANER FERNÁNDEZ, R.: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal.. op. cit.*, pp. 346 y ss.

⁹²⁹ Señalando la posibilidad teórica de la participación dolosa del responsable de cumplimiento en un tipo imprudente *cf.* ROBLES PLANAS, R.: “El responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) ante el Derecho Penal” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013, pp. 319-330, aunque reconociendo que se trata de un camino apenas transitado por doctrina y jurisprudencia.

⁹³⁰ Por todas, STS 2159/1994, de 7 de diciembre [JRJ\1995\564].

contribución del partícipe en un acto que, para el autor, se reputará como imprudente.

4. Distintos incumplimientos de funciones propias del *Compliance officer*.

Se analizará en el presente apartado si los distintos incumplimientos de funciones propias del *Compliance officer* pueden conllevar relevancia penal y, en caso afirmativo, si este pudiera responder a título de autor o partícipe.

Para ello, sin ánimo exhaustivo, se traerán a colación los que, en nuestra opinión, constituyen los principales incumplimientos de funciones posibles en la labor de un *Compliance officer*.

No será necesario aquí traer la clasificación de los tres perfiles de constante referencia por cuanto se irá directamente al análisis de función por función.

A. El indeficiente diseño del cumplimiento o la actividad preventiva.

Nos situamos en un perfil de *Compliance officer* propio del que hemos denominado “*Órgano de prevención*” u “*Órgano de cumplimiento*”.

En este tipo de perfil, el *Compliance officer* evalúa los riesgos penales propios de la actividad de la empresa y propone al Órgano de administración la planificación preventiva (entre la que se encuentra, las medidas concretas de prevención de delitos), para que, sea el órgano de gobierno de la entidad, quien decida y apruebe la misma como contenido propio de la política de prevención de delitos.

El *Compliance officer* puede fallar en la identificación de los riesgos propios de la actividad, obviando un riesgo cierto y, en consecuencia, no mitigarlo con medidas de prevención. Asimismo, el error puede también realizarse en la evaluación del riesgo, otorgándole una probabilidad o impacto más bajo del que razonablemente se hubiera esperado y, en consecuencia, adscribirle unas medidas de prevención del todo insuficientes.

Y ello puede suceder tanto en el momento inicial del diseño de la prevención o en el momento de la actualización periódica del mismo, tras un cambio significativo en las circunstancias de riesgo en la organización (una nueva rama de actividad que precisa de la correspondiente evaluación de riesgo) o en la legislación (un nuevo delito de posible comisión por la persona jurídica que precisaría también de una evaluación de riesgo *ad hoc* o el cumplimiento de una determinada reglamentación que acaba de entrar en vigor).

Situémonos en el escenario en el que se comete un delito en la entidad que, o bien no fue incluido en la evaluación de riesgos como riesgo propio de la actividad, o bien fue incluido pero con una probabilidad de comisión baja y, en consecuencia, con unas medidas de prevención mínimas.

Es lo que ha ocurrido recientemente con la imputación de los miembros de los departamentos de prevención del blanqueo de capitales o de las unidades de cumplimiento de los bancos BNP PARIBAS ESPAÑA o BANCO SANTANDER por un presunto delito de blanqueo de capitales, tras constatarse una deficiente evaluación del riesgo de blanqueo en unas operaciones concretas con el HSBC PRIVATE BANK SUISSE y, en consecuencia, una no adopción de medidas suficientes para mitigar el mismo⁹³¹.

Sin embargo, debemos dejar claro desde el inicio que, el supuesto de hecho no es el mismo en sectores en los que la norma de cuidado (en la valoración de la imprudencia) o el riesgo permitido (en la valoración del tipo objetivo) está delimitado por ley (lo que ocurre, por ejemplo, en el sector de la prevención del blanqueo de capitales) que en aquellos sectores en los que no lo está.

⁹³¹ En concreto, las operaciones con HSBC PRIVATE BANK SUISSE se catalogaron por los responsables del BANCO SANTANDER como de riesgo de blanqueo de capitales medio, a excepción del año 2016 que se clasificaron como de riesgos “medio”. Dicha clasificación del riesgo permitió la aplicación de medidas simplificadas de diligencia debida que fueron insuficientes para el resultado lesivo para el sistema financiero español que posteriormente sucedió con las operaciones de blanqueo de capitales que salieron a la luz a raíz de la información revelada por Hervé Falciani. Auto del Juzgado Central de Instrucción 5 de Madrid de 3 de mayo de 2017, DP 63/13.

Si ya de por sí una evaluación de riesgos nunca es una ciencia exacta, ¿dónde están los parámetros que nos permitirían conocer cuando el riesgo de comisión de un delito de estafa es alto, medio o bajo, o cuando las medidas de prevención son suficientes para cada una de esas probabilidades, parámetros que sí podemos encontrar, no obstante, en la Ley de prevención del blanqueo de capitales⁹³²?

Por ello, los errores en el diagnóstico del riesgo o su probabilidad entrarán dentro del riesgo permitido en el rol profesional del evaluador de riesgos, siempre que se haya respetado una determinada metodología consistente y razonable que demuestre un rigor profesional claro en la realización de tal actividad⁹³³.

Por contra, aquellas conductas que revelen una dejación de los deberes del *Compliance officer* en la realización de la identificación o evaluación de riesgos, sí podrán llevar aparejado el consiguiente reproche penal.

Pueden integrar esos casos, supuestos de no realización de ninguna evaluación de riesgos cuando estaba en sus funciones realizarla o no definir medidas de prevención concretas.

Sin embargo, en esos casos, el reproche penal será probablemente para la empresa en cuanto a que no se le reconocerá la causa de exoneración de responsabilidad penal al no tener ésta implementado un modelo de prevención de delitos eficaz ni idóneo.

No habrá reproche penal para el *Compliance officer* por cuanto la no realización de una evaluación de riesgos no podrá considerarse omisión que aumente razonablemente el riesgo de comisión de delitos en la entidad (el cual, ya existiría antes de la inexistente evaluación).

⁹³² *Doc. cit.* Ley 10/2010, de 28 de abril.

⁹³³ Es lo que sucede con los casos jurisprudenciales de errores en el diagnóstico médico en los que solo aquellos errores más burdos merecen un reproche de culpabilidad. Con base en la abundante doctrina del Tribunal Supremo se pronuncian los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona 829/16, de 24 de noviembre [JUR\2017\42016] y 340/2017, de 28 de abril [JUR\2017\202241], entre muchos otros. El primero de ellos manifiesta: “Lo que se incrimina no son errores de diagnóstico, sino que la culpa penal estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias.”

Además de ello, el delito que pueda cometerse en la entidad nunca podrá ser imputado objetivamente como resultado a la omisión en la realización de la evaluación de riesgos por el *Compliance officer*, ni siquiera a título de participación en su grado mínimo (complicidad) por muchos motivos.

Entre ellos, a destacar, la falta del elemento subjetivo en la participación (normalmente esas conductas serán imprudentes) o la falta de encaje de dicha omisión en una conducta penalmente típica ni aún a título de complicidad (por la lejanía entre la omisión y el resultado delictivo producido tanto en el espacio como en el tiempo, el nulo grado de afectación al bien jurídico lesionado o puesto en peligro con el delito o el grado de probabilidad de comisión de este). Manifestaciones siempre matizables con las circunstancias concretas del caso por caso.

Sin embargo, no se desconoce la posibilidad de que los juzgados imputen a quien realizó defectuosamente la evaluación de riesgos y, en consecuencia, no estableció medidas para su neutralización, al automatizarse indebidamente en la *praxis* judicial la infracción de un deber como causa de un resultado lesivo producido simplemente en la misma órbita del riesgo.

Es el día a día de las imputaciones a miembros de los servicios de prevención de riesgos laborales en supuestos de accidentes de trabajo. Es la imputación por la presunta comisión de un delito de lesiones a resultas de la incorrecta evaluación de riesgos llevada a cabo por los miembros de dicho servicio de prevención⁹³⁴, no bastando con la imputación por el delito de peligro contra la seguridad de los trabajadores.

La equiparación automática de la infracción del deber con la causación del delito de lesiones (por omisión) es o puede ser únicamente propia de interpretar los delitos de omisión como delitos de infracción del deber. Sin embargo, para ello debieran haber sido configurados como delitos de omisión pura y no como delitos

⁹³⁴ A la que puede contribuir, no obstante, también la falta de corrección de dicha situación por quien está en el día de a día del operario accidentado y pudo advertir, y corregir, la situación de riesgo.

de comisión por omisión, en los que el resultado debe ser la realización del aumento del riesgo que se creó con la omisión, exigiéndose algo más que la mera constatación de una infracción de su deber de actuar.

Tampoco en un ejercicio teórico realizado cuando se promulgó la normativa de prevención de riesgos laborales (año 95), hubiéramos imaginado que pudiera imputarse a estos sujetos la causación de un resultado de lesión por la omisión de no haber realizado diligentemente la concreta evaluación de riesgos.

Por lo tanto, si bien en el caso del *Compliance officer* pudiera ocurrir lo mismo, ni el supuesto de hecho es idéntico al ser la prevención de riesgos laborales y blanqueo de capitales sectores altamente regulados, ni dogmáticamente se sostendría por los argumentos que han sido expuestos.

B. El indeficiente control y vigilancia de la implementación, el cumplimiento o funcionamiento de las medidas de prevención de delitos.

Una vez el Órgano de administración ha adoptado las decisiones relativas a la priorización de las medidas de prevención a adoptar en la organización, el encargado de controlar que se implementen, se respeten y funcionen las mismas para el fin de prevención que fueron definidas en la entidad es el *Compliance officer*.

Con la periodicidad que se haya determinado, se reportará el estado de implementación, cumplimiento y funcionamiento de las medidas al Órgano de administración.

Estas funciones corresponden al perímetro mínimo de funciones de todo *Compliance officer* (eso es, a los tres tipos de perfiles que se han expuesto a lo largo del presente trabajo).

Dividiremos el presente apartado en dos supuestos de hecho: (i) la omisión en el control de la implementación de una medida de prevención; y (ii) la omisión en el control del funcionamiento de una medida de prevención.

a. La omisión en el control de la implementación.

Si bien, éste ejercerá una labor de control de la implementación más que de implementación en sí misma, que consistirá en verificar si en los distintos departamentos de la entidad se están o no implementando las medidas de prevención que fueron aprobadas.

Imaginemos, en este escenario, una empresa que se encuentra en pleno proceso de investigación de tres empleados de quienes se tienen sospechas de que están desviando clientes de la entidad en la preparación de un nuevo proyecto empresarial propio que pronto comunicarán a la empresa con su correspondiente salida de ésta.

Paralelamente, el Órgano de administración ha aprobado una Política de uso de los dispositivos electrónicos que comprende la información a los empleados de la empresa de que no deben ostentar expectativa de privacidad sobre la información que mantienen en sus dispositivos electrónicos, al ser éstos propiedad de la empresa y ponerse a disposición de los mismos con un único fin profesional.

Esa información al empleado se va a realizar tanto por publicidad de la política en la intranet de la empresa con la correspondiente sesión de formación *e-learning* que todos los empleados deberán aprobar, como por la aceptación del empleado de su conocimiento y consentimiento con dicha política cada vez que enciende el ordenador.

Sin embargo, en el proceso de investigación de estos empleados en el que se encuentra inmersa la empresa, se quiere acceder a los buzones de correo electrónico (corporativo) de estos empleados donde se ubica información de carácter personal de estos (fotos familiares, mensajes de correo electrónico cruzados con su mujer y amigos, etc.)

Dicha Política debe implementarse por el Departamento de recursos humanos y el Departamento de servicios jurídicos de la entidad.

En primer lugar debe definirse conforme a las disposiciones constitucionales que respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores y la Ley de Protección de

Datos Personales y, en segundo lugar, implementarse con la correspondiente exteriorización en la Intranet, la preparación de la sesión de formación *e-learning* y la preparación e implementación del mensaje *pop-up* a incluir en la pantalla de inicio de los empleados que les informe de la ausencia de expectativa de privacidad.

Sin embargo, conociendo el proceso de investigación en el que se encuentra la empresa, el responsable de recursos humanos decide retrasar la implementación de dicha política por cuanto su vigencia situaría a los responsables de esa investigación en claro conflicto con la misma.

Sucede que el control de la implementación de la referida Política corresponde al *Compliance officer*, quien, tampoco lo verifica, omitiendo sus deberes de vigilancia y control del estado de implementación de una medida concreta de prevención de delitos.

Paralelamente, el proceso de investigación de los tres empleados continúa y se accede a los buzones de correo electrónico de los mismos, sin que éstos hayan sido informados de la ausencia de su expectativa de privacidad y, por lo tanto, sin que hayan otorgado el consentimiento al acceso que puede realizar la empresa a los dispositivos electrónicos de su propiedad.

Si estos hubieran consentido, el delito del artículo 197 del Código Penal no se verificaría por cuanto habría consentimiento del titular de la información. Sin consentimiento, la situación de riesgo es mayor.

¿La omisión de los deberes de control del *Compliance officer* relativos al estado de implementación de la referida política es penalmente relevante para la comisión del delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 del Código Penal que puede estar cometándose en la entidad?

- Análisis de la omisión y su injusto típico.

En primer lugar, analizaremos si la omisión en los deberes de control del *Compliance officer* en relación con la implementación de una medida de

prevención en un determinado departamento de la entidad supera el riesgo permitido.

Si dicha omisión se produce en un contexto en el que el *Compliance officer* tiene perfectamente organizado su plan de vigilancia y control y cumple adecuadamente con sus deberes, no puede exigírsele un control superior al adecuado socialmente para el ejercicio de dicha profesión (lo que vendría a ser la “*lex artis*” del *Compliance officer* o su estándar profesional).

Si ello es así y aun y todo se sucede una actuación delictiva de un tercero en ese ámbito de vigilancia y control propio del *Compliance officer* no podrá imputarse objetivamente el resultado de lesión a ninguna omisión penalmente relevante por cuanto no habrá conducta por encima del riesgo permitido, en la configuración objetiva del tipo de la omisión.

En consecuencia, la actuación delictiva del tercero será únicamente responsabilidad suya como persona auto-responsable.

Sin embargo, si la conclusión es que la omisión de sus deberes de vigilancia y control superó el límite de lo permitido en el rol profesional que era propio al *Compliance officer*, habrá que analizar si la misma *per se*, creó un riesgo de lesión para el bien jurídico intimidad de los trabajadores o aumentó considerablemente el ya existente.

Sin embargo, la falta de control de la implementación de una medida de prevención de delitos voluntariamente auto-impuesta por la entidad con el único objetivo de disminuir el riesgo de lesión de bienes jurídicos no puede situar en una posición de mayor riesgo penal al sujeto que se la auto-impone que al que, con menos diligencia, no se la auto-impone.

Y ello por cuanto dicha omisión en el control de la implementación de una medida auto-impuesta no aumenta (menos aun considerablemente, y todavía menos por encima del riesgo permitido) el riesgo ya existente anteriormente a la adopción de la medida.

Sin embargo, analizaremos qué hubiera ocurrido si se hubiera actuado conforme a Derecho.

- Conducta alternativa a Derecho.

La conducta alternativa conforme a Derecho del omitente hubiera sido la vigilancia de la no implementación de esa Política en el Departamento de recursos humanos y el reporte sobre esa situación al Órgano de administración (si nos situamos en un perfil de “*Órgano supervisor*”) o la corrección de dicha situación (si nos situamos en un perfil de “*Órgano preventivo*”), en su caso, con la consiguiente sanción disciplinaria.

El análisis debe realizarse sobre si, esa conducta alternativa a Derecho, hubiera evitado el resultado de lesión al bien jurídico intimidad de los trabajadores.

Pese a ubicarnos en el terreno de la causalidad hipotética, en la que además intervienen multiplicidad de factores imponderables (autoridad del *Compliance officer* en la entidad, sensibilidad ante posibles sanciones disciplinarias del responsable de recursos humanos, etc.), podemos decir que la omisión no ha aumentado considerablemente el riesgo de lesión del bien jurídico ya existente, puesto que, pese a que el *Compliance officer* hubiere reportado la infracción al Órgano de administración o hubiera corregido la no implementación, la conducta del responsable de recursos humanos hubiera podido ser la misma que la de antes de la corrección o el reporte.

O, en el supuesto contrario, el responsable de recursos humanos hubiere podido implementar esa política independientemente del control del *Compliance officer*, al estar dicha implementación dentro de su cometido.

Además de ello, hay que resaltar que la falta de control de la implementación de una medida de prevención de delitos difícilmente puede considerarse como omisión susceptible de aumentar el riesgo por encima de lo permitido por cuanto *per se* se ubica en el ámbito de control del riesgo con el único fin de disminuir éste.

- Imputación objetiva del delito de descubrimiento y revelación de secretos a la omisión creada.

Es decir, si finalmente el bien jurídico intimidad de los trabajadores ha sido lesionado (con la intromisión a sus correos) no ha sido por la realización del peligro que causó la omisión en el control de la implementación de la Política de uso de los dispositivos electrónicos por parte del *Compliance officer*, sino por el acto de un tercero auto-responsable (responsable del departamento de recursos humanos), el cual, entraba dentro de la esfera de su competencia.

No obstante, el principio de auto-responsabilidad, criterio de exclusión de la imputación objetiva, puede quedar limitado en los ámbitos en los que operan deberes de vigilancia sobre ese tercero auto-responsable.

En esos casos, habrá que estar al análisis de si al *Compliance officer* incumbía específicamente impedir el desarrollo del peligro de producción del resultado que se pudiera originar en su ámbito de organización a través de la conducta un tercero auto-responsable.

Es decir, ¿el *Compliance officer* debiera haber previsto que el no control de la implementación de las medidas originaba una situación de peligro para el bien jurídico intimidad de los trabajadores que un tercero iba a aprovechar?

Ello solo merecería una respuesta positiva si el no control tuviera inequívocamente el sentido de formar parte de una acción delictiva posterior o se manifestara como susceptible de adaptarse específicamente a eventuales configuraciones delictivas de terceros, lo que únicamente sucedería en el caso que nos ocupa si existiera una coordinación en la intervención delictiva entre la omisión de la vigilancia del *Compliance officer* y la comisión del delito de descubrimiento y revelación de secretos por parte del responsable del departamento de recursos humanos.

Por ello, dado que no se colma el tipo objetivo de la omisión no es necesario continuar con el análisis de si hubo o no dolo en la conducta del *Compliance*

officer (que, en el caso del delito que nos ocupa, es el único que admitiría la comisión del mismo al no admitir la comisión imprudente).

Harina de otro costal sería la negación ya en su origen de la posibilidad de cometer un delito de mera actividad como es el delito de descubrimiento y revelación de secretos por omisión.

b. La omisión en el control del funcionamiento.

Nos situamos ahora en un supuesto de hecho en el que existen determinadas medidas de prevención de delitos en la entidad pero las mismas no son idóneas para la prevención de los delitos que supuestamente previenen.

Por ejemplo, dentro del plan de prevención de delitos, se ha establecido que el delito de estafa será prevenido mediante un procedimiento de revisión de contratos por parte del departamento de servicios jurídicos en función de determinados parámetros (el precio, servicio o bien que se contrata, etc.).

La labor del *Compliance officer* no solo es controlar que se respeta ese protocolo y los contratos con esos parámetros se monitorizan por el departamento de servicios jurídicos, sino también verificar si ese control es idóneo para prevenir el delito de estafa.

Nos situamos en un escenario en el que el *Compliance officer* desatiende sus deberes y no controla la eficacia o idoneidad de esa medida preventiva y, en consecuencia, no reporta al Órgano de administración la necesidad de mejora de la eficacia de la medida para la prevención del delito de estafa (*Órgano de supervisión*) ni la mejora él (*Órgano de prevención o cumplimiento*) y se comete un delito de estafa desde el departamento de compras de la entidad.

Para el debido análisis de la cuestión, habrá que estar a las circunstancias concurrentes del hecho. Influirán en el análisis criterios como: la formación del *Compliance officer* en la eficacia preventiva de las medidas, el conocimiento del responsable del departamento de compras de la inidoneidad de la medida, la advertencia sobre dicha inidoneidad al *Compliance officer*, que la eficacia de esa

medida todavía no había sido verificada porque no es prioritaria en la entidad⁹³⁵, etc.

Así, en primer lugar, si el *Compliance officer* no tenía la formación suficiente para advertir que esa medida de prevención era inidónea para el fin de prevención del delito de estafa, la consecuencia jurídica será que no tenía capacidad para desarrollar la acción debida (advertir al Órgano de administración “*Órgano de supervisión*” o modificar dicha medida por otra más eficaz “*Órgano de prevención*”).

Si no tenía la capacidad individual de acción para realizar la conducta alternativa a Derecho por carecerle formación, la responsabilidad, en todo caso, será del órgano que delegó en él funciones que no podía desarrollar por falta de aptitud, esto es, el Órgano de administración.

Puede ocurrir también que el *Compliance officer* estuviera en el convencimiento de que esa medida era idónea para el fin de prevención del delito y, por ello, no hubiera reportado o mejorado la deficiencia.

En ese caso, habría que valorar si existe imprudencia en el ejercicio de sus deberes de cuidado al no advertir la situación que originaba su deber de intervención (reporte o mejora de la medida). Solo en los casos de clamorosa imprudencia y solo para los delitos que permitan la comisión imprudente (no la estafa), podremos plantearnos la relevancia penal de la omisión del *Compliance officer*, si se dieran los demás requisitos de imputación.

Asimismo, puede suceder que en un perfil preventivo de *Compliance officer*, éste no mejore la eficacia de las medidas de prevención cuando eso entre dentro del cometido para el que ha sido contratado en la entidad.

⁹³⁵ Por ello, las asociaciones profesionales de *Compliance officers* (ASCOM), en la salvaguarda de los intereses de estos, proponen que sea el órgano de administración el que apruebe dicha priorización en la revisión del funcionamiento y eficacia de las medidas de prevención (en qué áreas antes que otras). Ello en nuestra opinión, choca frontalmente con la autonomía que se espera del *Compliance officer* en sus funciones de supervisión. Así puede verse en: ENSEÑAT DE CARLOS, S.: *Manual del Compliance officer. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

Nos situamos en un perfil de *Órgano de prevención*. Al *Compliance officer* se le suponen conocimientos en prevención de riesgos y jurídico-penales para advertir que una medida como la descrita al inicio del apartado no es suficiente para prevenir el riesgo de comisión de un delito de estafa.

La acción debida hubiera sido, tras la constatación de que la medida no es eficaz para el fin propuesto, modificarla por o complementarla con otra medida más idónea (por ejemplo: exigir el entendimiento de las condiciones del contrato a las contrapartes).

En este tipo de perfil en el que no se ha verificado la acción debida y se ha cometido un delito de estafa, se analizara si, pese a ello, la omisión del *Compliance officer* en el control de la eficacia de las medidas de prevención contribuyó a la comisión del mismo.

De nuevo, influirán múltiples factores.

El primero de ellos, si la medida de prevención que se hubiera instaurado como complemento hubiera mejorado considerablemente la prevención del delito. El segundo de ellos, si el delito se hubiera cometido pese a la existencia de una medida de prevención eficaz. El tercero de ellos, si la omisión en la mejora de la medida preventiva es de por sí una acción que encaja en el tipo de la estafa o está, claramente alejada del bien jurídico a proteger. El cuarto, si esa omisión aumenta considerablemente el riesgo de que un tercero cometa un delito de estafa o lo mantiene como ya estaba en la entidad. Quinto, si el autor del delito de estafa ha podido realizar el mismo como persona auto-responsable facilitado por el hecho de que no se hubiera mejorado la prevención del delito de estafa en la entidad o lo hubiera cometido de igual forma.

Todos estos factores y muchos más no hacen más que evidenciar lo difícil que es imputar objetivamente el resultado de comisión del delito de estafa a la omisión de los deberes de prevención del *Compliance officer*, tanto por que el riesgo no se aumenta considerablemente con una medida de prevención más eficaz y, por lo tanto, el resultado producido no es concreción de un inexistente aumento del

riesgo por encima de lo permitido, como por que la omisión del *Compliance officer* no ostenta el desvalor necesario ni para poder encajar en una acción típica de un delito de estafa ni ser utilizada por un tercero para la comisión de un delito que igualmente hubiera podido cometer.

De nuevo, solo hay intervención delictiva cuando la omisión no se explica necesaria e inequívocamente más que como parte del plan delictivo del autor, con una coordinación de intereses desde un punto de vista normativo.

C. La falta de reporte de información al órgano correspondiente⁹³⁶.

Existen dos tipos de reporte del *Compliance officer* al órgano correspondiente (preferiblemente, el Órgano de administración)⁹³⁷:

- Reporte periódico pactado acerca del estado de implementación, cumplimiento y funcionamiento de las medidas de prevención de delitos en la entidad (el que denominaremos “*reporte ordinario*”).
- Reporte inmediato provocado por circunstancias excepcionales (“*reporte extraordinario*”).

En el presente apartado nos detendremos en el segundo, por cuanto el primero ya ha sido tratado en el apartado anterior (falta de reporte de la no implementación de una medida o falta de reporte de la no eficacia de las mismas)⁹³⁸.

⁹³⁶ Sobre la posición de garante en el traslado de la información del compliance officer a los administradores escribe SHÜNEMANN, B.: “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität –am Beispiel des Arbeitsschutzstrafrechts in europäischer Perspektive”, *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*. Neuwied: Luchterhand, 2004, p. 297-314, y si tal vulneración le convierte en autor o participe en comisión por omisión.

⁹³⁷ Reporte entre órgano delegado y delegante que contribuye a la vigencia del principio de confianza del delegante en el delegado. Si bien, como dijimos en el apartado correspondiente (Capítulo III), dicho principio de confianza queda limitado cuando se trata de una actividad de riesgo.

⁹³⁸ Doctrina y FGE señalan que la exposición al riesgo penal del *Compliance officer* es la misma que la de otros directivos con la excepción de la información que pueden conocer acerca de la comisión de delitos en la entidad. Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER se trata del apartado con mayor riesgo penal para los *Compliance officers*. Cfr. en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la*

El *Compliance officer* puede tener conocimiento de que en un área determinada de la empresa se está cometiendo un delito permanente o un delito en continuidad delictiva; se ha cometido ya y está en fase de agotamiento o su comisión es inminente (en cuanto a consumación).

Nos situamos, por ejemplo, en el escenario en el que llega al conocimiento del *Compliance officer* que se están prestando determinados servicios de forma gratuita desde el Departamento de operaciones y se están realizando unas concesiones determinadas (el pago de unos viajes) al Director de compras de una empresa cliente.

Estructuraremos el análisis de la relevancia de la omisión en el reporte de esa situación al Órgano de administración en los siguientes apartados:

- Creación de riesgo con la omisión de los deberes de reporte del *Compliance officer*.

En este caso, la omisión en los deberes de reporte del *Compliance officer* puede crear o mantener un riesgo de lesión al bien jurídico que protege el delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis, si no activa los mecanismos apropiados para que el Órgano de administración paralice esa actividad (en el perfil que hemos denominado “*Órgano de supervisión*”, por cuanto en el “*Órgano de cumplimiento*”, el mismo pudiera paralizar esa actividad si tuviera conferidos los poderes necesarios).

Dicha omisión, crea un riesgo por encima de lo permitido en el ámbito de organización del *Compliance officer*, el cuál ha sido precisamente contratado para evitar o reaccionar debidamente ante la comisión de delitos en la entidad.

La omisión de reporte inmediato en una situación en la que ya se está cometiendo el delito o es inminente su consumación aumenta el riesgo para la lesión del bien jurídico que protege el referido delito, tanto por su cercanía a la lesión, como por

empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 337-362.

el grado de afectación o probabilidad de que el Órgano de administración paralizara esa situación si la conociera.

En cambio, la omisión en el reporte de un delito ya cometido (aún y en grado de agotamiento) es inane para el resultado dado que la lesión ya está constatada.

Tampoco crea ningún riesgo la omisión del reporte en una situación en la que el Órgano de administración ya conocía con anterioridad esa situación⁹³⁹ y su conocimiento, por lo tanto, no dependía del flujo de información que le proveyera el *Compliance officer*.

- Conducta alternativa conforme a Derecho.

En un perfil de *Órgano supervisor*, la acción debida del *Compliance officer* será transmitir dicha información de forma inmediata al reporte establecido, así como el comienzo de la investigación interna oportuna⁹⁴⁰. Dicha investigación interna podrá ofrecer más información acerca de otros intervinientes en el delito o los contornos del mismo (cuantos actos de corrupción, cuantos pagos, a cuantas personas, en qué fechas, etc.).

⁹³⁹ Este fue el caso en la referida sentencia del BGH en la cual se dispuso la responsabilidad del *Compliance officer* por no haber informado a sus superiores inmediatos de los errores que existían en los cálculos tarifarios que ya habían tenido lugar anteriormente, a la vez que omitió encargarse de subsanar los errores para evitar que ocurrieran en el periodo posterior, siendo titular de una posición de garante al respecto. De este modo, el *Compliance officer* debió o bien informar a sus superiores para que fueran ellos los que evitaran la repetición del error o bien, posiblemente, haber intervenido directamente ordenando a sus inferiores la corrección. En este sentido, *cfr.* ROTSCHE, T.: “Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung”, *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, 6/2009, pp. 712 y ss, disponible en www.zjs-online.com (fecha de consulta 19.01.2017). Se puede encontrar un mayor análisis de esta sentencia en ROBLES PLANAS, R.: “El responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) ante el Derecho Penal..” *op. cit.*, pp. 319 y ss.

⁹⁴⁰ Y no la denuncia del delito ante las autoridades (antiguo “crimen retentiae”). El *Compliance officer* no ostenta un deber jurídico-público de denunciar delitos a las autoridades, sino que responde ante la empresa *Cfr.* BÜRKLE, J.: “Grenzen der strafrechtlichen Garantenstellung des *Compliance officers*”, *Corporate Compliance Zeitschrift*, 1/2010, pp. 4-12, citado en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 337-362.

Idéntica obligación de reporte respecto al resto de miembros del Órgano de administración existirá si el delito lo está cometiendo un administrador⁹⁴¹.

El reporte al Órgano de administración hubiera podido paralizar o cesar esas prestaciones de servicios profesionales gratuitas o esos viajes remunerados antes de que los mismos tuvieran lugar, si éste hubiera actuado con inmediatez y lo hubiera considerado oportuno.

En este caso, podemos afirmar que al *Compliance officer* incumbía específicamente impedir el desarrollo del peligro de producción del resultado que se podía originar con la omisión de su acción debida en el ámbito de organización que le era propio⁹⁴².

- Imputación objetiva del delito de corrupción entre particulares a la omisión del *Compliance officer*.

El resultado de delito, aún y cometido por un tercero auto-responsable, se habrá visto favorecido porque el *Compliance officer*, con su omisión, no mitigó como debía el peligro que se había originado en su ámbito de organización con la información a la que había tenido acceso.

En este caso, puede llegar a apreciarse una conexión entre el hecho delictivo que se está cometiendo o va a cometerse y la omisión del ejercicio de las facultades individuales del *Compliance officer*, que, de algún modo, favorece el resultado.

Ello será así siempre que la acción que hubiera llevado a cabo el Órgano de administración, tras el conocimiento de la situación delictiva, hubiera sido de cese o paralización de la misma. De lo contrario, el resultado de delito no se habrá visto facilitado por la omisión en el reporte al Órgano de administración.

⁹⁴¹ Más compleja es la situación en la que el Órgano de administración es unipersonal y el titular de ese órgano es el que está cometiendo el delito. En ese caso, la acción debida para el *Compliance officer* será un discurso informado sobre los riesgos que entraña esa actuación tanto para el administrador como para la empresa, a poder ser, dejando prueba de que ello ha sido así, de forma tal que el *Compliance officer* llegado el caso pueda probar que su actuación fue diligente

⁹⁴² En este sentido ROBLES PLANAS, R.: “Los dos niveles del sistema de intervención..” op. cit., p. 9 diferencia entre el peligro que surge de la propia esfera de administración del sujeto de aquel que surge de la administración de determinados peligros que operan en una esfera ajena.

- Tipo subjetivo.

El *Compliance officer* ha podido no reportar la información al Órgano de administración de forma dolosa (aún por dolo eventual), conociendo la situación que originaba su deber de actuar y pudiendo llevar a cabo la acción debida.

Sin embargo, no habrá capacidad individual de acción, al depender el reporte de la valoración de la situación de riesgo que realice el *Compliance officer*, si, de acuerdo con sus conocimientos jurídicos y técnicos, ha considerado que no procedía dicho reporte porque no había situación de riesgo.

Ello nos lleva a valorar la entidad de la imprudencia en la falta de detección de la situación que le obligaba a intervenir y los efectos que la incapacidad de acción del *Compliance officer* como órgano delegado del Órgano de administración tienen para la delegación de funciones realizada a su favor, ya comentados con anterioridad.

- Autoría o participación.

Entramos ahora en el análisis de la entidad de la omisión del reporte al Órgano de administración en la verificación del resultado.

En este escenario, la intervención delictiva del *Compliance officer*, al omitir el reporte al Órgano de administración y, con ello, facilitar que el delito se cometa, se consume o continúe cometiéndose por parte de un tercero auto-responsable, es una conducta de participación en un hecho delictivo cometido por otro.

Dicha participación solo será relevante penalmente si es dolosa (también con dolo eventual), esto es, si el *Compliance officer* se ha representado la posibilidad de que, con su omisión de reporte, se iba a continuar cometiendo el delito o se iba a cometer, y, pese a todo, ha continuado con su inactividad.

El dolo eventual se diferencia de la imprudencia consciente en una línea muy fina que sitúa al imprudente en el lado de confiar, pese a tal representación del resultado, en que este no se produzca.

La imprudencia hace de la facilitación o favorecimiento una conducta atípica.

Por ello, en el supuesto en el que el Órgano de administración no haya podido paralizar esa situación por la omisión en el reporte del OVC, algunos autores plantean la autoría mediata (por omisión), del OVC valiéndose del Órgano de administración como instrumento⁹⁴³.

D. La falta de corrección de incumplimientos.

Nos situamos en el perfil de “*Órgano de prevención*” en el que el *Compliance officer*, además de planificar la actividad preventiva, ostenta poderes de corrección ante incumplimientos de las disposiciones de prevención de delitos que rigen en la entidad⁹⁴⁴.

Ello es un paso sucesivo del control y vigilancia del cumplimiento de las medidas de prevención que hemos tratado en el punto 2 anterior.

En principio, al amparo de lo dispuesto en el apartado 5.5 del artículo 31 bis, los incumplimientos de las medidas de prevención de delitos por parte de los empleados, directivos o administradores, deberán conllevar una sanción disciplinaria.

Es objeto del presente apartado analizar la relevancia penal de la omisión consistente en no corregir los incumplimientos de las medidas de prevención por parte del *Compliance officer*.

El primer comentario que se suscita es que existirán distintos tipos de incumplimientos más o menos cercanos a la protección del bien jurídico contra el que puede atentarse con la comisión de los distintos delitos.

Así, no será lo mismo incumplir la obligación de poner en conocimiento del *Compliance officer* una situación de riesgo para la comisión de un delito que,

⁹⁴³ En este sentido, ROBLES PLANAS, R.: “El responsable de cumplimiento (*Compliance Officer*) ante el Derecho Penal” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013, pp. 319-330.

⁹⁴⁴ Como dijéramos en el correspondiente apartado, dichos poderes pueden ser implícitos al poder de mando que le confiere su posición jerárquica, tal y como ha declarado la jurisprudencia para la prevención de riesgos laborales.

como tal, debe evaluarse y mitigarse con medidas de prevención, que incumplir la obligación de no aceptar pagos en efectivo o con sospechas de tener un origen ilícito o la obligación de no aceptar regalos de una entidad determinada que provengan de un proveedor.

Ante estos incumplimientos, tampoco será lo mismo que el *Compliance officer* no corrija una situación que otra.

Por lo tanto, la omisión en la corrección de los incumplimientos de medidas de prevención de delitos que puedan considerarse más cercanas al riesgo de lesión del bien jurídico que protegen (por ejemplo: la prohibición de aceptar pagos en efectivo o regalos de un proveedor), ostentando poderes de corrección suficientes, sí puede tener una relevancia penal determinada. Ello es así porque dicha omisión aumenta el riesgo, por encima de lo permitido, de que determinadas conductas prohibidas muy próximas a una situación de peligro o lesión de un bien jurídico determinado, sigan realizándose y acaben materializándose en la comisión de un delito. Y ello por cuanto, aún y configuradas como medidas de prevención de delitos, ese tipo de medidas implican, en ocasiones, tanto como el inicio en la ejecución de un delito y, por lo tanto, la acción debida del *Compliance officer* es propiamente el cese de una situación potencialmente delictiva, sobre la que entramos en el apartado siguiente.

Como habitualmente dicha omisión será imprudente, estas conductas solo podrán ser penadas si el delito en cuestión admite la comisión imprudente y si la omisión colma el hecho típico como para atribuírseles la responsabilidad a título de autoría (la jurisprudencia rechaza mayoritariamente la participación imprudente)⁹⁴⁵.

Si la omisión es dolosa y puede estar reflejando una intención inequívoca de contribuir en la comisión delictiva de un tercero (el que acepta el regalo o el pago

⁹⁴⁵ Por muchas, Auto Audiencia Provincial de Guadalajara 10065/2010, de 21 de julio [ARP\2010\1020] citando STS 358/1997, de 21 de marzo [RJ\1997\1948]. También STS 442/14, de 2 de junio [RJ\2014\3102].

en efectivo), el título de intervención será el de partícipe al integrarse en un curso delictivo ajeno.

E. La no paralización o cese de la actuación delictiva.

En un perfil de “*Órgano de cumplimiento*”, será habitual que se confieran al *Compliance officer* facultades para paralizar situaciones de riesgo delito. Tanto Situaciones que aprecie de oficio, como situaciones que se sometan a su análisis.

Esto último sucederá al integrar al *Compliance officer* en la cadena de autorizaciones para la realización de determinadas operaciones empresariales (esto es, previa a la firma de determinados contratos, a la toma de ciertas decisiones estratégicas, a la autorización de ciertos pagos o cobros, al lanzamiento de una determinada campaña publicitaria o de marketing, etc.).

Como dijimos anteriormente, la autorización de una operación presuntamente delictiva podrá implicar la comisión de un delito por acción, mientras que, ostentando un deber claro de cese de actuaciones potencialmente delictivas, el radio de acción se ampliará a la evitación de todas aquellas conductas de las que, pese a no someterse directamente a su análisis, tenga conocimiento⁹⁴⁶.

Tal y como acabamos de exponer, en ocasiones, esas facultades serán verdaderamente limítrofes con las facultades de corrección de incumplimientos de medidas de prevención, propias del perfil denominado “*Órgano de prevención*”.

En esos escenarios, el ejercicio de la acción debida (el cese de la actuación presuntamente delictiva) hubiera tenido un efecto muy concreto y directo sobre la comisión delictiva, interrumpiéndola.

⁹⁴⁶ En nuestra opinión, no será exigible un deber ilimitado y genérico de conocimiento de todas las situaciones potencialmente delictivas que puedan tener lugar en la entidad. El deber del *Compliance officer* se limitará a paralizar aquellas situaciones con riesgo delito de las que efectivamente tenga conocimiento. En este punto, no será lo mismo el deber de conocer el estado de implementación o cumplimiento de las medidas de prevención de delitos, que el deber de conocer los delitos que pueden estar cometiéndose en la entidad. En todo caso, habrá que estar al contenido del contrato y a las facultades o poderes realmente asumidos por el *Compliance officer*.

Por lo tanto, la omisión de la conducta alternativa conforme a Derecho, siempre que hubiere podido llevarse a cabo por medios y conocimientos, no solo ha aumentado el riesgo por encima de lo permitido al *Compliance officer*, sino que, además, el resultado puede considerarse la realización del riesgo no neutralizado por tal omisión.

En estos supuestos, la omisión puede incluso colmar el injusto típico al considerarse que el delito en cuestión (por ejemplo, un delito de corrupción entre particulares) se cometió por la acción del que sobornó al cliente y por la omisión del que, habiendo podido impedirlo cesando la actuación detectada, no lo impidió.

La consecuencia de colmar el injusto típico es que el garante puede responder a título de autor, sin embargo, al ser el *Compliance officer* garante de protección de una fuente de peligro que recibe por delegación, su intervención no debiera superar la condición de partícipe.

F. La ausencia de formación.

Nos situamos en un supuesto en el que no ha existido suficiente o apropiada formación por parte del *Compliance officer*, sea en materia de riesgos penales o sea en materia de aplicación de las políticas y procedimientos existentes en la entidad.

Entre las funciones del OVC, se encontraba precisamente formar a los empleados de la empresa en esas dos materias, como una medida más de prevención delictual.

Pese a ello, en primer lugar, habrá que analizar si la definición de los contenidos de la formación o la periodicidad de ésta era competencia exclusiva del *Compliance officer*, o más bien, ello venía determinado por los dictados del correspondiente órgano de gobierno.

Entramos en el análisis de si la omisión en la coordinación o impartición de la formación en materia de riesgos penales o medidas de prevención puede conllevar

un aumento del riesgo de comisión de un delito finalmente verificado en la entidad.

En estos supuestos, la probabilidad de afectación al bien jurídico que concretamente pueda lesionarse con la comisión de un delito por parte de un tercero auto-responsable con la falta de formación es tan remota y la lejanía entre la omisión en la impartición de la formación y la comisión del delito tan patente, que difícilmente podrá afirmarse que la omisión en la impartición de formación contribuyó de algún modo a aumentar el riesgo de delito.

Además de ello, al no ser la formación en esta materia ninguna obligación que derive de ley alguna (en contra de lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales) sino, de nuevo, un acto voluntario, auto-impuesto por la entidad en un ejercicio de diligencia, si bien la falta de formación en materia penal pudiera aumentar el riesgo de lesión de un bien jurídico determinado por un empleado, ese posible aumento del riesgo nunca lo será por encima del riesgo permitido.

Se tratará de un supuesto en el que regirá en toda su extensión el principio de auto-responsabilidad de terceros en la comisión de su propio delito como criterio de interrupción de la imputación objetiva. En todo caso la omisión no podrá tener ex ante la entidad suficiente para crear ningún peligro ni encajar en ningún injusto típico, siquiera a título de complicidad.

G. El asesoramiento al Órgano de administración.

Finalmente, nos situamos en un perfil de “*Órgano de cumplimiento*”, en el que el *Compliance officer*, además de las funciones hasta ahora descritas, puede integrar una función de asesoramiento al Órgano de administración de la entidad.

Aunque se trate de un asesoramiento jurídico y no de una intervención directa en la toma de decisiones de la entidad, existe un apunte que debemos realizar y es el siguiente. En determinadas ocasiones, los órganos de gobierno de la empresa confiarán a ciegas en el consejo técnico del asesor, no existiendo diferencia entre

el proceso asesor y el proceso decisorio, de manera que en la práctica el asesor se convertirá en órgano decisorio.

En estos casos, los órganos de gobierno pueden actuar en error, según los casos, de tipo o de prohibición, confiando a ciegas en el consejo de su asesor⁹⁴⁷. Si el error fuera invencible, quedarán exentos de responsabilidad penal; si fuera vencible, dependerá de si se admite o no la comisión imprudente en el error de tipo y para el error de prohibición, la responsabilidad penal quedará atenuada.

Respecto al asesoramiento jurídico, son aquí de aplicación todas las consideraciones relativas a la teoría de los actos neutrales⁹⁴⁸.

En este sentido, dejarán de ser actos neutros los que favorecen al hecho principal y, además, exterioricen un fin delictivo manifiesto o revelen una relación de sentido delictivo, que, en todo caso, supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas⁹⁴⁹.

Así, por ejemplo, dejan de ser actos neutros de asesoramiento aquellos actos que supongan la intervención del titular del OVC en las dinámicas comisivas del delito en cuestión, con la facilitación del modo en el que recibir o reinvertir una suma dineraria que indiciariamente provenga de una actividad delictiva, por

⁹⁴⁷ Cfr. LUZÓN PEÑA, D.: “Responsabilidad penal del asesor jurídico”. *Revista de Derecho*, número 15, 2011, p. 54.

⁹⁴⁸ La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha sistematizado una serie de criterios que permiten delimitar cuándo nos encontramos ante un acto neutral atípico o por el contrario, ante un acto de participación delictiva, así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 877/2014 de 22 de diciembre [RJ 2014\6661] señala que: <<los actos que convenimos en conocer como "neutrales" serían aquellos cotidianos de los que se puede predicar que, siendo socialmente adecuados, no cabe tenerlos por "típicos" penalmente. Y no lo son porque, con independencia del resultado, esos actos no representan un peligro socialmente inadecuado. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc.”

⁹⁴⁹ En este sentido Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 877/2014 de 22 de diciembre [RJ 2014\6661].

ejemplo, o el asesoramiento respecto a la minoración de las bases imponibles en un impuesto determinado que impliquen prácticas ilícitas⁹⁵⁰.

Ello es así por cuanto el asesoramiento deja de tener un contenido socialmente adecuado para convertirse en un asesoramiento que crea un riesgo para el bien jurídico que el delito que acabe verificándose, protege.

Sin embargo, aquellos asesoramientos que entren dentro del riesgo permitido y que se consideren socialmente adecuados serán considerados neutrales, como vimos, incluso en el caso que se conozca que el mismo pueda ser utilizado para la comisión de un delito⁹⁵¹.

En esos casos, en los que no se supera el límite del riesgo permitido pero que, sin embargo, dicho asesoramiento es aprovechado por terceros para la ejecución de un ilícito penal, regirá de nuevo en toda su extensión el principio de auto-responsabilidad del tercero que comete el delito.

5. Consecuencias de la responsabilidad penal del *Compliance officer*.

A. Supuestos de transferencia de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Llegados a este punto, dos son los escenarios de posible transferencia de responsabilidad penal a la persona jurídica debido a las acciones u omisiones (delictivas o no) del *Compliance officer*:

- Del delito cometido por el *Compliance officer*.

⁹⁵⁰ Se pueden encontrar en la jurisprudencia múltiples sentencias de condena por cooperación al asesor legal o fiscal en estos términos. Así, entre otras, STS 974/2012, de 5 de diciembre, caso Ballena Blanca, [RJ 2013\217], respecto a la conducta de un letrado.

⁹⁵¹ Ello se discute, en casos de dolo directo, por LUZÓN PEÑA, D.: “Responsabilidad penal del asesor jurídico”. *Revista de Derecho*, número 15, 2011, p. 65, por cuanto, si conoce que va a ser utilizado en un delito, el asesoramiento ya se está convirtiendo per se en una aportación específicamente adaptada al delito.

- Del delito cometido por un subordinado⁹⁵² como consecuencia del incumplimiento grave de los deberes de vigilancia, supervisión y control del *Compliance officer*⁹⁵³.

Como apunta la FGE en su Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el *Compliance officer* al ser uno de los sujetos de la letra a) del artículo 31 bis apartado 1 en su vigente redacción⁹⁵⁴ (sujetos con facultades de organización y control dentro de la entidad), puede transferir la responsabilidad a la persona jurídica con la comisión de un delito (por acción u omisión) en beneficio de ésta, en su nombre o por su cuenta; pero puede, además, con su incumplimiento grave de sus deberes de supervisión, vigilancia y control, favorecer la comisión de un delito por un subordinado⁹⁵⁵ y con ello, este último, transferir también la responsabilidad a la persona jurídica.

Dicho incumplimiento puede, a su vez, constituir un ilícito penal que abre otra vía de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica (la de la letra a) y, sin necesidad de llegar al escenario delito, la actuación del *Compliance officer* puede también romper la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica si no ejercita con la debida diligencia sus funciones de supervisión, vigilancia y control⁹⁵⁶.

⁹⁵² Y aquí se abre el debate de si los “vigilados” por el *Compliance officer* son subordinados a él. Como agente independiente de control, no se crea una relación de dependencia jerárquica entre el controlador y los controlados, aunque, como siempre, dependerá de las concretas funciones atribuidas al *Compliance officer* puesto que si se le dota de facultades de corrección de los incumplimientos entonces sí que imparte órdenes e instrucciones.

⁹⁵³ Aunque como ya dijéramos en el Capítulo II, dicho incumplimiento de deberes de vigilancia y control debe entenderse como estructural, esto es, relacionarlo con la existencia de modelos de organización y gestión de prevención de delitos que se configuran como medidas de vigilancia y control que colman el deber.

⁹⁵⁴ Operada por Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio del mismo año, no así en la anterior.

⁹⁵⁵ ¿Qué se entiende por subordinado al *Compliance officer*? también el órgano de gobierno de la entidad al estar este sometido a su radio de actuación?

⁹⁵⁶ Como veremos en el correspondiente apartado, el “ejercicio insuficiente” de tales funciones es otro concepto jurídico indeterminado incluido en el punto 4 del apartado 2 del artículo 31 bis: “no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª.”

Sucedirá que, en ocasiones, el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control del *Compliance officer* será asimismo constitutivo de delito⁹⁵⁷, pudiendo venir determinada, entonces, la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por dos vías: por la letra a) como delito cometido por el *Compliance officer* por omisión, o por la letra b) por delito cometido por el subordinado como consecuencia de tal omisión (escenario que, de cara a una defensa ante la Fiscalía puede ser más recomendable).

Como hemos dicho al principio de este apartado, el delito que cometa el *Compliance officer* (por acción u omisión)- siempre que el mismo sea en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica y cometido en su nombre o por

⁹⁵⁷ Sobre todo, al exigirse la condición de “grave” para el incumplimiento. Así lo establece la letra b) del artículo 31 bis apartado 1: “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 los deberes de supervisión, vigilancia y control por aquéllos” y así lo enfatiza la Fiscalía en su Circular 1/16, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: La clara disminución de la intervención punitiva que comporta la introducción del adverbio “gravemente” permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad, de acuerdo con una razonable aplicación del principio de intervención mínima. Tales incumplimientos deberían ser objeto de corrección por la correspondiente normativa administrativa y mercantil. En todo caso esta remisión a la normativa extrapenal es obligada desde el momento en que la exigencia de que la deficiencia en el control haya sido grave excede de las previsiones sectoriales que se contienen en todas las Decisiones Marco y, más recientemente, Directivas de la Unión Europea. En ellas se establece sistemáticamente la obligación de que las personas jurídicas sean sancionadas cuando exista una “falta de supervisión o control”, que nunca adjetiva como grave. Las sanciones no tienen que ser necesariamente penales, bastando con que sean “efectivas, proporcionales y disuasorias”, pero, como atinadamente advierte el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto, si las sanciones penales se limitan a los incumplimientos graves, los incumplimientos de menor entidad deberán ser castigados administrativamente para cubrir la totalidad del reproche que establece la normativa comunitaria, señalando además la Fiscalía el error que contiene la regla 2ª del art. 66 bis CP que establece que “cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años”, toda vez que la gravedad del incumplimiento es precisamente el presupuesto para que nazca la responsabilidad de la persona jurídica en el referido criterio de imputación de la letra b), parece claro que el principio de tipicidad penal impide observar esta regla penológica introducida por la LO 1/2015. Por lo tanto, para las infracciones menos graves de los deberes de control solo caben las sanciones administrativas. Sucede que tales sanciones complementarias de las penales solo están parcialmente reguladas en una normativa incompleta y dispersa que habrá de buscarse en las correspondientes leyes, generalmente mercantiles, que disciplinan algunas de las materias relacionadas con las infracciones para las que el Código Penal contempla la responsabilidad de la persona jurídica. Entre ellas, las relativas a los consumidores y usuarios, los mercados financieros, los mercados de valores o la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo

su cuenta puede llevar aparejada la responsabilidad penal de la persona jurídica, siempre que ésta no cuente con un verdadero y eficaz sistema de prevención de delitos, una de cuyas manifestaciones es ya, sin embargo, la existencia de un *Compliance officer* en la empresa.

Tal y como señalamos en el apartado de la *Categorización dogmática de los modelos de organización y gestión*, al situarnos en un modelo de responsabilidad por el hecho propio, y siguiendo los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo en la materia, no habrá delito si existe tal modelo de organización y gestión que incluya medidas idóneas para prevenir la comisión de delitos en la entidad.

De este modo, el *Compliance officer* podrá transferir con su actuación delictiva la responsabilidad penal a la persona jurídica, pero ésta solo nacerá (hecho propio de la persona jurídica) por dos motivos:

- Porque precisamente ese delito que comete el *Compliance officer* es reflejo de una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones que le han sido atribuidas.
- Porque el mismo ha eludido fraudulentamente las medidas de prevención de delitos establecidas en los modelos de organización y gestión, cuya supervisión del cumplimiento le estaba confiada.

De este modo, si le estaba confiada la supervisión del cumplimiento, más aún el propio cumplimiento de las medidas de prevención de delitos que a él también atañe, como órgano de la entidad y delegado del administrador en la ejecución del control de riesgos empresariales (penales).

Es una realidad práctica, que en los modelos de organización y gestión se asigne al *Compliance officer* el cumplimiento de determinadas medidas de prevención de delitos, que, lógicamente, él mismo puede eludir fraudulentamente.

Es decir, como vemos, la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos cometidos por el *Compliance officer* será más bien una

negación de las condiciones para la exoneración de responsabilidad de la misma derivada de (i) una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control del *Compliance officer*, o (ii) de una elusión fraudulenta del modelo por parte de éste, que una pura transferencia de la responsabilidad del delito cometido por el *Compliance officer*.

B. Circunstancia obstativa de la exoneración de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Tal y como acabamos de concluir en el apartado anterior, la intervención delictiva del *Compliance officer* provocará en la mayor parte de los casos la negación de las condiciones que se exigen para la exoneración de responsabilidad penal a la persona jurídica (artículo 31 bis apartado 2), dando lugar a la declaración de la responsabilidad penal de ésta.

La comisión de un delito por el *Compliance officer* será tanto circunstancia indefectiblemente aparejada a la transferencia de responsabilidad penal a la persona jurídica, como elemento determinante de la no exoneración de responsabilidad penal de la misma, aún y contando la empresa con modelos de organización y gestión que incluyan medidas idóneas para prevenir delitos, por entenderse no ejercidas debidamente sus funciones o haberse eludido fraudulentamente por parte de quién precisamente fue nombrado para velar por el funcionamiento y cumplimiento de los mismos.

Ocurre que, sin tener que llegar al escenario delictivo, el *Compliance officer* podrá haber desatendido sus funciones, sus deberes de vigilancia, supervisión y control del sistema de prevención de delitos que se ha implementado en la empresa, sin que ello tenga el desvalor de hacer nacer su responsabilidad penal (y, en consecuencia, la de la empresa), pero sí, sin embargo, suponga considerar que esos modelos de organización y gestión que la empresa ha implementado para evitar la comisión de delitos o neutralizar el riesgo de su comisión, no son suficientemente eficaces o idóneos para lograr el fin propuesto y por lo tanto, no se hacen acreedores de la exoneración penal.

Es la previsión contenida en el punto 4º del apartado 2 del artículo 31 bis del Código Penal, como condición para exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica en caso de verificarse la comisión de un delito por un sujeto de los de la letra a) del apartado 1 de dicho artículo: *“que no se haya producido una omisión o ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª”*.

CONCLUSIONES

I.

La incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código Penal por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio, acogió fundamentalmente el modelo de responsabilidad derivada o por transferencia, en línea con las legislaciones europeas de nuestro entorno. Si bien, tanto alguna manifestación del Preámbulo de la citada Ley en relación con el concepto “*debido control*” que apuntaba al hecho propio de la persona jurídica⁹⁵⁸ como determinados elementos de la regulación que incorporaba dicha responsabilidad, distorsionaban un modelo puro de transferencia de responsabilidad. Singularmente, la autónoma responsabilidad de la persona jurídica (independientemente de que se hubiera podido individualizar a la persona física que cometió el hecho delictivo), como también la declaración de responsabilidad penal de ésta aún y cuando la persona física no fuera declarada culpable, hubiera fallecido o se hubiera sustraído a la acción de la Justicia. Lo mismo cabe decir del catálogo propio y singular de las atenuantes aplicables.

II.

Precisamente, en dicho catálogo propio de atenuantes de la persona jurídica se encontraba la adopción, antes del juicio oral, de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

⁹⁵⁸ “*Se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura objetiva de esta regla de imputación.*”

El Consejo General del Poder Judicial⁹⁵⁹, el Consejo de Estado⁹⁶⁰ y la doctrina habían sostenido la necesidad de que la adopción de dichos modelos con anterioridad a la comisión del delito tuviera un efecto de exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en la búsqueda de ese hecho propio sobre el que legitimar, con arreglo a los principios constitucionales, su responsabilidad. A mayor abundamiento, en términos de prevención general, la ausencia de un hecho propio sobre el que fundamentar la punibilidad de la persona jurídica podía provocar una falta de estímulo positivo a las empresas en su estructuración de una diligente organización societaria (es la denominada “*huida del Compliance*”).

III.

Con la promulgación de la Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo y a impulsos de los expertos de la OCDE⁹⁶¹, quienes animaron a nuestro legislador a aclarar el concepto “*debido control*” que introducía la anterior legislación, se introdujo la exoneración de responsabilidad penal para aquellas personas jurídicas que, con anterioridad a la comisión del delito, hubieran adoptado modelos de organización y gestión que incluyeran medidas idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza que el que se cometió. De este modo, se estatuyó un hecho propio de la persona jurídica sobre el que fundamentar, en su ausencia, la responsabilidad penal de ésta.

IV.

Contrariamente a lo que expresamente se manifiesta en el Preámbulo de la citada Ley Orgánica, la Fiscalía General del Estado y parte de la doctrina defienden que el modelo

⁹⁵⁹ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica que modificaba el Código Penal realizado en el año 2009 con ocasión de la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio que reformaría el Código Penal.

⁹⁶⁰ En su Dictamen 1404/09 de 29 de octubre de 2009, al Anteproyecto de Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio que reformaría el Código Penal.

⁹⁶¹ En concreto, las recomendaciones hechas por la OCDE en el Informe adoptado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012 correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 (también conocido como “Convenio Anti-cohecho”), que ha sido ratificado hasta la fecha por 41 Estados, los 34 miembros de la OCDE, más Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Letonia, Rusia y Sudáfrica.

de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica sigue siendo el modelo de transferencia de responsabilidad, considerando que el único fundamento de su punibilidad es el delito que comete la persona física que actúa en su nombre y/o por cuenta de aquella y en beneficio directo o indirecto de la misma. En su opinión, estos modelos de prevención de delitos enervan la responsabilidad penal de la persona jurídica a título de excusa absolutoria.

V.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina aboga por un modelo de auto-responsabilidad de la persona jurídica, según el cual, el fundamento de la responsabilidad reside en la ausencia de una organización preventiva que, de algún modo, haya favorecido la comisión del delito. Sea como elemento del injusto típico, en el caso de los delitos cometidos por los subordinados (al considerar el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de sus superiores jerárquicos al que hace referencia la letra b. del artículo 31 bis apartado 1, como ausencia de modelos de organización y gestión), sea como negación de su culpabilidad en los delitos cometidos por sus directivos dirigentes. Y ello independientemente de que se haya optado por establecer como condición de punibilidad la comisión de un delito por una persona física.

VI.

La distinta adscripción dogmática al tipo de injusto o a la culpabilidad, según sea el sujeto que “transfiere” la responsabilidad, no debería determinar un desigual reparto del *onus probandi*. Si se configura, tratándose de directivos como el presupuesto positivo de la culpabilidad (del juicio de imputación del hecho injusto a la persona jurídica), entonces la conclusión sigue siendo la misma: en tanto que elemento que fundamenta la punibilidad, ha de ser probado por la acusación.

En contra del criterio de la FGE, los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo⁹⁶², consideran, en su mayor parte⁹⁶³, el déficit organizativo de la persona

⁹⁶² Principalmente Sentencia 154/2016, de 29 de febrero y Sentencia 221/2016, 16 de marzo.

jurídica como hecho propio de ésta y fundamento de su punibilidad, lo que precisa ser probado por la acusación, descartando, en nuestra opinión, que ello suponga una prueba diabólica o, en todo caso, tan diabólica como la que debiera de probarse por la defensa.

VII.

El Código Penal ofrece de forma tan exhaustiva como impropia de un tal ordenamiento jurídico, las condiciones para la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica, entre ellas, el contenido que deben cumplimentar esos “*modelos de organización y gestión que incluyan medidas idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza que el que se cometió*”, contenido que no difiere mucho del establecido por los distintos estándares internacionales para la determinación de un sistema de control interno y que, en cualquier caso, habrá que adaptar a las dimensiones y capacidad de las distintas personas jurídicas que integran el tejido empresarial de nuestro país.

VIII.

Si bien el fundamento de la punibilidad de la persona jurídica es la deficiente organización proclive a la comisión de delitos, como hecho propio de ésta, el órgano al que compete la adopción de los modelos de organización y gestión, manifestación de una diligente estructura societaria, es el Órgano de administración.

Y ello por cuanto los modelos de organización y gestión integran una política general de la empresa (la política de gestión de riesgos penales) que, de forma indelegable, debe ser adoptada por el Órgano de administración, en tanto que asunción de una determinada decisión de gobierno, según establece el artículo 249 bis LSC.

IX.

El establecimiento de programas de prevención de delitos no es, contrariamente a lo que sucede en países de nuestro entorno como Francia, una obligación *ex lege* a día de hoy en nuestro país, sino una forma de auto-regulación regulada que concede, con su adopción, al sujeto empresa el incentivo de la exoneración de responsabilidad penal. Todo esto sin perjuicio de determinadas obligaciones de organización que puedan

⁹⁶³ Sin perjuicio del voto particular que integra la Sentencia 154/2016, de 29 de febrero.

concernir a riesgos penales específicos (v.g. blanqueo de capitales para los sujetos obligados).

Sin embargo, contemporánea a la introducción de estos modelos en el Código Penal fue la modificación de la LSC, estableciendo en su artículo 225.2, un claro deber jurídico a los administradores de adoptar medidas para la buena dirección y control de la sociedad, que evite que se produzcan resultados lesivos frente a sus empleados, la sociedad que administra o terceros.

X.

Para la determinación de la posición de garante del administrador, con origen en el control de las fuentes de riesgo que se ubican en su esfera de dominio (también la actuación de sus órganos delegados, directivos o subordinados respecto a los que ostente deberes de supervisión), habrá que estar al análisis de las circunstancias del caso concreto para advertir si, además de la debida configuración del control estructural en la empresa, el administrador ostentaba una concreta situación de garantía derivada de su proximidad con un riesgo que acabó desatándose en un resultado lesivo y que estaba dentro de la esfera de lo que podía y debía evitar.

XI.

Integra la adopción de medidas para la buena dirección y control de la sociedad la designación de un *Compliance officer* u OVC, que vigile el cumplimiento y funcionamiento de los modelos de organización y gestión, constituyendo, además, dicha designación, una de las condiciones para la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La exhaustividad del Código Penal en la determinación del contenido de los modelos de organización y gestión no se halla en el establecimiento de los requisitos de composición o funciones de este cargo, dando pie a un sinnúmero de interrogantes y una flagrante inseguridad jurídica en el mundo empresarial en cuanto a la válida constitución de un órgano que puede permitir o bloquear la exoneración penal de la persona jurídica.

Todo cuanto establece el Código Penal al respecto es que debe tratarse de un “*órgano con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica*”. Al tener que tratarse de un “*órgano*” no podrán externalizarse *in totum* tales funciones.

XII.

La composición de este órgano que parece más adecuada, tomando como referencia el ejemplo italiano donde ya se ha ido creando un determinado cuerpo jurisprudencial, es un perfil que aúne conocimientos de control interno y gestión de riesgos con conocimientos jurídicos. En caso de que la empresa ya cuente con un Departamento de cumplimiento normativo o de Prevención del blanqueo de capitales, esos serían los departamentos idóneos donde residenciar la función de prevención de delitos, siempre que se hubiesen constituido con las garantías de autonomía que exige el Código Penal.

El modelo español, que tomó como referencia al modelo italiano, no es el modelo norteamericano en el que la independencia del *Compliance officer* solo se pondera en función de la jerarquía societaria del mismo. Contrariamente a lo que sucede en el modelo norteamericano, el modelo italiano configura un agente independiente de control llamado a supervisar también al mismo Órgano de administración.

En esta consideración, la posibilidad que establece el Código Penal en su artículo 31 bis apartado 3 de que las empresas de reducida dimensión, con arreglo a un criterio meramente contable cual es la presentación de cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas, confíen las funciones del *Compliance officer* al mismo Órgano de administración, empaña la independencia de este órgano.

XIII.

Las funciones del *Compliance officer*, dentro de la supervisión y vigilancia del cumplimiento de los modelos de organización y gestión, abarcan un amplio elenco de posibilidades a delimitar, por la vía de la autonomía de la voluntad, con la persona jurídica identificada en sus órganos de gobierno.

Pese a no existir modelos puros, se han esbozado tres perfiles tipo de OVC a lo largo del presente trabajo con el único objeto de sistematizar el análisis. El primero de ellos, al que hemos denominado “*Órgano de supervisión*”, integra un *Compliance officer* sin facultades ejecutivas, cuyo principal cometido es recabar la información correspondiente a la eficacia y cumplimiento de los modelos de organización y gestión y reportarla al Órgano de administración. El segundo tipo de perfil, al que hemos denominado “*Órgano de prevención*”, evalúa riesgos penales, planifica y propone al Órgano de administración las medidas preventivas. Este tipo de perfil, puede ostentar poderes de corrección de incumplimientos (también potestad sancionadora) que, en ocasiones, pueden configurarse como auténticos poderes de paralización de situaciones presuntamente delictivas. El tercer posible perfil de OVC, es el “*Órgano de cumplimiento*”, el cual, además de las funciones ya señaladas, asesora al Órgano de administración en la toma de decisiones estratégicas e interviene directamente en la aprobación de operaciones del tráfico mercantil ordinario de la empresa dependiendo de su perfil de riesgo.

XIV.

Sin perjuicio de la definición de OVC que realice cada empresa, una interpretación teleológica del artículo 31 bis, nos conduce a afirmar que no se está configurando un órgano líquido o meramente auxiliar del Órgano de administración, por cuanto: (i) es autónomo respecto a las decisiones sobre competencias de control y supervisión de una política general de la entidad, cual es la prevención de delitos, (ii) precisamente derivado del requisito de la autonomía, ostenta un posicionamiento jerárquico elevado en el organigrama societario (reportando al Órgano de administración como órgano delegado), (iii) su posicionamiento jerárquico y autonomía le confieren irremediablemente cierto poder de mando y decisión, (iv) la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene manifestado⁹⁶⁴ que perfiles con poder de mando en la entidad están obligados a hacer cumplir la normativa de prevención de riesgos laborales, pudiendo incurrir en responsabilidad criminal si no cumplen con dicha obligación y, con ello,

⁹⁶⁴ Por todas, STS 19 octubre de 2000; 10 de mayo de 1980 o 12 de mayo de 1981.

causan o contribuyen a causar un resultado dañoso o una situación de peligro, y (iv) su independencia debiera permitir que también fuera objeto de su supervisión -respecto al cumplimiento normativo- el mismo Órgano de administración.

XV.

Si bien la opción mayoritaria en el mundo empresarial a fecha de hoy puede no ser el perfil denominado “*Órgano de cumplimiento*”, la realidad de que cada vez más empresas demandan servicios de cumplimiento normativo general que integren los procedimientos de gestión necesarios para la prevención de riesgos de cumplimiento de la distinta normativa que les es de aplicación, y no solo los modelos de prevención de delitos, puede estar dirigiéndonos hacia ese perfil de *Compliance officer*.

XVI.

Las funciones del *Compliance officer* son por naturaleza funciones propias del Órgano de administración que han sido delegadas. Que se trata de una delegación de facultades y no de una asignación de competencias, da fe el contenido de las funciones delegadas, cual es la supervisión de una política general de la entidad competencia del Órgano de administración, así como el propio tenor literal del artículo 31 bis del Código Penal. Así, expresiones tales como “*en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración*”, o la necesaria dotación de suficientes recursos para el desempeño de su labor con autonomía, son propias de una relación de delegación de funciones.

Un ejercicio verdaderamente independiente de las funciones del *Compliance officer* exigiría, no obstante, que el OVC fuese designado por la Junta de Socios o Accionistas de la sociedad, y no se tratase de un simple delegado de funciones propias del Órgano de administración, sobre cuyo debido ejercicio retiene facultades residuales de supervisión como órgano delegante.

XVII.

La supervisión de los sistemas internos de información y control es una facultad indelegable de los órganos de administración de las sociedades cotizadas (artículo 529 *ter* LSC). En el análisis que hemos realizado sobre si la supervisión del cumplimiento normativo en materia penal delegada al *Compliance officer* podía constituir un facultad indelegable del Órgano de administración, hemos concluido que lo que es indelegable es la supervisión misma del *Compliance officer* que debe realizar el Órgano de administración.

Lo que la LSC proscribía es la delegación de la supervisión *in totum*, permitiéndose, no obstante, una supervisión de grados diversos entre el Órgano de administración y el OVC, siempre que el primero de ellos continúe manteniendo como facultad residual indelegable la supervisión periódica de los sistemas de información y control, entre los que se encuentran los modelos de organización y gestión y la actividad del *Compliance officer*.

Pese a lo que se ha afirmado por gran parte de la doctrina, la función de supervisión del Órgano de administración de sus directivos u órganos delegados como pudieran ser los consejeros delegados, es legalmente indelegable según lo dispuesto en el artículo 249 *ter* LSC, desde la modificación operada por Ley Orgánica 31/14, de 3 de diciembre. Entendemos, no obstante, que la supervisión que el *Compliance officer* realiza sobre éstos no es relativa a su gestión –cuál sería el núcleo indelegable del Órgano de administración al *Compliance officer*– sino una supervisión únicamente circunscrita a su cumplimiento de las medidas de prevención de delitos establecidas en la entidad.

XVIII.

La posible integración del *Compliance officer* en la cadena de autorizaciones de un determinado negocio jurídico u operación mercantil (léase, la celebración de un contrato de patrocinio o colaboración, el lanzamiento de un nuevo producto o una campaña publicitaria, o el cobro de un determinado importe procedente de una jurisdicción de riesgo), le confiere indudables funciones ejecutivas que pueden acarrear responsabilidad penal por intervención directa en cursos eventualmente delictivos.

Asimismo, su intervención en investigaciones internas o en el tráfico ordinario de la mercantil puede implicar la comisión de cualquier tipo delictivo de los que pueden cometerse por acción, sin las limitaciones propias de los delitos que admiten la comisión por omisión.

XIX.

El hecho que no se haya introducido en el Código Penal un tipo de injusto de omisión que castigue la infracción de deberes del *Compliance officer*, como sucede en otras ocasiones en relación con el Órgano de administración, no supone que no le sean de aplicación los presupuestos de la responsabilidad penal individual de los delitos que (excepcionalmente) admiten la comisión por omisión establecidos en el artículo 11 del Código Penal.

XX.

La primera limitación de los delitos de comisión por omisión es la posición de garante, cuya determinación resulta una cuestión dogmática todavía no resuelta a fecha de hoy.

El origen de la posición de garante del *Compliance officer* se halla en las obligaciones que asume por contrato y que le sitúan en una posición de vigilancia de fuentes de peligro que se ubican en el ámbito de organización del Órgano de administración, y que recibe por delegación de éste. En consecuencia, la posición de garante del *Compliance officer* nunca podrá exceder de la del Órgano de administración ni ser superior al perímetro de obligaciones que se haya pactado concreta y expresamente con éste.

El *Compliance officer* recibe, en la delegación de facultades, parte de la posición de garante del Órgano de administración respecto a la vigilancia de fuentes de peligro que se sitúan en la esfera de dominio de este último y pueden desarrollar resultados lesivos.

El artículo 31 bis apartado 2.2 cuando hace referencia a “*confiar la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención de delitos a un órgano de la persona jurídica*”, no está estatuyendo un determinado deber (de supervisión, vigilancia

y control) para el *Compliance officer*. El artículo 31 bis no es fuente legal de posición de garantía alguna. Las obligaciones del *Compliance officer* sólo surgen del contrato.

XXI.

El perfil de *Compliance officer* que hemos denominado “*Órgano de supervisión*” ostenta determinados deberes de colaboración en la evitación de que un resultado lesivo se produzca cuando conoce que se está cometiendo un delito permanente, un delito en continuidad delictiva o cuando tiene conocimiento de que la comisión de un delito es inminente.

Esos deberes de colaboración en la evitación de que el resultado se produzca, o se siga produciendo, se asientan en sus obligaciones contractuales de reporte al Órgano de administración, para que éste, dotado de funciones ejecutivas y poder de decisión y mando, adopte la decisión que considere oportuna (en su caso, la paralización o cese de la actuación potencialmente delictiva). En estos casos, la imputación objetiva del resultado (el hecho de autor) al *Compliance officer* a título de partícipe omisivo deberá pasar el filtro del “comportamiento alternativo adecuado a Derecho”. Deberá acreditarse que el Órgano de administración desconocía el hecho, y que, de haberle sido reportado, hubiese adoptado las medidas necesarias para evitarlo.

XXII.

Las facultades de corrección de incumplimientos de medidas de prevención de delitos que ostenta el perfil de *Compliance officer* que hemos denominado “*Órgano de prevención*” pueden conferirle deberes de evitación o colaboración en la evitación de que un resultado delictivo se produzca.

Ello será así, en dependencia de la proximidad de la medida de prevención no corregida con el resultado delictivo y la incidencia de la omisión en la corrección en el resultado producido, como veremos a continuación, pero, principalmente, debido al hecho de que determinadas medidas de prevención no corregidas pueden configurarse como verdaderas situaciones de no paralización de una conducta eventualmente delictiva.

XXIII.

Las facultades de paralización o cese de situaciones eventualmente delictivas son, no obstante, más propias del perfil de *Compliance officer* denominado “*Órgano de cumplimiento*”. Dichas facultades, siempre que se acompañen de medios y recursos suficientes para ser ejecutadas, confieren verdaderos deberes de evitación de que un resultado lesivo se produzca.

Por ello, el *Compliance officer* solo será garante de evitar o colaborar en la evitación de los resultados lesivos si ostenta una “*capacidad individual de acción*”, en el sentido de estar en disposición de poder evitar que el resultado lesivo se produzca, porque ha sido conferido por su órgano delegante con las necesarias facultades, medios y recursos para paralizar, cesar o corregir una situación eventualmente delictiva.

XXIV.

La posición de garante de los miembros de un OVC colegiado dependerá del estatuto que cada uno de ellos tenga establecido en el seno del órgano. No obstante, si el estatuto es mancomunado, por analogía con lo que sucede en un Consejo de administración, los deberes de evitación de que un resultado lesivo se produzca se colmarán con la realización de aquellas acciones, que siendo posibles, hubieran evitado el mismo o, en todo caso, con la votación en contra del acuerdo potencialmente lesivo.

XXV.

Además de la posición de garante, la omisión, para ostentar relevancia penal, debe equivaler estructuralmente a la acción. Ello supone que la estructura del delito debe permitir la comisión por omisión, y la omisión, ostentar un desvalor equivalente a la acción.

En primer lugar, aunque la opinión mayoritaria considere que solo los delitos de resultado material y, entre ellos, los que no lo sean de medios determinados, pueden cometerse por omisión, lo cierto es que parte de la doctrina ha considerado que incluso los delitos de medios determinados como el delito de estafa, o aquellos que lo sean de mera actividad, como el delito de descubrimiento de secretos del artículo 197 del Código Penal, pueden cometerse, a título de participación, por omisión. La equivocidad

del término “resultado” que maneja el artículo 11 del Código Penal no permite zanjar la controversia. Máxime cuando tratándose de participación, el hecho de autor que no se ha evitado o dificultado puede verse como el “resultado” a imputar a la conducta del partícipe. Incluso para quienes sostienen que sólo cabe comisión por omisión en los delitos en los que es posible hablar de relación de causalidad (real o hipotética), podría admitirse la comisión por omisión dada la textura del injusto típico del partícipe y el principio de accesoriadad material.

XXVI.

En términos de imputación objetiva, la única omisión que podrá atribuirse al *Compliance officer* es aquella que haya creado, aumentado (autoría) o contribuido a crear o aumentar (participación) un riesgo de lesión o peligro de un bien jurídico por encima del riesgo permitido, siempre que, además, el resultado de lesión o peligro sea la realización de dicha creación o aumento del riesgo por encima de lo permitido.

En términos previos de la denominada “*causalidad hipotética*”, habrá que estar al análisis de si la conducta alternativa conforme a Derecho no hubiera creado, aumentado (autoría) o contribuido a crear o aumentar (participación), por encima del riesgo permitido, el peligro o lesión del bien jurídico.

No crean ni aumentan el riesgo, por encima de lo permitido, los actos que podemos denominar “neutrales”, es decir, aquellos que no presentan de por sí connotaciones o significaciones específicamente delictivas y se corresponden con un rol social o profesional determinado.

XXVII.

Las conductas auto-responsables de terceros rompen o, en determinados casos, limitan, la imputación objetiva.

No obstante, el *Compliance officer* podrá incurrir en responsabilidad penal por omisión si le incumbía específicamente impedir el desarrollo del peligro de producción del resultado que se podía originar en su ámbito de organización a través de la conducta un tercero auto-responsable, y ha omitido tal deber.

Ello será así cuando la configuración del propio ámbito de organización inequívocamente tenga el sentido de formar parte de una acción delictiva posterior o se manifieste como susceptible de adaptarse específicamente a eventuales configuraciones delictivas de terceros.

XXVIII.

El principio de confianza puede romper o limitar, en determinados casos, la imputación del resultado al tipo subjetivo del injusto.

El *Compliance officer* podrá alegar la existencia del canal de denuncias, en tanto que canal de reporte obligado para empleados, directivos y administradores, como elemento que enerve una eventual dejación de sus deberes de cuidado.

No obstante lo anterior, la infracción de los deberes de cuidado del *Compliance officer* será atípica salvo aquellas infracciones más graves por clamorosas y respecto a aquellos delitos que no admitan la comisión imprudente (todos los del catálogo que integran la posible responsabilidad de la persona jurídica salvo los cuatro siguientes: delitos contra el medio ambiente, delitos de blanqueo de capitales, determinados supuestos de delitos contra la salud pública e insolvencias punibles).

XXIX.

La contribución en un resultado delictivo solo será considerada participación relevante penalmente si la misma revela inequívocamente un significado de adaptación al plan delictivo del autor, superando el riesgo permitido. Para la determinación de ello, deberá valorarse el grado de probabilidad de lesión del bien jurídico que integra la contribución, el grado de afectación al mismo, la aptitud de la aportación, el lapso de tiempo entre conducta y resultado, la distancia en el espacio y la infracción de los deberes especiales.

Será atípica una contribución a título imprudente en un resultado delictivo por cuanto debe respetarse el denominado “doble dolo” del partícipe: conocimiento, o

representación de la posibilidad, de su acto u omisión como de intervención en un delito ajeno, que, incluso, se cometa a título imprudente por el autor.

XXX.

Uno de los criterios para atribuir la intervención por omisión a título de partícipe es si su posición de garante se fundamenta en el control de una fuente de peligro procedente de un tercero. Sin embargo, la realidad jurisprudencial de que los órganos delegados del administrador en la prevención de riesgos laborales son condenados en muchas de las ocasiones a título de autores⁹⁶⁵ (y no de partícipes), demuestra que el criterio imperante es la entidad de la omisión en el resultado producido.

XXXI.

El deficiente diseño del cumplimiento o la actividad preventiva, entendiéndose este por incorrecta identificación o evaluación de riesgos penales o insuficientes medidas de prevención para mitigarlos, sea en el momento inicial del diseño de los modelos de organización y gestión, sea en sus verificaciones periódicas, no es una omisión con relevancia penal.

Si bien es el supuesto de hecho (deficiente evaluación del riesgo de blanqueo de capitales y, consecuentemente, no adopción de medidas suficientes para mitigar el mismo) por el que se ha procedido recientemente a la imputación por la presunta comisión de un delito de blanqueo de capitales de los miembros del Departamento de prevención del blanqueo de capitales o de la Unidad de cumplimiento de los bancos BNP PARIBAS ESPAÑA y BANCO SANTANDER por parte del Juzgado Central de Instrucción 4 de Madrid, las circunstancias no son exactamente las mismas.

Y ello por cuanto, en el caso de la prevención del blanqueo de capitales existe una fuente legal, cual es la Ley 10/10, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales, que fija las obligaciones para los denominados “sujetos obligados”. Además de ello, se establece la metodología concreta de evaluación y mitigación del riesgo de

⁹⁶⁵ Entre muchas otras, SAP Cáceres 239/2016, de 1 de julio [JUR\2016\244034], SAP Cuenca 150/2016, de 11 octubre [ARP 2016\1109], SAP Toledo 83/2016, de 30 junio [JUR 2016\193612] y SAP Sevilla 353/2015, de 8 julio [ARP 2016\505].

blanqueo, haciendo énfasis en las distintas medidas de prevención del riesgo que deben adoptarse en función de la evaluación del riesgo previa (obligaciones legales).

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, en el que los Tribunales han condenado en innumerables ocasiones a los órganos delegados del empresario en la prevención de riesgos laborales como autores tanto del delito de peligro del artículo 316 del Código Penal como del delito de lesión concreto producido al trabajador, ocurre lo mismo. Abundante legislación y normativa de distinto rango normativizan cómo realizar la identificación y evaluación de los riesgos propios de la actividad o qué medidas de prevención adoptar.

No es ese el supuesto del *Compliance officer* en relación con la prevención de la mayoría de los delitos para los que habrá sido contratado.

Los errores en el diagnóstico del riesgo o su probabilidad entrarán dentro del riesgo permitido en el rol profesional del evaluador de riesgos, siempre que se haya respetado una determinada metodología consistente y razonable que demuestre un rigor profesional claro en la realización de tal actividad. Sin embargo, aquellas conductas que revelen una dejación de los deberes del *Compliance officer* en la realización de la identificación o evaluación de riesgos, podrán llevar aparejado el consiguiente reproche penal, pero tan solo para la empresa a la que se negará su exoneración de responsabilidad penal.

XXXII.

Y ello por cuanto ni el artículo 31 bis del Código Penal es una fuente de nuevas normas penales para el *Compliance officer* ni los modelos de organización y gestión se configuran más que como una decisión voluntaria para lograr una mejor organización y control en la entidad, es decir, una disminución del riesgo ya existente de comisión de delitos con la cobertura y medios de la organización.

XXXIII.

La omisión en el control de la implementación de las medidas de prevención de delitos en la organización por parte del *Compliance officer* tampoco debiera acarrear responsabilidad penal.

Es el supuesto de hecho en el que el Órgano de administración ha decidido implementar unas determinadas medidas de prevención de delitos en un departamento concreto de la entidad y el *Compliance officer* no controla con criterios de suficiencia que efectivamente se estén implementando.

El motivo de la irrelevancia penal de dicha omisión debiera ser que la falta de control de la implementación de una medida de prevención de delitos voluntariamente auto-impuesta por la entidad con el único objetivo de disminuir el riesgo de lesión de bienes jurídicos no puede situar en una posición de mayor riesgo penal al sujeto que se la auto-impone que al que, con menos diligencia, no se la auto-impone.

Por ello, la omisión en el control de la implementación no aumenta considerablemente ningún riesgo (mucho menos por encima de lo permitido) que no existiera antes de la omisión.

Además de ello, al ser la implementación responsabilidad de un tercero auto-responsable, además del *Compliance officer*, la conducta alternativa a Derecho de éste último (el debido control de la implementación de la medida en el departamento concreto) no hubiera modificado en mucho la libre asunción de responsabilidad del tercero.

Para que la omisión en el control de una medida de prevención de delitos tuviera un significado penal debiera inequívocamente formar parte de una acción delictiva posterior de un tercero, lo que únicamente sucedería si existiera una coordinación en la intervención delictiva entre la omisión de la vigilancia del *Compliance officer* y la comisión del delito concreto por una tercera persona, a título doloso.

Ello situaría al *Compliance officer* en una posición de posible cooperación delictiva o complicidad con el delito cometido por un tercero, siempre que pudiera considerarse

que dicha omisión supera el riesgo permitido, lo que, como hemos avanzado, es de difícil constatación.

XXXIV.

La omisión en el control de la eficacia de las medidas de prevención por el *Compliance officer* para su reporte al Órgano de administración (en el perfil denominado “*Órgano de supervisión*”) o para su propia corrección (en el perfil denominado “*Órgano de prevención*”), tampoco debiera tener relevancia penal.

Y ello, en primer lugar, por lo mismo que se ha dicho hasta ahora: la falta de control de la eficacia de una medida de prevención de delitos voluntariamente auto-impuesta por la entidad con el único objetivo de disminuir el riesgo de lesión de bienes jurídicos no puede situar en una posición de mayor riesgo penal al sujeto que se la auto-impone que al que, con menos diligencia, no se la auto-impone.

Dogmáticamente, en términos de imputación objetiva, ello se traduce en que la omisión no crea ningún riesgo que no existiera antes de la falta de control de la eficacia, con lo que no hay contribución típicamente relevante para la consecución de un resultado lesivo.

En todo caso, si la omisión en el control de la eficacia de la medida se debiera a la falta de formación suficiente del *Compliance officer* para advertir que esa medida de prevención era inidónea para el fin de prevención, la consecuencia jurídica podría ser que no tenía capacidad para desarrollar la acción debida (advertir al Órgano de administración “*Órgano de supervisión*” o modificar dicha medida por otra más eficaz “*Órgano de prevención*”) y, por lo tanto, la responsabilidad, en todo caso, sería del órgano que delegó en él funciones que no podía desarrollar por falta de aptitud, esto es, el Órgano de administración.

XXXV.

La omisión en el reporte al Órgano de administración del conocimiento de una situación delictiva que puede ser paralizada por éste último, puede tener relevancia penal, si la

misma contribuye de algún modo a que la situación delictiva se produzca o siga produciéndose.

Ello solo será así si el reporte del *Compliance officer* al Órgano de administración era el único medio a través del cual pudiera este último paralizar la situación delictiva, pues si el Órgano de administración ya tenía conocimiento de ello, sin necesidad de la información del *Compliance officer*, la omisión en el reporte no crea ningún riesgo de lesión o peligro al bien jurídico contra el que se está atentando con la comisión delictiva de la que tiene conocimiento el *Compliance officer*.

Asimismo, dicha omisión en el reporte podrá ser penalmente relevante si el Órgano de administración, con la conducta alternativa a Derecho del *Compliance officer* (el reporte) hubiera adoptado la medida de paralizar la situación delictiva. Si, por el contrario, en términos de causalidad hipotética el resultado hubiera sido el mismo, la omisión del *Compliance officer* no ha creado ningún riesgo por el cual pueda serle imputado objetivamente el resultado de lesión que se ha producido.

En el caso en que la conducta alternativa a Derecho (el reporte) hubiera permitido la paralización o cese de la actuación delictiva y la omisión en los deberes de reporte del *Compliance officer* no lo ha permitido, esa omisión puede resultar relevante penalmente.

Habrá entonces que analizar tanto el tipo subjetivo de la omisión como la entidad de la contribución.

En primer lugar, si la omisión en el reporte ha sido dolosa (también a título de dolo eventual o dentro de los parámetros de la ignorancia deliberada expuestos en el apartado correspondiente al tipo subjetivo de la omisión), en tanto la conducta del *Compliance officer* es, en todo caso, de contribución a un delito que está cometiendo un tercero del que éste tiene conocimiento, su intervención lo será a título de participación, probablemente en grado de complicidad.

Si, por el contrario, su omisión en el reporte fue imprudente (consciente o inconscientemente), su intervención solo será relevante penalmente si el delito que está

cometiendo esa tercera persona admite la comisión imprudente y su imprudencia constituyó una absoluta dejación de sus deberes de reporte en un contexto en el que, para cualquier observador medio, procedía dicho reporte.

Sin embargo, en este supuesto, será difícil fundamentar una intervención del *Compliance officer* a título de autoría por cuanto la omisión en el reporte no es un acto que colme los elementos típicos del delito que pueda estar cometiéndose por un tercero. Y ello por cuanto la participación a título imprudente quedará impune.

XXXVI.

La falta de corrección de incumplimientos de medidas de prevención de delitos, en un perfil de *Compliance officer* que tenga esa función y los medios para llevarla a cabo (capacidad individual de acción del omitente), puede tener relevancia penal.

Ello será así siempre que, objetivamente, la falta de corrección de un incumplimiento de una medida de prevención, pueda colmar un injusto típico por su proximidad al riesgo de lesión de un bien jurídico, el grado de afectación al mismo que esa omisión provoca o el grado de probabilidad de que, con dicha omisión, se afecte al bien jurídico.

Ello será así principalmente en los casos en los que la corrección de un incumplimiento de una medida de prevención se superponga con la paralización o cese de una conducta eventualmente delictiva.

Así, determinadas medidas de prevención configuradas como normas de prohibición (“no aceptar regalos de proveedores de una entidad determinada”, “no aceptar cobros provenientes de jurisdicción de riesgo o pagos en efectivo de una cantidad de terminada”) se configuran, en su infracción, como actos de verdadero inicio de ejecución de un delito, que más que “corregidos” deben ser “cesados”.

Por ello, en esos casos, la falta de corrección del incumplimiento de una medida de prevención (o norma de prohibición) equivale a la falta de paralización de una situación potencialmente delictiva.

En estos casos, el grado de intervención podrá ser a título de autor por cuanto la omisión en la paralización de la actuación presuntamente delictiva puede considerarse equivalente con la acción al ostentarse el deber jurídico de evitación del resultado lesivo y la conducta alternativa a Derecho haber enervado la consumación o comisión de un injusto típico.

Sin embargo, la posición del *Compliance officer* en la entidad, quien recibe por delegación del empresario su posición de garantía consistente en la vigilancia de una fuente de peligro ubicada en el ámbito de actuación propio del primero, no debiera situarle más que en una posición de participación delictiva.

De nuevo, respecto al tipo subjetivo de la omisión, dicha omisión en la corrección de un incumplimiento o en el cese de una actuación delictiva, podrá realizarse a título imprudente o doloso (incluyéndose en este último caso dolos indirectos de mera representación o situaciones de ignorancia deliberada).

Como hemos dicho en el supuesto anterior, si la omisión fue consciente o inconscientemente imprudente, solo será relevante penalmente si se trata de una imprudencia grave, el tipo delictivo no cesado admite la comisión imprudente y su intervención lo fue a título de autoría.

En todo caso, hacemos referencia a situaciones de las que el *Compliance officer* ha tenido conocimiento por cuanto el *Compliance officer* no ostenta un deber genérico de conocer todas las situaciones potencialmente delictivas que pueden estar sucediéndose en la entidad.

XXXVII.

La ausencia de la formación en materia de riesgos penales o aplicación de las políticas y procedimientos existentes en la entidad, a impartir o definir por el *Compliance officer*, no debiera conllevar respuesta penal alguna por muchos motivos.

En primer lugar, por cuanto la formación en esta materia no es una obligación que derive de ley alguna sino, de nuevo, un acto voluntario, auto-impuesto por la entidad en un ejercicio de diligencia, con lo que, con dicha omisión, no se crea ningún riesgo que

no existiera con anterioridad. En segundo lugar, por cuanto, aún y considerándose que la falta de formación en materia penal pudiera aumentar el riesgo de lesión de un bien jurídico determinado por encima del ya existente con anterioridad a la misma, ese posible aumento del riesgo nunca lo sería por encima del riesgo permitido y, por lo tanto, en términos de imputación objetiva, no podrá atribuirse el resultado producido a esa omisión. En tercer lugar, por cuanto el grado de probabilidad o afectación al riesgo de lesión de un bien jurídico determinado por la ausencia de formación es prácticamente inane.

XXXVIII.

Respecto al posible asesoramiento jurídico que puede prestar el *Compliance officer* al Órgano de administración, son de aplicación todas las consideraciones relativas a la teoría de los *actos neutrales* que rompen la imputación objetiva.

Así, el asesoramiento será un acto neutral, aunque favorezca al resultado producido, siempre que no exteriorice un fin delictivo manifiesto que, en todo caso, supere los límites del papel social profesional del *Compliance officer*, de tal forma que ya no pueda ser considerado como profesionalmente adecuado.

Este será el caso de la facilitación del modo en el que recibir o reinvertir una suma dineraria que indiciariamente provenga de una actividad delictiva o el asesoramiento respecto a la minoración de las bases imponibles en un impuesto determinado que implique prácticas ilícitas.

XXXIX.

La principal consecuencia de la declaración de responsabilidad penal del *Compliance officer* es la transferencia de responsabilidad penal a la persona jurídica, como uno de los sujetos de la letra a) del apartado 1 del artículo 31 bis, siempre que el delito lo cometa en su nombre o por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto.

La interpretación de “beneficio directo o indirecto” que ha realizado el Tribunal Supremo⁹⁶⁶, en contraste con la realizada por la FGE, es la del ánimo tendencial en el sujeto que comete el ilícito. En todo caso, el concepto “beneficio” no queda circunscrito al simple beneficio económicamente evaluable.

La segunda consecuencia es que la omisión en los deberes de vigilancia, supervisión y control del *Compliance officer* impedirá la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica, según lo dispuesto en el apartado 2.4 del artículo 31 bis del Código Penal.

⁹⁶⁶ Así lo define el Tribunal Supremo en su Sentencia 154/16, de 29 de febrero: “cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa (el subrayado es nuestro) o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc, provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico se comete”, concluyendo que existe el beneficio directo o indirecto para la persona jurídica condenada (entre otras penas a una pena de multa de casi 800 millones de euros que el Tribunal Supremo mantiene, no así la pena de disolución a la que también había condenado la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) por cuanto se beneficiaría del reintegro de las máquinas en el patrimonio de la Sociedad que se utilizaban para transportar sustancia ilícita pero que acababan reimportándose a España.

BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, C.: “La responsabilidad civil y las costas procesales” en GRACIA MARTÍN, L./ BOLDOVA PASAMAR, M.A./ ALASTUEY DOBÓN, C.: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 589-651.
- ALESSANDRI, A.: “Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione”, *Analisi giuridica dell’economia*, 2/2009, pp. 337-354.
- ALESSANDRI, A.: “Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina” en ALESSANDRI, A. (et al.): *La responsabilità amministrativa degli enti: D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Editorial IPSOA, Milan, 2002, pp. 23-51.
- ALESSANDRI, A.: *Diritto penale e attività economiche*, Editorial Il Mulino, Bologna, 2010.
- ALONSO GALLO, J.: “Los programas de cumplimiento” en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.): *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Editorial Civitas, Navarra, 2011, pp. 143-200.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho Penal*, 12/ 2004, pp. 115-142.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.)/ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma de 2012*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- AMATI, E.: *La responsabilità da reato degli enti*, Editorial Utet, Torino, 2007.

- ARCHIBALD, T./ JULL, K./ ROACH, K.: *Regulatory and Corporate Liability: From Due Diligence to Risk Management*, Canada Law Book, 2005.
- ARROYO ZAPATERO, L.: *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981.
- ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dirs.): *Fraude y corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2006.
- ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dirs.): *El derecho penal económico en la era Compliance*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dirs.): *Autorregulación y sanciones*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- ARTAZA VARELA, O.: “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico-penal”, *Política Criminal*, Volumen 8, número 16, pp. 544-573.
- ARTAZA VARELA, O.: “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 231-270.
- ASTROLOGO, A.: “Obbligatorietà o facoltatività dei modelli: le cause di esclusione della responsabilità” en SGUBBI, F./ FONDAROLI, D.: *Strumenti di corporate governance e responsabilità degli enti ai sensi del D. Lgs n. 231/2001*, Bononia University Press, Bologna, 2010, pp. 33 y ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 23, Fascículo 1, 1973, pp. 35-48.

- BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de *Compliance*”, *Diario La Ley*, número 7442, 2010, edición digital.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Compliance y Derecho Penal*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, la teoría de la pena y los sujetos de Derecho Penal” en *Compliance y Derecho Penal*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 61-79.
- BACIGALUPO SAGGESE, S.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
- BACIGALUPO SAGGESE, S.: “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno”. *Diario La Ley*, número 7541, 2011, edición digital.
- BACIGALUPO SAGGESE, S.: “La problemática de las personas jurídicas, ¿las personas jurídicas como sujetos de responsabilidad penal?”, *Revista Estudios Jurídicos*, 2006, edición digital.
- BACIGALUPO SAGGESE, S.: “Artículo 31 bis” en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I (Parte general)*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1º edición, 2015.
- BAJO FERNÁNDEZ, M./ FEIJÓO SÁNCHEZ, B./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas (adaptado a la ley 1/15, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal)*, Editorial Civitas, 2ª edición, Cizur Menor, 2016.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. Editorial Civitas, Cizur Menor, 1978.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas*. Editorial Ceura, 2ª edición, Madrid, 1991.

- BAJO FERNÁNDEZ, M.: “¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma? A propósito de una doctrina del TEAC sobre el artículo 179 LGT”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 64, 2011, pp. 11-29.
- BARALLAT LÓPEZ, J.: “Claves para la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, 154/2010, pp. 40-45.
- BARTOLOMUCCI, S.: “L’adeguatezza del modello nel disposto del D. Lgs 231 e nell’apprezzamento giudiziale. Riflessioni sulla sentenza d’apello Impregillo”, *Rivista 231*, 4/2012, disponible en www.rivista231.it (fecha de consulta 19.01.2017).
- BASTIA, P.: “Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende” en PALAZZO, F.: *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi. Atti del Convegno di Firenze (15-16 marzo 2002)*, Editorial Cedam, Padova, 2003, pp. 35 y ss.
- BERMEJO, M./ PALERMO, O. “La intervención delictiva del *Compliance Officer*” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 171-201.
- BEULKE, W.: *Der Compliance officer als Aufsichtsgarant?*, Editorial FS-Geppert, 2011.
- BIEGELMAN, M.: *Building a World-Class Compliance Program: Best Practices and Strategies for Success*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2008.
- BLUMENBERG, A./ GARCÍA MORENO, B.: “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 273-301.
- BOCK, D.: *Criminal Compliance*, Editorial Nomos, Baden Baden, 2011.

- BRAITWAITE, J.: “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control.” *Michigan Law Review*, vol. 80, no. 7, 1982, pp. 1466–1507.
- BÜRKLE, J.: “Grenzen der strafrechtlichen Garantenstellung des *Compliance Officers*”, *Corporate Compliance Zeitschrift*, 1/2010, pp. 4-12.
- BUSSMANN, K.: ”Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht: zu einer Kriminologie des Managements“, *Zeitschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. 86, No. 2, 2003, pp. 89 -104.
- CALVO GALLEGO, F.J.: “Códigos de conducta y obligaciones éticas de los trabajadores: análisis jurídico” en GOÑI SEIN, J.L. (Dir.): *Ética empresarial y Códigos de Conducta*, Editorial La Ley, Madrid, 2011, p. 263-317.
- CAMEO CESTERO, M.: “El *Compliance officer*, retos y oportunidades en la empresa española”, *Estrategia financiera*, número 321, Wolters Kluwer España, 2014, pp. 36-39.
- CARO CORIA, D./ MALARINO, E. (Coord.): *Lavado de activos y Compliance. Perspectiva Internacional y Derecho Comparado*, Jurista Editores, Perú, 2015.
- CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tecnos, Madrid, 6ª edición, 2004.
- COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, EDERSA, Madrid, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M.: “Societas delinquere non potest”, a pesar de los pesares”, *Cuadernos de Política Criminal*, 115/2015, pp. 389-400.
- COCÓ VILA, I.: ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013, pp. 43-72.

- COMPAGNA, F.: “The comission of the offence for the benefit of the entity”, en FIORELLA, A.: *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, Vol. II, “Towards a common model in the European Union”, Jovene Editori, Napoli, 2012, pp. 173-211.
- COMPAGNA, F.: *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Jovene Editore, Napoli, 2012.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Editorial Trivium, Madrid, 1997.
- CORTÉS BECHIARELLI, E./ DE LA MATA BARRANCO, N.J./ JUANES PECES, A. (Coord.): *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
- CUADRADO RUIZ, M.A.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia delante...¿un paso hacia atrás?”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 12/2007, pp. 121-152.
- CUADRADO RUIZ, M.A.: “La posición de garante”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, número 6-2000, pp. 11-68.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M.: *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.)/ DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. (Coord.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- DEMETRIO CRESPO, E.: *Responsabilidad por omisión del empresario*, Editorial Iustel, Madrid, 2009.
- DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en DEMETRIO CRESPO, E./ SERRANO PIEDECASAS, FERNÁNDEZ, J.R.: *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Editorial Colex, Madrid, 2008, pp. 61-87.

- DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, Madrid, 2014.
- DE FELICE, P.: *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Editorial Cacucci, Bari, 2002.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.)/ DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. (Coord.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- DE MAGLIE, C.: *L' ética e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Editorial Giuffrè, Milano, 2002.
- DE MAGLIE, C.: “In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche”, *Legislazione penale*, 2003, pp. 351 y ss.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, número 8733, 2016, edición digital.
- DE URBANO CASTRILLO, E.: “La responsabilidad penal del *Compliance officer*”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4/2016, pp. 205-214.
- DE VERO, G.: “Prospettive evolutive della responsabilità da reato degli enti collettivi”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *Rivista 231*, 4/ 2011, disponible en www.rivista231.it (fecha de consulta 19.01.2017).
- DE VERO, G.: “La responsabilità penale delle persone giuridiche” en GROSSO, C./ PADOVANI, T./ PAGLIARO, A. (Coords.): *Trattato di diritto penale*, pp. 116 y ss, Editorial Giuffrè, Milano, 2008.
- DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Jurisprudencia*, 2/2015, pp. 7-15.
- DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J.: *Estudios sobre las reformas del Código Penal*. Editorial Civitas, Navarra, 2011.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 1./2012, edición digital.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Qué salvar del artículo 318 del Código Penal? La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores atribuidos a una persona jurídica. Consideraciones de lege ferenda” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./ VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.): *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, pp. 549-574, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dirs.): *El derecho penal económico en la era Compliance*, pp. 165-187, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 337-362.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Comisión por omisión”, *Memento Penal Económico y de la empresa*, Editorial Francis Lefebvre, 2011, pp. 51-69.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *Omisión e injerencia en Derecho Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ENGELHART, M.: *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, Eine rechtsvergleichende Analyse des Sraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, Editorial Duncker & Humblot, Berlín, 1ª edición, 2010.

- ENSEÑAT DE CARLOS, S.: *Manual del Compliance officer. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Editorial Reus, Madrid, 2007.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *El delito corporativo en el Código Penal Español (cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas)*, Editorial Civitas, Navarra, 2015.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, *La Ley Penal*, número, 40, 2007, pp. 5-25.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “Autorregulación y Derecho penal de la empresa”: ¿una cuestión de responsabilidad individual?, en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Autorregulación y sanciones*, pp. 200-252, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, pp. 135-176, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *La teoría de la ignorancia deliberada en derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, en Indret 7/2015, www.Indret.com.
- FERNÁNDEZ DE CASTRO Y RIVERA, J.: “La responsabilidad social corporativa y la corporación”, *Revisa del Instituto de Estudios Económicos*, 1/2012 (ejemplar dedicado a la Responsabilidad Social Corporativa), pp. 15-36.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- FIANDACA, G./ MUSCO, E.: *Diritto Penale, Parte Generale*, Editorial Zanichelli, Bologna, 2010.

- FIORELLA, A.: *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Editorial Nardini, Florencia, 1985.
- GARCÍA ALBERO, R.: “Título IX: De la omisión del deber de socorro” en QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 1996, pp. 921-937.
- GARCÍA MORENO, B.: “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de Cumplimiento en la Empresa*, pp. 206-229, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GARGANI, F.: “Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile “per definizione” la persona giuridica?” en AA.VV: *Studi in onore di Mario Romano*, pp. 1939-1975, Vol. II, Napoli, Jovene Editori, 2011.
- GEOFFREY WILLIAMS, J.: “The effect of culture on consumers' willingness to punish irresponsible corporate behaviour: applying Hofstede's typology to the punishment aspect of corporate social responsibility”, *Business Ethics: European Review*, Vol. 17, 2/2008, pp. 210-226.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Recesión al libro de Bacigalupo “Delitos improprios de omisión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, pp. 724-726.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 5-60.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Riesgo permitido y comisión por omisión imprudente (A propósito de la sentencia de 9 de diciembre de 2003, de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal argentina)”, *La Ley Penal*, número 88, 2011, edición digital.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Diatriba del nuevo Código Penal”, *Revista La Ley* 3/1996, pp. 1334-1338.

- GIUNTA, F.: “Il reato come rischio d’impresa e la colpevolezza dell’ente collettivo”, *Analisi giuridica dell’economia*, 2/2009, pp. 243-264, Editorial Il Mulino.
- GOENA VIVES, B.: “La atenuante de colaboración” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, pp. 229-259, Editorial Atelier, Barcelona, 2013.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Teoría jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General*, Editorial Civitas, Navarra, 1984.
- GÓMEZ JARA-DÍEZ, C.: “El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales”, *Diario La Ley*, número 8632, 2015, edición digital.
- GÓMEZ JARA-DÍEZ, C.: “La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría, necesidad para la práctica”, *Diario La Ley*, número 1050, 2013, edición digital.
- GÓMEZ JARA-DÍEZ, C.: “Fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica” en BANACLOCHE PALAO, J./ ZARZALEJOS NIETO, J.M./ GÓMEZ JARA-DÍEZ, C.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, pp. 25-47, Editorial La Ley, Madrid, 2011.
- GÓMEZ JARA-DIEZ, C.: *La culpabilidad penal de la empresa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GÓMEZ JARA-DIEZ, C.: “Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, número 8830, 2016, edición digital.
- GÓMEZ JARA-DIEZ, C.: “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

- Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, pp. 177-206, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: “Falsa alarma: *societas delinquere non potest*” en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dir.): *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*, pp. 207-254, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.
 - GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 31 bis” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 176-190.
 - GÓMEZ MARTÍN, V.: “*Compliance* y derechos de los trabajadores” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 421-459.
 - GÓMEZ MONTORO, A.: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, en AA.VV. *La democracia constitucional: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Editado por Congreso de los Diputados, Madrid, Vol. I, 2002, pp. 387-438.
 - GÓMEZ TOMILLO, M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, *Diario La Ley*, número 8747, 2016, edición digital.
 - GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I (Parte general)*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1º edición, 2015.
 - GÓMEZ TOMILLO, M.: *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
 - GÓMEZ RIVERO, M. C.: “La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro”, *Revista La Ley* 3/1996, pp. 1385-1388.

- GÓMEZ RIVERO, M.C.: “La producción del resultado de muerte o lesiones en relación al supuesto agravado del artículo 489 ter”, *Revista La Ley* 3/1995, pp. 787-796.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2015, pp. 151-210.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2015.
- GOÑI SEIN, J.L.: “Criminalidad de empresa, mecanismos de denuncia o *whistleblowing* y protección de datos”, en AA.VV: *Derecho de la empresa y protección de datos*, pp. 21-67, Editorial Thomson Aranzadi, 2008.
- GOÑI SEIN, J.L.: “Programas de cumplimiento empresarial (*Compliance programs*): aspectos laborales” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, pp. 367-418, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- GRACIA MARTÍN, L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BOIX REIG, J. (Dir.): *Diccionario de Derecho Penal Económico*, pp. 805-820. Editorial Iustel, Madrid, 2008.
- GRACIA MARTÍN, L.: “La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas” en MIR PUIG, S./ LUZÓN PEÑA, D. (Coords.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, pp. 35-74, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.
- GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otros en el Derecho Penal*, Universidad de Zaragoza, 1985.
- GUERRINI, R.: *La responsabilità da reato degli enti*, Editorial Giuffrè, Milano, 2006.

- HAAS, V.: “Die Beteiligung durch Unterlassen”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), 5/2011, pp. 392-398, disponible en www.zis-online.com (fecha de consulta 19.01.2017).
- HASSINK, H./ DE VRIES, M./ BOLLEN, L.: “A content analysis of whistleblowing policies leading European Companies”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 75, Issue 1, 2007, pp. 25-44.
- HAUSCHKA, C: *Corporate Compliance*, Editorial Bech, München 2010.
- HECHLER BAER, M.: “Governing Corporate Compliance”, *Boston College Law Review*, Vol. 50 (2009), pp. 949-1019.
- HENNING, P.: “Should the perception of corporate punishment matter?”, *Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series*, 2011, pp. 10-26.
- HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- IELO, P.: “Compliance Programs: natura e funzione nel sistema della responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d. lgs. 231/2001”, *Giudice per le Indagini Preliminari Tribunale di Milano*, 6/2006, disponible en www.rivista231.it. (fecha de consulta 19.01.2017).
- JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Editorial Civitas, Navarra, 1999.
- JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación* (traducción de CUELLO CONTRERAS, J./ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.), Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, H./ WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal. Parte General* (traducción de OLMEDO CARDENETE, M.), Editorial Comares, Granada, 5ª edición, 2002.

- JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), Editorial Comares, Granada, 4ª edición, 1993.
- JIMÉNEZ-GUSI, R/ MERCEDES MARTÍN, V.: “La irresponsabilidad penal del *Compliance officer*, a vueltas con el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Editorial Aranzadi, 889/2014, [BIB 2014\2210], edición digital.
- KAUFMANN, A.: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Göttingen: O. Schwartz, 1959.
- KRAFT, O./ WINKLER, K.: “Zur Garantenstellung des *Compliance officers*. Unterlassungsstrafbarkeit durch Organisationsmangel?”, *Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ)*, 1/2009, pp. 29-34.
- KRÜGER, M.: “Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten. Überlegungen aus Anlass des Urteils zum *Compliance officer*”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 1/2011, pp. 1-9, disponible en www.zis-online.com (fecha de consulta 19.01.2017).
- KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LACHENAL, P.: “Switzerland, Criminal Liability of Companies Survey”, *Lex Mundi*, 2008, pp. 308-322.
- LAMPE, E.J.: *ZStW*, Vol. 106. Editorial De Gruyter, 1994.
- LAMPE, E.J.: *Strafphilosophie: Studien zur Strafgerechtigkeit*, Editorial Carl Heymanns, Colonia, 1999.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Editorial Civitas, Navarra, 2002.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Seis tesis sobre la autoría en el delito contra la seguridad de los trabajadores” en HORTAL IBARRA, J.C. (Coord.):

- Protección penal de los derechos de los trabajadores: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Edisofer, Buenos Aires: B de f, Madrid -Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 203-226.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario” en *Hacia un Derecho Penal europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 209-227.
 - LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 301-337.
 - LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales” en NIETO MARTÍN, A. (Dir): *Manual de cumplimiento en la empresa*, pp. 166-185, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
 - LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de Cumplimiento en la Empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 272-307.
 - LUZÓN PEÑA, D.: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2º edición, 2012.
 - LUZÓN PEÑA, D.: “Responsabilidad penal del asesor jurídico”. *Revista de Derecho*, número 15, 2011, pp. 45-72.
 - LUNGHINI, S.: “L’Idoneità e l’efficace attuazione dei modelli organizzativi ex D. Lgs n.231 del 2001” en MONESI, C.: *I modelli organizzativi ex d. lgs 231/2001. Etica d’impresa e responsabilità degli enti*, pp. 251-267, Editorial Giuffrè, Milano, 2005.

- MAGRO SERVET, V.: “Contenido necesario del Plan de Prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales”, *La Ley Penal*, número 87, 2011, edición digital.
 - MAIWALD, M.: De la capacidad de rendimiento del concepto de riesgo permitido para la sistemática del Derecho Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996. ISBN 9586162605.
-
- MARAVALL CASESNOVES, H.: “Hans Kelsen, La teoría pura del Derecho”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 83, número 165, 1934, pp. 390-392.
 - MARAVER GÓMEZ, M.: *El principio de confianza en Derecho Penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Civitas, Navarra, 2009.
 - MARAVER GÓMEZ, M.: “El principio de confianza en Derecho Penal”. *Diario La Ley*, número 12772, 2011, edición digital.
 - MARTÍN FERNÁNDEZ, J./ JUAN LOZANO, A.: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: a propósito de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y su impacto en el ámbito tributario”; *Actum Fiscal*, número 111, 2016, edición digital.
 - MATA, NORBERTO J. DE LA: “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, *La Ley Penal*, número 87, 2011, edición digital.
 - MATUS ACUÑA, J.P.: “La certificación de los programas de cumplimiento” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dirs.): *Derecho Penal Económico en la era Compliance*, pp. 145-152, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
-

- MAZZACUVA, F.: “Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación” en GÓNZALEZ TAPIA, M.I. (Coord.): *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, pp. 69-88, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
-
- MEINI MÉNDEZ, I.: *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
 - MÉNDEZ PICAZO, M.T.: “Ética y responsabilidad social corporativa”, *Información Comercial Española, ICA: Revista de Economía*, número 823-2005, pp. 141-150.
 - MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial BdF, Montevideo-Buenos Aires, 7ª edición, 2004.
 - MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
 - MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
 - MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.): *Garantías constitucionales y Derecho Penal Europeo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.
 - MOELLER, R.: *Coso Enterprise Risk. Establishing Effective Governance, Risk and Compliance Processes*, Editorial Wiley Corporate F&A, 2011, 2ª edición.
 - MONGILLO, V.: “Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale” en *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, Rivista 231*, 4/2009, pp. 116-124.
 - MONGILIO, V.: “Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d. lgs 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione”, en

- La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2011, disponible en www.rivista231.it, (fecha de consulta 19.01.2017).
- MONTANER FERNÁNDEZ, R.: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2008.
 - MONTANER FERNÁNDEZ, R.: *La autorregulación normativa en derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad*, Editorial Montiel, Madrid, 2012.
 - MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El *criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 35, 2015, pp. 733-782.
 - MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “La posible responsabilidad penal del auditor ambiental”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2012.
 - MONTANER FERNANDEZ, R.: “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” en *Memento experto Reforma penal: Ley Orgánica 5/2010*. Madrid: Francis Lefebvre, 2010.
 - MONTERISI, M./ BELFIORE, G.: “La responsabilità degli organi social nell’adozione del modello organizzativo alla luce della più recente giurisprudenza e delle indicazioni emerse nella prassi”, *Rivista 231*, 2/2012, disponible en www.rivista231.it (fecha de consulta 19.01.2017).
 - MONTIEL, J.P.: “Auto-limpieza empresarial: *Compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 221-245.
 - MONTIEL, J.P.: “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 487-515.

- MORALES PRATS, F.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Estudios de Derecho Judicial*, 155/2009 (Ejemplar dedicado a: Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos), Editado por el Consejo General del Poder Judicial, pp. 375-414.
- MORALES PRATS, F.: “La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español: de lo accesorio a lo principal” en MUÑOZ CONDE, F. (Coord.): *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, pp. 595-622, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MORALES PRATS, F.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras la reforma del Código penal operada por la Ley 15/2003: autoría y consecuencias accesorias”, *Estudios Jurídicos*, número 2005.
- MORALES PRATS, F.: “La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código penal”, *Estudios Jurídicos*, número 2011.
- MORALES PRATS, F.: “La reforma de 2015: de nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 39/2015, pp. 17-24.
- MORALES PRATS, F.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, artículo 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 del Código Penal” en QUINTERO OLIVARES, G.: *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- MORATO GARCÍA, R.: “Incumplimiento de los códigos de conducta y potestad disciplinaria del empresario” en GOÑI SEIN, J.L. (Dir.): *Ética empresarial y Códigos de Conducta*, Editorial La Ley, Madrid, 2011, p. 263-317.
- MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, 8ª edición, Valencia, 2010.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “Programas de cumplimiento efectivos en la experiencia comparada” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN,

- A. (Dir.): *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*”, pp. 211-228, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M./ NIETO MARTÍN, A.: “Mucho más que una circunstancia atenuante: contenido y efectos prácticos de los programas de cumplimiento normativo en el Derecho Penal Comparado” en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, Madrid, 2014, pp. 465-507.
 - MUÑOZ LORENTE, J.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de Ley de 2007 de reforma del Código Penal de 1995”, *La Ley Penal*, número 40, 2007, pp. 26-45.
 - NAGLER, J.: *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, GS, número 11, 1938.
 - NIETO MARTÍN, A.: “El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno”, *Diario La Ley*, número 8248, 2014, edición digital.
 - NIETO MARTÍN, A.: “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de Cumplimiento en la Empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 111-132.
 - NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de Cumplimiento en la Empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
 - NIETO MARTÍN, A.: “La institucionalización del sistema de cumplimiento” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de Cumplimiento en la Empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 187-206.
 - NIETO MARTÍN, A.: “Cumplimiento normativo. Criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de Cumplimiento en la Empresa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 50-111.

- NIETO MARTÍN, A.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, *Nueva Doctrina Penal*, número 1, 2008, pp. 125-159.
- NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Editorial Iustel, Madrid, 2008.
- NIETO MARTÍN, A.: “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, número 8120, 2013, edición digital.
- NIETO MARTÍN, A.: “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, número 5, 2008, edición digital.
- NIETO MARTÍN, A.: “El programa político-criminal del Corporate Government (Derecho Penal de la Empresa y Gobierno Corporativo)”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 11, 2004, pp. 259-284.
- NIETO MARTÍN, A.: “Looking for a system of sanctions for an EU normative”, en FIORELLA, A.: *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Volum II “Towards a common model in the European Unnion”*, Jovene Editore, Napoli, 2012, pp. 313-339.
- NIETO MARTÍN, A.: “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en Derecho Penal” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 21-51.
- NISCO, A.: “Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni su criteri ascrittivi “soggettivi” e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, Editorial Cedam, Padova, 1-2/2004, pp. 293-330.

- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*. Editorial Rafael Castellanos, Madrid, 1986.
- ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.): *Memento Experto. Reforma penal 2010*. Editorial Francis Lefebvre, Madrid.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa*. Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2011.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho Penal Económico”, *Revista La Ley* 1049/2013, edición digital.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis económico”, *Manuales de Formación Continuada (Consejo General del Poder Judicial)*, número 49, 2009, pp. 187-223.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: “Ni catástrofe ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. 69, número 211, 2014, pp. 95-122.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: “Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica Societas Delinquere Potest)” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263-281.
- PALIERO, C.E.: “La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici” en DE FRANCESCO, G.: *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Editorial Giappichelli, Torino, 2004, p. 21-59.

- PALIERO, C.E.: “La società punita: del come, del perché, e del per cosa”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2008, Vol. 54, Fasc. 4, pp. 1516 y ss.
- PALIERO, C.E.: “La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordenamento italiano: profili sistematici” en DI PALAZZO, F.: *Societas puniri potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*. Editorial Cedam, Padova, 2003, pp. 17 y ss.
- PALIERO, C.E./ PIERGALLINI, C.: “La colpa di organizzazione” en *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2006, *Rivista 231*, 1/2008, disponible en www.rivista231.it (fecha de consulta 19.01.2017).
- PANAGIA, S.: “Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Dell’Economia*, 2008, Vol. 21, Fasc. 1/2, p. 149-169.
- PAVÍA CARDELL, J.: “Responsabilidad penal por el siniestro laboral: una guía para la imputación personal”, *La Ley Penal*, número 19, 2005, pp. 17-50.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa y en otras organizaciones”, *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor González-Cuellar*, Editorial Colex, Madrid, 2006, pp. 411-430.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: “Autoría y participación en la empresa” en SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Coord.): *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Colex, Madrid, 2008, p. 161-186.
- PERDICES HUETOS, A./ RIAÑO LÓPEZ, D.: “El gobierno corporativo en España” en GOÑI SEIN, J.L. (Dir.): *Ética empresarial y Códigos de Conducta*, Editorial La Ley, Madrid, 2011, pp. 31-58.
- PÉREZ MANZANO, M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Actualidad Penal (La Ley)*, 1995, pp. 15 y ss.

- PERRIN, B.: « La responsabilité pénale de l'entreprise en droit Suisse » en PIETH, M./ IVORY, E. (Eds.): *Corporate Criminal Liability, Emergence, Convergence and Risk*, Springer, 2010, pp. 193-225.
- PIERGALLINI, C.: “Paradigmatica dell’ autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D. Lgs 231/2001)” en AA.VV: *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Jovene Editori, Napoli, 2011, pp. 2049-2109.
- PIERGALLINI, C.: “La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni”, *Rivista Diritto Penale e Processo*, 11/ 2001.
- PIERGALLINI, C.: “Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale”. *Diritto Penal e Processo*. Milán: Ipsoa, 2001, pp. 1353 y ss.
- PASCULLI, M.A.: *La responsabilità da reato degli enti collettivi nell’ ordinamento italiano*, Cacucci Editore, Bari, 2005.
- PULITANÒ, D.: “La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, pp. 415 y ss.
- PRESUTTI, A./ BERNASCONI, A./ FIORIO, C.: *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Editorial Cedam, Padova, 2008.
- PRITTWITZ, C.: “La posición jurídica (en especial, la posición de garante) de los *Compliance officers*” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 207-221.
- QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal Español*. Editorial Aranzadi, 7ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Esquemas de la teoría jurídica del delito y de la pena*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- QUINTERO OLIVARES, G.: “Derecho Penal y Unión Europea: territorio y competencia”, *Estudios de Derecho Judicial*, número 155, 2009, Editado por el Consejo General del Poder Judicial, pp. 655-717.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Claroscuros de una novedad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, número 4-2011, pp. 977-999.
- QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Aranzadi, 3º edición, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al nuevo Código Penal*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- QUINTERO OLIVARES, G.: *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 77-93.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “La responsabilidad penal de los Partidos como personas jurídicas”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, ISSN 1132-0257, número 859, 2013.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Responsabilidad penal de personas jurídicas, entes y grupos, y sus individuos: su responsabilidad penal tras la Reforma de la Ley Orgánica 5/2010”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, ISSN 1889-0016, número 22, 2011, pp. 4-13.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código penal”, *Estudios jurídicos*, ISSN-e 1888-7740, Número 2011, 2011.

- RAGUÉS I VALLÈS, R.: “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013, p. 161-197.
- RAGUÉS I VALLÈS, R.: “El fomento de las denuncias como instrumento de política-criminal contra la criminalidad corporativa: whistleblowing interno vs. whistleblowing externo” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 459-487.
- RAGUÉS I VALLÈS, R.: *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2008.
- RAMONET, I.: *Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas*. Editorial Random House, Barcelona, 2002.
- REICHERT, J.: “Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 3/2011, pp. 113-123, disponible en www.zis-online.com (fecha de consulta 19.01.2017).
- RIVERDITI, M.: *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e special prevenzione*, Jovene Editori, Napoli, 2009.
- ROBLES PLANAS, R.: “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis”, *Diario La Ley*, número 7705, 2011, edición digital.
- ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices: la intervención por omisión en los delitos especiales*, Editorial Atelier, Barcelona, 2007.
- ROBLES PLANAS, R.: “Participación en el delito e imprudencia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6/2000, pp. 223-252.

- ROBLES PLANAS, R.: “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2012, pp. 1-25.
- ROBLES PLANAS, R.: “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2006, edición digital.
- ROBLES PLANAS, R.: “Imputación en la empresa y conductas neutrales”. *Diario La Ley*, número 1048, 2013, edición digital.
- ROBLES PLANAS, R.: “El responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) ante el Derecho Penal” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013, pp. 319-330.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “La responsabilidad penal de las empresas y los *Compliance Programs*”, *Estrategia Financiera*, 281, 2011, pp. 60-65.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema pena antropocéntrico? La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención”, *Diario La Ley*, número 7561, 2011, edición digital.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973, pp. 499-532.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas, Navarra, 1978.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “El derecho penal ante la siniestralidad laboral”, en ESPUNY I TOMÀS, M.J./ PAZ TORRES, O. (Coords.): *La Inspección del trabajo 1906 a 2006*. Editorial Tirant lo Blanch, 2008, Valencia.

- RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: “El nuevo delito de corrupción privada. Luces y sombras” en *Cuadernos de Derecho para ingenieros*, Volumen 14, 2012, pp. 119-138.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: “Análisis de la responsabilidad penal de los técnicos en prevención de riesgos laborales, recursos preventivos y coordinadores de seguridad, a la luz de los artículos 316 y 317 del Código Penal”, *La Ley Penal*, número 103, 2013, edición digital.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “La protección de los *whistleblowers* por el ordenamiento español. Aspectos sustantivos y procesales” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Fraude y corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2006, páginas 447-484.
- ROMANO, M.: “La responsabilità amministrativa degli enti, società e associazioni: profili generali”, *Rivista delle società*, 2002, pp. 393-411.
- ROTSCHE, T.: *Individuelle Haftung in Grobunternehmen*, Editorial Nomos, Baden-Baden, 1998.
- ROTSCHE, T.: “Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung”, *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, 6/2009, pp. 712 y ss, disponible en www.zjs-online.com (fecha de consulta 19.01.2017).
- ROTSCHE, T.: “Criminal Compliance”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 1/2012.
- ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ROXIN, C.: *Dogmática penal y Política Criminal* (traducción de ABANTO VÁSQUEZ, M.), Editorial Idemsa, Lima, 1998.
- ROXIN, C.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II*, Editorial Beck, Munich, 2003.

- ROXIN, C: Derecho Penal Parte General (traducción LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J.), Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- RUEDA MARTÍN, M.A.: *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013.
- RUGGIERO, G.: *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti nel diritto penale*, Editorial Giappichelli, Torino, 2004.
- RUSCONI, M.: *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal moderno*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- SALVADOR CODERCH, P./ GÓMEZ LIGÜERRE, C.I.: “Respondeat Superior II: de la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 3/2002.
- SÁNCHEZ MELGAR, J.: “Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015”, *Práctica Penal: Cuaderno Jurídico*, número 79, 2015, pp. 24-31.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico”. *Diario La Ley*, número 1040, 2013, edición digital.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “La comisión por omisión en el Código Penal de 1995”, *Diario La Ley*, número 1, 1999, pp. 1747-1757.
- SCHNEIDER, U.: “Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Vol. 24, 2003, pp. 646 y ss.
- SCHÜNEMANN, B.: *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal* (Mariana Sacher, trad.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2007.
- SCHÜNEMANN, B.: “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa” (traducción de

- BRÜCKNER/ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 41, Fasc. 2, 1988, pp. 529-588.
- SCHÜNEMANN, B.: *Grund and Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodendenlehre*. Editorial Grund, Göttingen, 1971.
 - SHÜNEMANN, B.: “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität –am Beispiel des Arbeitsschutzstrafrechts in europäischer Perspektive”, *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*. Neuwied: Luchterhand, 2004, p. 297-314.
 - SCHÜNEMANN, B.: “La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea” en BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S./ GÓMEZ JARA-DÍEZ, C. (Coord.): *Constitución Europea y Derecho Penal Económico: mesas redondas de Derecho y Economía*. Editado por Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 141-157.
 - SCHÜNEMANN, B.: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Köln, 1979.
 - SELVAGGI, N.: *L’interesse dell’ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Jovene Editore, Napoli, 2006.
 - SEMINARA, S.: “Compliance y Derecho Penal: la experiencia italiana” en MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal.*: Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 127-151.
 - SIEBER, U.: “Programas de *Compliance* en el Derecho Penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dirs.): *Derecho Penal Económico en la era Compliance*, pp. 63-108, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español” en SILVA SÁNCHEZ, J.M./ SCHÜNEMANN,

- B./ DE FIGUEREIDO DIAS, J.: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro-homenaje a Claus Roxin*, pp. 357-381, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M./ PASTOR MUÑOZ, N./ MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “La responsabilidad penal de los administradores”, *Revista La Ley* 22231/2011, edición digital.
 - SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013.
 - SILVA SÁNCHEZ, J.M./ ORTIZ DE URBINA, I.: “El artículo 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2006, pp. 1-46.
 - SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del derecho penal*, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2ª edición, 2008.
 - SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La eximente de modelos de prevención de delitos” en *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2ª edición. Madrid: Edisofer. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2016.
 - SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Editorial Bosch, Barcelona 1992.
 - SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Editorial Bosch, Barcelona, 1986.
 - SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 91, 2/1992, pp. 439-458.
 - SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, número 38, 1989, pp. 367-404.

- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal”, *Revista La Ley*, 5/1996, pp. 1557-1564.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”. *Revista La Ley*, número 1, 1987, pp. 955-966.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión*, en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Del Rosal*, Editorial EDERSA, Madrid, 1993.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 29, número 86-2008, pp. 129-148
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 3, 1997, pp. 9-58.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.): *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15-39.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial” en KUHLEN, L./ MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.): *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 79-104.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Las consecuencias accesorias del art 129 CP: ¿un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas?” en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (Coord.): *Libro homenaje al Prof. José Cerezo*. Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1153-1172.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: “¿Hacia un sistema europeo de sanciones penales?” en GARCÍA VALDÉS, C./ VALLE MARISCAL DE GANTE, M./

- CUERDA RIEZU, A./ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./ ALCÁCER GUIRAO, R.: Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Vol. 2, Edisofer, 2008, pp. 1647-1660.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Culpabilidad, maldad e imputabilidad. Aportaciones de la dogmática penal a la cultura jurídica europea” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 17, 2006, pp. 183-220.
 - TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Derecho Penal de la Empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
 - TIEDEMANN, K.: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, II, Reinbeck bei Hamburg, Editorial Rowohlt, 1976.
 - TORÍO LÓPEZ, A.: “Límites político-criminales del delito de comisión por omisión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 37, Fasc. 3, 1984, pp. 693-708.
 - TRICOT, J.: “Corporate Criminal Liability in France”, en FIORELLA, A. (Ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Volume I, Liability “ex crimine” of legal entities in member States*, Jovene Editori, Napoli, 2012, pp. 131-179.
 - VALENSISE, P.: “L’organismo di vigilanza ex D. lgs n. 231/01; Considerazioni su poteri, composizione e responsabilità”, *Analisi Giuridica Dell’Economia*, 2/2009, pp. 355-382.
 - VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control?”, *Diario La Ley*, número 7794, 2012, edición digital.
 - VENEZIANI, P.: *Regole cautelari proprie e improprie*, Editorial Cedam, Padova, 2003.
-
- VERVAELE, J.: “Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?”. *Revista Penal*, número 2, 1998, pp. 67-80.

- VERJANS, T.: “Neue –strafbewehrte- Pflichten zur Verhinderung und Anzeige von Straftaten am Beispiel von *Compliance*”, en KEMPF, E./ LÜDERSEN, K./ VOLK, K. (Eds.): *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt? [Economy vs. Law on the Financial Market?]*, Institute for Law and Finance Series, Editorial De Gruyter, Berlín, 2011, pp. 145-157.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La accesoriadad del Derecho penal frente al Derecho administrativo: criterios de imputación penal en el delito urbanístico”, en *La normativa Urbanística desde la perspectiva administrativa y penal*, Studia Iuridica, 23, CGPJ-Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2008, pp. 145-190.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: arts. 319 y 320 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *La reforma de 2010: análisis y comentarios*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 267-283.
- VINCIGUERRA, S.: *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse [D. Lgs n. 231/2001]*, Editorial Cedam, Padova, 2004.
- VINEGARD, A.: “Deferred Prosecution of Corporations”, *New York Law Journal*. Vol. 230, n. 72, 2003. En: *Covington & Burling*. Disponible en: <https://www.cov.com/media/files/corporate/publications/2003/10/oid26786.pdf> [Consulta: 20 enero 2017].
- VIVES ANTÓN, T.S.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, Volumen II (traducción de SALDAÑA, Q./ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.), Editorial Reus, Madrid, 2007.
- VON FREIER, F.: *Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen*, Editorial GA 2009.
- WELLNER, P.A.: “Effective *Compliance* Crograms and Corporate Criminal Prosecutions”, *Cardozo Law Review*, Vol. 27, New York, 2005, pp. 497-528.

- WELLS, C.: “Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future” en PIETH, M./ IVORY, R. (Eds.): *Corporate Criminal Liability Emergence, Convergence and Risk*, Springer, 2010, pp. 91-112.
- WELLS, C.: “Who is afraid of the Bribery Act 2010?”, *Journal of Business Law*, Issue 5, 2012, pp. 420-430.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Cizur Menor, 2003.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, número 24, 1984, pp. 571-590.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, *Cuadernos de Política Criminal*, número 53, 1994, pp. 613-627.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*”, *Cuadernos de Política Criminal*, número 11, 1980, pp. 67-88.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “*Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por LO 5/2010, de 22 de junio)”, *La Ley Penal*, número 76, 2010, edición digital.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M./ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (Coord.): *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.