

COMPLIANCE PENAL: FUNDAMENTO, EFICACIA Y SUPERVISIÓN. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CIRCULAR 1/2016 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

MATILDE FOUREY GONZÁLEZ
Abogada*

Compliance penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado

La compliance penal ha venido generando ríos de tinta en los últimos años, y España no está siendo una excepción. Este artículo pretende contribuir al debate mediante la plasmación de reflexiones en torno a cuatro grandes bloques de cuestiones: (i) la autorresponsabilidad o heterorresponsabilidad de la persona jurídica; (ii) la cultura ética empresarial; (iii) los parámetros de valoración de la eficacia de los modelos de prevención, y (iv) el órgano de supervisión. Y ello a través del análisis crítico de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado emitida sobre la reforma operada por la LO 1/2015 respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

PALABRAS CLAVE

Compliance, Riesgos, Persona jurídica, Penal, Eficacia.

Criminal compliance: basis, efficacy and oversight. Critical analysis of the Spanish General Attorney's Office Circular no. 1/2016

For the last few years, criminal compliance has generated a massive flow of legal literature, and Spain is no exception. This article means to contribute to the debate through the author's considerations on four main topics: (i) corporations' criminal auto or hetero-responsibility; (ii) corporate business ethics; (iii) evaluation parameters of the compliance program's efficacy, and (iv) the supervisory body. The above combined with the critical analysis of the recent Spanish General Attorney's Office Circular no. 1/2016 on criminal corporate liability.

KEY WORDS

Compliance, Risks, Company, Criminal, Efficacy.

Fecha de recepción: 18-5-2016

Fecha de aceptación: 1-6-2016

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en España ha generado un amplio debate entre los operadores jurídicos desde el inicio, en 2010, por tratarse de una cuestión que azora al Derecho penal clásico y a sus principios rectores, centrados en el ser humano como sujeto capaz de un actuar libre bañado por el dolo o la imprudencia. Además de ser un sistema de responsabilidad de nueva creación, que no se ancla en el Derecho romano o en su posterior evolución y, desde luego, que no tenía anclaje en Derecho español con anterioridad a su introducción en 2010, la responsabilidad penal corporativa tal y como la conocemos actualmente ha sido introducida en España mediante la importación del sistema italiano (ex Decreto Legislativo 231/2001). El referido Decreto Legislativo italiano no prevé, en puridad, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que establece un sistema híbrido por el que, en un mismo procedimiento, se ventilan la posible responsabilidad penal de las personas físicas y la posible responsabilidad administrativa de la persona jurídica-

ca, a la que se le pueden aplicar sanciones de tipo punitivo. Sin embargo, ese ha sido el modelo escogido por el legislador para su incorporación a nuestra norma penal. Ese considerable factor exógeno de la regulación de base, como era de esperar, ha suscitado cuestiones dogmáticas y procesales de calado, que siguen sin estar resueltas a día de hoy.

En particular, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, publicada con ocasión de la reforma del Código penal mediante LO 1/2015, efectúa un amplio ejercicio de interpretación del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como ya sucedió con la Circular 1/2011, en la que se analizaba la entonces recién estrenada responsabilidad penal de las empresas, la Fiscalía parte del principio de desconfianza, lo que obliga a extremar el celo en la adopción, implementación y revisión de los modelos de organización y gestión encaminados a la prevención de delitos introducidos por el nuevo art. 31 bis CP.

Los planteamientos de la Fiscalía General del Estado condicionarán la interpretación de la reforma penal operada en esta materia a realizar por los fiscales que actúen en los posibles procedimientos penales que se inicien y, consecuentemente, también para las empresas que se sitúan en el ámbito

* Abogada del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Barcelona).

subjetivo de impacto del art. 31 bis CP. Los elementos más importantes que afectan a las decisiones que deben adoptar las empresas en esta materia son los siguientes:

(i) La Fiscalía opta por situar el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el hecho delictivo cometido por la persona física que ostenta la condición de empleado, directivo, administrador o agente, que por «transferencia» le es atribuido. En esta configuración, las empresas son responsables solo porque se ha cometido un delito en su seno y en su beneficio por una de las personas referidas en el art. 31 bis CP. Este entendimiento, por tanto, disocia la creación de programas de cumplimiento de la *ratio essendi* de la responsabilidad de la persona jurídica. Dado que la empresa será responsable por transferencia de un hecho ajeno, la posibilidad de ser eximida de responsabilidad se interpreta bajo la figura de la «*excusa absoluta*»: el «acto de la persona jurídica» es típico, antijurídico y culpable siempre que lo sea el hecho base (el delito de la persona física), porque le ha sido transferido, pero podrá no ser punible si adoptó un sistema de cumplimiento eficaz.

(ii) A consecuencia de la conceptualización del modelo eficaz como una excusa absoluta, será la empresa la que deba asumir la carga de acreditar la eficacia de su programa de cumplimiento en el procedimiento penal: «*en todo caso, no ofrece duda que es la propia empresa quien tiene los recursos y la posibilidad de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente*».

(iii) El recelo de la Fiscalía General del Estado frente a la capacidad de las empresas de organizarse en clave ética le ha llevado a interpretar la exención de responsabilidad de las personas jurídicas muy restrictivamente. Se produce, al respecto, un razonamiento en cascada de corte subjetivista que hará difícilmente previsible el criterio de la Fiscalía en cada caso concreto:

- a) Por una parte, se exige que los programas de cumplimiento sean adecuados para la prevención del concreto delito que se ha cometido, lo que exige la acreditación de que «*los modelos organizativos están perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos*».
- b) Sin embargo, y al mismo tiempo, la eficacia de los programas de cumplimiento se hace depender de que el conjunto de actuaciones de *compliance* desarrolladas por la empresa no se diri-

jan únicamente a la prevención de delitos, sino a la creación de una verdadera cultura de la ética que bañe a la actividad empresarial en la premisa del respeto a la ley.

Esta paradoja deviene esencial, pues la existencia de una «cultura ética» por encima de la mera existencia de un programa de cumplimiento será fundamental para la valoración que efectúe el Ministerio Fiscal de la eficacia del modelo y, en última instancia, para su posicionamiento acerca del procesamiento o condena de la persona jurídica.

Poco después de la publicación de la Circular, el Tribunal Supremo aprovechó la ocasión brindada por el primer recurso de casación en llegar a su conocimiento que incluía la condena de varias personas jurídicas como sujetos responsables de la comisión de delitos contra la salud pública, para pronunciarse por primera vez sobre esta cuestión. En la STS n.º 154/2016, de 29 de febrero, el Alto Tribunal realiza un *obiter dicta* en el que deja constancia del posicionamiento mayoritario de la Sala en cuestiones de notable relevancia en esta materia. En particular, el contenido de la referida sentencia con relevancia para el presente trabajo puede resumirse en los siguientes puntos:

- Los derechos y garantías constitucionales como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, el juez legalmente predeterminado por la Ley y el proceso con todas las garantías amparan a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas.
- El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa en el establecimiento y aplicación de medidas eficaces de control que minimicen el riesgo de comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización y no en la ausencia de una ética de los negocios. Esta, aunque altamente recomendable, no forma parte de los requisitos establecidos por el art. 31 bis CP.
- En atención al principio de prohibición de responsabilidad objetiva o automática, será la acusación la que deberá demostrar que el modelo de organización y gestión no era eficaz.

La STS 154/2016, sin embargo, viene acompañada del voto particular del Excmo. Magistrado D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, al que se adhirieron otros 6 magistrados. Ello es fiel reflejo del panorama actual de la *compliance penal* en España: se trata de una materia muy debatida, en la que doctrina y jurisprudencia se hallan divididas (internamente, y

entre sí). A mi entender, este debate y reflexión son necesarios para que sea posible acabar de moldear el instituto de la responsabilidad penal de la persona jurídica de forma que resulte aceptable desde el prisma de nuestro Derecho penal.

Por ello, en los siguientes epígrafes y sin ánimo alguno de exhaustividad, se analizarán diversas cuestiones que son, a mi juicio, a la par problemáticas y relevantes en materia de responsabilidad penal corporativa y respecto al diseño, implementación y actualización de los modelos de organización y gestión de las personas jurídicas encaminados a la prevención de delitos. En primer lugar, efectuaré ciertas consideraciones sobre el modelo de responsabilidad penal de las empresas *ex art.* 31 bis CP y, posteriormente, me detendré sobre tres elementos esenciales de la *compliance* penal: la cultura ética corporativa, la eficacia del modelo y el órgano de supervisión.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN ESPAÑA: MODELO DE TRANSFERENCIA O MODELO DE AUTORRESPONSABILIDAD POR DEFECTO DE ORGANIZACIÓN

¿Responde la sociedad por un hecho propio o por un hecho ajeno? Esta pregunta ha suscitado una inquietud continuada entre los operadores jurídicos, en España y en el extranjero, y puede ser respondida de manera diversa en función del ámbito geográfico en el que nos centremos. En España, el sistema de responsabilidad penal corporativa se va definiendo con el paso del tiempo, y aún ahora quedan cuestiones de relevancia mayúscula por resolver; en este contexto, optar por un sistema o por otro fijaría toda una serie de cuestiones teóricas y prácticas de la intervención de este nuevo sujeto penal en el proceso.

Las dos teorías encontradas consisten en la heterorresponsabilidad —en la que la persona jurídica respondería por traslación del hecho base cometido por uno de sus empleados, representantes o agentes, en su seno y en su beneficio— y la autorresponsabilidad —en la que la empresa respondería de un hecho propio, consistente en una defectuosa organización y control de los riesgos, habiéndose materializado uno de tales riesgos en el hecho delictivo cometido por uno de sus empleados, representantes o agentes, en su seno y en su beneficio—. En el primer caso, el hecho de la persona física constituye al tiempo el fundamento de la res-

ponsabilidad penal de esta y de la persona jurídica, a quien le es imputado por traslación. En el segundo caso, el delito cometido por la persona física obraría como una condición objetiva de perseguibilidad respecto a la conducta de la persona jurídica. En términos teóricos, la intervención del Derecho penal en la organización de las empresas hubiera podido tener lugar en cualquier momento, si el legislador hubiera previsto una suerte de mecanismo de monitorización sorpresivo similar a las inspecciones que lleva a cabo la Agencia Tributaria, a los efectos de analizar los mecanismos puestos en marcha por las empresas con actividad en España para mitigar o evitar la comisión de delitos en su seno y en su beneficio. El sistema de responsabilidad corporativa por el que se ha decantado España, sin embargo, presupone la comisión de un delito por una persona física para dar entrada al *ius puniendi* frente a las personas jurídicas.

El abanico de posicionamientos respecto de esta cuestión eha sido diverso, propiciado por la inconcreción inicial de la redacción de la LO 5/2010, tanto en su articulado como en su exposición de motivos. Finalmente, la mayoría de la doctrina¹ se ha situado en el entendimiento de que, pese a los problemas filosóficos que plantea esta posición, y su complicada conciliación con la redacción de determinados artículos del CP, lo más acorde a los principios penales pasa por entender que la persona jurídica debe responder penalmente por actos propios, que denotan una cierta culpabilidad en su actuación. Evidentemente, ni son pocas ni menores las contradicciones cuando aludimos a la culpabilidad de un ente, la persona jurídica, inventado por el ser humano, o de sus actos propios, que en puridad jamás podrán serlo, pues serán inevitablemente llevados a cabo por una persona física en su nombre. Sea como fuere, también a mi juicio esta es la posición teórica más ajustada a los fundamentos del sistema de responsabilidad penal tal y como lo conocemos.

El Código penal pretende evitar la irresponsabilidad organizada y motivar la puesta en marcha de controles societarios que eviten la comisión de delitos en el seno y en beneficio de las personas jurídi-

¹ NIETO MARTÍN, Adán: «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013; CLEMENTE CASAS, Ismael y ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel: «¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: Incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 28, 2011.

cas. Según la teoría de la autorresponsabilidad penal de la persona jurídica, el fundamento del castigo penal que recibiría la persona jurídica sería la existencia de defectos en su organización, la tenencia de una estructura opaca, la inexistencia de controles sobre sus empleados o sus activos, o la existencia de incentivos a la comisión de conductas ilícitas en su beneficio. Lo anterior, una vez comprobado, pondría de manifiesto una conducta culpable² por su parte, en todo caso inadecuada respecto de la norma de conducta establecida en el art. 31 bis del Código penal.

Como reverso de dicho razonamiento, una organización societaria en clave ética debería poner de manifiesto la diligencia de la persona jurídica y tener incidencia en su devenir en el proceso, bien mediante la atenuación de la pena, bien mediante la exclusión de la tipicidad, bien mediante la exención de sanción penal. Y aquí es donde entran en escena las medidas de organización y control, como plasmación de la cultura ética de la compañía y de su diligente interferencia con la posibilidad de materialización de determinados riesgos penales.

En este punto, no puedo sino manifestar una posición crítica frente a la categorización del modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica adoptada por la Fiscalía General del Estado. En efecto, las consideraciones plasmadas en el texto de la Circular parecen abiertamente contrarias a la *mens legislatoris* expuesta de manera literosuficiente en la exposición de motivos de la LO 1/2015 que la propia Fiscalía extracta:

«El Preámbulo (III) de la LO 1/2015 asegura que «la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» [...], con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal» y con ello poner «fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial.» De acuerdo con esta parca explicación, el propósito de la Ley no sería modificar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas sino aclarar el modelo establecido en 2010 que, conforme al Preámbulo de la LO 5/2010, consagraba en el segundo párrafo del art. 31 bis.1 una res-

ponsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica».

Y, sin embargo, varias páginas más adelante la Circular de la Fiscalía General del Estado establece:

«Pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica».

Para apostar en contra del sistema de la autorresponsabilidad de la persona jurídica, la Fiscalía General del Estado se acoge al argumento según el cual la literalidad del artículo 31 bis CP no parece conceptualizar la acción de la persona jurídica como una acción propia («serán penalmente responsables» o «quedará exenta»), ni le atribuye la autoría de la falta de control que servirá posteriormente como pilar de responsabilidad («haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión»). Habida cuenta de que las empresas son una ficción jurídica, una entelequia, este argumento parece tener poco recorrido: ¿qué actos pueden ser considerados como propios de la persona jurídica? ¿Existe algún acto de la persona jurídica que no precise de la actuación de un ser humano para materializarse? La respuesta solo puede ser negativa. Por ello, ni el artículo 31 bis CP establece que sea la persona jurídica la que comete el delito o controla los focos de riesgo (hechos desfavorables), como tampoco afirma que sea ella la que pone en marcha el modelo de organización y control o nombra al órgano de supervisión (hechos favorables). Simplemente, resulta físicamente imposible que la persona jurídica adopte una decisión «por sí sola».

Las personas jurídicas, decíamos, son una ficción. Y merece la pena llevar la ficción hasta sus últimas consecuencias en lo atinente a la responsabilidad penal corporativa, pues ello permite modular un sistema de atribución de responsabilidad lo más respetuoso posible con los principios irrenunciables en la terminología empleada por el Tribunal Supremo que rigen el Derecho penal. El Alto Tribunal lo expresa en su Sentencia n.º 154/2016 en los siguientes términos:

«Es conveniente señalar, intentando eludir en lo posible categorías doctrinales que, sin ser necesari-

² NIETO MARTÍN, Adán: «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», op. cit.

rias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar lugar a confusiones interpretativas, que lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP, especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

(...)

De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena».

En definitiva, el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica basado en un defecto de organización, conceptualizado ficticiamente como hecho propio de la sociedad, permite trasladarle en la medida de lo posible los principios de responsabilidad por el hecho propio y de personalidad de la pena, que constituyen dos de las vértebras del sistema penal actual³. Al tiempo, esta concepción dota de solidez a los modelos de *compliance* como herramienta de la persona jurídica para acreditar su diligente organización y eximirse de responsabilidad penal, tomando distancia respecto de la temida responsabilidad penal objetiva. También en este punto coincido con el Tribunal Supremo al considerar que la tenencia de controles que eviten la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica parece estar más próxima a un elemento que excluye la tipicidad que a uno que exime de pena, en tanto en cuanto la responsabilidad penal corporativa parece nacer de la inexistencia de medidas de organización y gestión, como elemento típico. De nuevo, esta concepción de la responsabilidad penal corporativa tampoco estaría exenta de problemas (p. ej.: la inexistencia de artículo del Código penal que determine el tipo penal objetivo —¿y subjetivo?— de la persona jurí-

dica; la dificultad de compatibilizar este sistema con la determinación de las penas aplicables a la persona jurídica, por referencia al hecho base de la persona física, etc.). Desgraciadamente, se trata de una cuestión que, pese a tener un interés evidente, escapa del ámbito del presente artículo y solo quedará apuntada por el momento.

A mi juicio, la autorresponsabilidad de la persona jurídica resulta la contrapartida lógica de la tendencia político-criminal de trasvase de responsabilidades de la administración de justicia (en sentido amplio) a las empresas⁴ (p. ej., mediante el *corporate governance* o la responsabilidad penal de las personas jurídicas), en un mundo en el que cada vez más las corporaciones establecen relaciones complejas entre sí, formando familias, con residencia en diversos países y con un alto nivel general de tecnificación y regulación de los sectores de actividad. El contemporáneo distanciamiento del principio de última ratio del Derecho penal a través de la rápida multiplicación de los riesgos (tipos) penales conlleva una evidente especialización de policías, jueces y fiscales a los efectos de detectar, prevenir y, en su caso, castigar conductas que cada vez menos se parecen al Derecho penal clásico. Los delitos informáticos son un claro ejemplo de ello, pues suelen traducirse en detalles técnicos e informáticos de difícil comprensión para quien carece de formación en ingeniería informática, en programación o en matemáticas avanzadas. Del mismo modo, el surgimiento de nuevos y complejos estándares sectoriales (p. ej., en el sector farmacéutico o en relación con las interferencias humanas en el subsuelo, mediante el almacenamiento subterráneo de gas o el *fracking*) requieren de una administración de justicia cada vez más especializada, que tenga la capacidad de comprender el funcionamiento de esta nueva criminalidad y de adelantarse a ella. En este contexto, la atribución de deberes de autocontrol⁵ a las empresas parece proporcionar mayor eficiencia a la administración de justicia, pues, siguiendo con el ejemplo, ¿quién está en mejor posición que una farmacéutica para conocer los límites de su actuación y las múltiples y detalladas normas regulatorias que aplican a su sector?

³ Si bien algunos autores han interpretado que ello también sería posible en un sistema de heteroresponsabilidad de la persona jurídica, como DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: efecto extintivo al ser absuelta por inexistencia de delito de la persona física o representante que ha actuado en nombre de la sociedad», Diario La Ley, 9 de diciembre de 2015.

⁴ KUHLEN, Lothar: «Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho Penal», en Compliance y teoría del Derecho penal, Madrid: Marcial Pons, 2013.

⁵ La «privatización del control de la criminalidad», según MONTIEL, Juan Pablo: «Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en Compliance y teoría del Derecho penal, Madrid: Marcial Pons, 2013.

Precisamente por ello, son las propias empresas las que deben establecer los controles necesarios para paliar los riesgos propios de su sector de actividad, a través de normas de organización y gestión adecuadas a tales riesgos, pero también que tengan en consideración su funcionamiento interno y su operativa diaria. Parece lógico que, siendo cada vez más responsables de mitigar los daños que su actividad pueda causar a terceros, sea la suficiencia o eficacia de esa mitigación la premisa misma de su (auto)responsabilidad jurídica, del carácter que sea. Estas nuevas responsabilidades, impuestas inicialmente al margen del Derecho penal, han solido tener buena acogida, sobre todo a nivel sectorial: por citar solo dos ejemplos, Farmaindustria fue creada en 1963 por laboratorios farmacéuticos españoles y agrupa actualmente a su práctica totalidad, y Autocontrol fue creada en 1995 con la finalidad de autorregular la comunicación comercial. Y, desde la introducción de la exigencia de responsabilidad penal de la persona jurídica mediante la adopción de modelos de organización y gestión eficaces, España parece haberse unido al bando de la «corregulación»⁶ de riesgos penales, trasvasando a las empresas la obligación inicial de controlar los riesgos de su actividad y arrojándose la posibilidad de realizar un control posterior a la materialización de alguno de ellos (por el poder judicial, mediante la evaluación de la eficacia del modelo).

LA CULTURA ÉTICA EMPRESARIAL

Uno de los elementos sobre los que hace especial hincapié la Fiscalía General del Estado en su Circular es la «cultura ética corporativa», cuya existencia y vigencia sería una suerte de requisito esencial no escrito en artículo 31 bis CP, de importancia tal que, en su ausencia, los fiscales deberán tener al modelo por ineficaz. Llega a decir la Fiscalía General del Estado que:

«los modelos de organización y gestión no solo tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. Por eso, la clave para valorar su verdadera eficacia no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes

y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Este criterio general presidirá la interpretación por los Sres. Fiscales de los modelos de organización y gestión para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales» (p. 52).

La posición que asumirá el Ministerio Fiscal a raíz de la Circular 1/2016 resulta clara: ante la comisión de un delito que lleve aparejada responsabilidad penal de la persona jurídica en el seno de una empresa cuyo modelo de cumplimiento normativo sea completo y efectivo, aunque no respaldado por una ética de los negocios adecuada, solicitará la condena de la persona jurídica como sujeto criminalmente responsable. La cuestión esencial en este punto radica en lo que vaya a tenerse en cuenta para valorar la eficacia del modelo: para la Fiscalía General del Estado, un modelo eficaz existe únicamente en la medida en que viene sustentado por una sólida cultura ética de los negocios. Si esta no existe o no está asentada, el modelo será considerado ineficaz aunque sea completo y adecuado para prevenir los delitos que puedan ser cometidos en el seno de la persona jurídica.

Así, se exige que los programas de cumplimiento sean adecuados para la prevención del concreto delito que se ha cometido, lo que conlleva la acreditación de que «los modelos organizativos están perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos». Sin embargo, y al mismo tiempo, la eficacia de los programas de cumplimiento se hace depender de que el conjunto de actuaciones desarrolladas por la empresa no se dirija únicamente a la prevención de delitos, sino a la creación de una cultura de la ética.

Esta paradoja deviene esencial, pues la existencia de una «cultura de la ética» por encima de la mera existencia de un programa de cumplimiento será fundamental para la Fiscalía General del Estado para valorar la eficacia del modelo, al menos en cuatro ámbitos de no menor importancia:

- En los casos de comisión del delito por alguno de los directivos principales de la compañía, de sus administradores o de su órgano de supervisión. Solo si se ha implantado una auténtica cultura de la ética, podrá interpretarse que el modelo, a pesar del fallo que revela la comisión de un hecho delictivo era, *ex ante*, razonablemente eficaz. En el caso de que el delito que da

⁶ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: «Sanciones penales contra empresas en España» (Hispanica societatis delinquere potest), en Compliance y teoría del Derecho penal, Madrid: Marcial Pons, 2013.

origen a la responsabilidad penal de las personas jurídicas hubiere sido cometido por uno de los referidos sujetos, «los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz», puesto que «revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa».

- En las contrataciones, promoción y cese de directivos. Dado que los programas de cumplimiento deben «garantizar altos estándares éticos», la persona jurídica debe tener muy en cuenta la trayectoria de aquellos a quienes se pretende incorporar, promocionar o cesar de puestos clave, pues son ellos los baluartes del compromiso ético. En relación con las potenciales contrataciones, «la persona jurídica debe tener muy en consideración la trayectoria profesional del aspirante y rechazar a quienes, por sus antecedentes, carezcan de la idoneidad exigible». En sentido inversamente proporcional, será indicativo de la ausencia de compromiso ético y, en consecuencia provocará la oposición de la Fiscalía a la apreciación de la eximente «el mantenimiento en el cargo de un administrador o directivo que ha sido sometido a un procedimiento penal en el que la comisión del delito ha quedado acreditada». Por último, la Fiscalía también deduce el asentamiento de la cultura ética corporativa de los mecanismos «promoción de directivos y empleados y su aplicación en el caso concreto», de manera que la *ratio decidendi* para la promoción del personal de la empresa deviene especialmente importante a los efectos del artículo 31 bis CP y de su eximente.
- En los casos de beneficio indirecto, si la cultura de la ética está bien asentada (por encima de la mera ejecución de modelos de prevención idóneos y adecuados a la empresa) también será posible la exención de responsabilidad criminal.
- Autodenuncia: si realmente se ha instalado una cultura de la ética, por encima de modelos idóneos, la empresa no deberá temer a la autodenuncia del delito descubierto, pues ello desencadenará que «los Sres. Fiscales (...) deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica».

Según el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica tuvo la finalidad de dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Reino de España en relación con la creciente preocupación que constituía la irrespon-

sabilidad organizada⁷. Nada se dice en relación con la generación de ética de los negocios. Tampoco en el preámbulo de la más reciente LO 1/2015, de 30 de marzo, se alude a cuestiones que no constituyan mejoras técnicas respecto al primigenio redactado 5 años anterior. Por supuesto, ninguna mención se hace en el Código penal a la ética corporativa; de haber sido así, habría resultado cuando menos sorprendente, del mismo modo que debería serlo la punición de determinados posicionamientos morales por una persona física, considerados en sí mismos y no a raíz de su materialización en un actuar delictivo. Y es que la ética y la moral son conceptos difícilmente deslindables, pues ambos entroncan con valores filosóficos y conceptos metafísicos de definición del individuo, que han devenido recientemente predicables —hasta cierto punto— también de la persona jurídica.

Parece lógico que el establecimiento de medidas corporativas de cumplimiento legal vea maximizado su potencial si viene de la mano de una cultura de los negocios fundamentada no en incrementar el beneficio de la compañía, sino en el cumplimiento de la ley. Sin embargo, el Código penal no obliga a la adopción de valores éticos o morales. Establece prohibiciones u obligaciones y sanciona conductas que han provocado una modificación de la realidad, sin detallar el sustrato del que beben tales obligaciones y prohibiciones. Es una constitución en negativo. En buena lógica, ni en el primigenio artículo 31 bis CP ni en aquel que ha resultado de la última modificación legislativa se hace mención alguna a la ética, en ninguna de sus vertientes. No es el papel del CP establecer cómo deben pensar los individuos⁸, ni siquiera los que tienen dominio sobre focos de peligro, como aquellos que gestionan empresas potencialmente lesivas de bienes jurídicos.

En este sentido, la exigencia de cultura ética corporativa resulta un efecto secundario deseable del desarrollo de un modelo de organización y gestión

7 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: «Fundamentos de la imputación jurídico-penal», en Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2012: «La complejidad interna de determinadas organizaciones empresariales (...) ha conllevado que los elementos que permiten una imputación objetiva y subjetiva del hecho a las personas físicas estén diseminados por la organización, de tal manera que no concurren ambos en ninguna persona física individualizable».

8 NIETO MARTÍN, Adán: «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», op. cit.: «Los códigos éticos, y no el Derecho penal, deben ser los que delimiten el perímetro de las conductas prohibidas y las normas de comportamiento dentro de la empresa».

al generar un círculo virtuoso en la empresa, con potencial expansivo al resto del área de negocio y al mercado en una línea del tiempo suficientemente larga. El Código penal, como decíamos, castiga hechos. Según la redacción del artículo 31 bis CP, el hecho de la persona jurídica es la no tenencia de un modelo de organización y gestión que cumpla con los requisitos establecidos en el epígrafe 2.º y, en última instancia, sea eficaz. Requerir, como lo hace la Fiscalía General del Estado, la tenencia de una cultura ética corporativa para asentar la eficacia del modelo constituye una interpretación extensiva del artículo 31 bis CP en perjuicio de reo, al establecer elementos ausentes de la literalidad del precepto con base en los que posteriormente se negará la concurrencia de una eximente de responsabilidad penal.

A mi juicio, todas las empresas deben aspirar a tener una cultura ética que transpire en su manera de desenvolverse en el mercado, asentada sobre el respeto de la Ley. Sin embargo, erigir este *desideratum* en exigencia implícita del artículo 31 bis CP no está exento de peligros y puede incluso llevar aparejados efectos contrarios a los deseados. La ética no se instaura en cuestión de horas, sino que es el resultado de un trabajo constante, desde la cúspide de la organización; requiere de formación, de ejemplo, de reflexión por parte de los trabajadores, de compromiso y, por parte de la compañía, del castigo de cualquier desviación de los valores éticos establecidos. Y, aun así, la ética no es universal. Lo que resulta ético en un lugar del mundo puede parecer una aberración en otro, próximo o lejano. Como tal, la ética es eminentemente subjetiva, incluso en aquellos valores que pudiera *a priori* parecer seguro establecer como mínimo común denominador⁹.

Precisamente por ello, hacer descansar sobre su tenencia la eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene el peligro de poder conllevar el entendimiento según el cual la dificultad de su acreditación no compensa el esfuerzo temporal y económico puesto por la compañía en el diseño e implementación de un modelo de organización y gestión.

Su tenencia es, sin embargo, deseable, y por ello la posición adoptada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 154/2016, de 29 de febrero, resulta ade-

cuada. El Alto Tribunal se ha posicionado en una interpretación intermedia entre no requerirla y erigirla como prisma de medición de la eficacia del modelo:

«una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por estos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal».

La cultura ética empresarial, como concepto etéreo e indefinido, debe traducirse en medidas de organización y control que prevengan la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica, como elemento, este sí, concreto y objetivamente evaluable por el juzgador¹⁰. La solidez de la ética de los negocios se objetivará en la robustez de los controles y en la exhaustividad del control de su aplicación, en las razones que apoyen la promoción y contratación de determinados individuos y en los medios puestos a disposición del órgano de control, por ejemplo.

Igualmente, una vez admitida la posibilidad de trasladar el concepto de culpabilidad a la persona jurídica, con base en la desatención de sus deberes de organización y control, la existencia o deficiencia de una cultura ética corporativa podría ser un elemento indiciario que permitiera valorar la diligencia de la persona jurídica. Piénsese, por ejemplo, en los casos en los que el modelo era ineficaz o incompleto, en los que el juzgador deberá determinar la pena aplicable dentro de la horquilla propuesta por el legislador. Pues bien, la ética corporativa podría servir de elemento valorativo para la concreción de la pena¹¹, en tanto en cuanto es un elemento no requerido pero deseable del modelo de organización y gestión.

¹⁰ En este mismo sentido se pronuncian las Sentencing Guidelines (Capítulo VIII) emitidas por la Comisión para la armonización de Sentencias de Estados Unidos: §8B2.1, «[t]o 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». Véase en: <http://www.uscc.gov/guidelines-manual/2014/2014-chapter-8>

¹¹ En este mismo sentido se pronuncian las Sentencing Guidelines (Capítulo VIII) emitidas por la Comisión para la armonización de sentencias de Estados Unidos, entre las cuales la tenencia de un programa de ética y compliance eficaz debe ilustrar sobre la culpabilidad de la persona jurídica.

⁹ Baste a tal efecto, recordar la magnífica obra de Fernando Savater, *Ética para Amador*, 1991, *passim*.

LA EFICACIA DEL MODELO

A pesar de la lectura que ha hecho la Fiscalía General del Estado de la reforma del artículo 31 bis CP, especialmente en relación con el valor de la ética empresarial, una lectura del artículo 31 bis del CP contrastada con las recientes sentencias del Tribunal Supremo y con la praxis desarrollada y elaborada en Derecho comparado¹² pone el acento sobre la eficacia del modelo como clave de bóveda del sistema de *compliance*.

Aunque la Fiscalía General del Estado parece escrutar con recelo a los operadores jurídicos dedicados al diseño e implementación de las estructuras preventivas de delitos (que denomina «la industria de la *compliance*»), lo verdaderamente relevante para los operadores que proveen este servicio no suele ser la generación de papel y de registros documentales innecesarios, sino la eficacia y la operatividad real de los controles establecidos por la compañía sobre los focos de peligro detectados *ab initio*, en el análisis de riesgos.

El modelo de prevención debe cumplir con todos los requisitos legales establecidos por el art. 31 bis.5 CP, pero no basta con ello. La *compliance* no es —o no debería ser— una disciplina formalista o rigorista, meramente focalizada en cumplir con la letra de la ley, de forma acrítica. Con ello no pretende decirse que los requisitos establecidos por el legislador no sean importantes, pues evidentemente lo son, pero no como destino final, sino como líneas de principio, como norte a seguir al diseñar e implementar un modelo de organización a medida para una empresa o grupo de empresas.

Más allá de que la compañía disponga de un documento titulado «Identificación de las actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos», lo verdaderamente importante es que el análisis de riesgos penales se haya realizado de forma exhaustiva, trazando con ello el plano sobre el que erigir una estructura ética suficiente y eficaz. Del mismo modo, la tenencia de medidas de control sobre el papel no resultará bastante si no viene de la mano de una consistente ejecución. La esencia de la *compliance* descansa en

¹² Sentencing Guidelines (Capítulo VIII) emitidas por la Comisión para la armonización de sentencias de Estados Unidos, comentarios introductorios: «[t]he prevention and detection of criminal conduct, as facilitated by an effective compliance and ethics program, will assist an organization in encouraging ethical conduct and in complying fully with all applicable laws».

su verdadera capacidad para minimizar el riesgo de comisión de delitos y, precisamente por ello, el legislador ha hecho alusión a la eficacia del modelo de organización y gestión en dos ocasiones en el nuevo artículo 31 bis CP. Tanto es así que los modelos de cumplimiento «de papel» que no vengán respaldados por medidas reales de control y mitigación de riesgos serán claramente ineficaces y carecerán de cualquier virtualidad defensiva para la persona jurídica. Tales bibliotecas de papel han sido duramente criticadas por la doctrina, y también recientemente por una de las partes en el proceso penal, el Ministerio Fiscal, lo que deja a las claras que esta opción no ha sido ni será viable como modo de desenvolverse en el mercado y que vendrá de la mano de graves riesgos para las empresas que la implementen y las personas físicas que trabajen en ellas.

Igualmente ineficaces serán los modelos que resulten incomprensibles para sus destinatarios (empleados, directivos, administradores y terceros contratados por la empresa), pues resulta evidente que la comprensión del significado y finalidad de la norma son presupuestos necesarios para su cumplimiento. Del mismo modo que los Estados se dotan de constituciones, un código penal y leyes especiales para tratar de prevenir la comisión de delitos, las empresas deberán dotarse de códigos de conducta, políticas y controles internos con la misma finalidad, cuyo contenido debe ser entendido para poder tener impacto en el comportamiento de sus receptores.

La eficacia del modelo de organización y gestión es la clave de la eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica, y así se extrae de la lectura del art. 31 bis y de la Circular de la Fiscalía General del Estado. Resultará crucial, pues, determinar los rasgos de un sistema de *compliance* eficaz, en un mundo en el que los casos de inexistencia absoluta (o perfección) del modelo resultarán ser los menos comunes.

Como ya se ha venido advirtiendo, la valoración de la eficacia de los modelos de cumplimiento debe huir del aforismo *post hoc, ergo propter hoc*, y realizarse a partir del panorama existente con inmediata anterioridad a la comisión del hecho considerado delictivo, abarcando el análisis del modelo de cumplimiento en su generalidad y su impacto concreto en la conducta realizada por la persona física¹³. Al

¹³ Lo que Nieto Martín llama «test de idoneidad abstracto».

tiempo, no sería realista exigir la perfección del modelo como sinónimo de su eficacia; a la vista del colapso actual de los centros penitenciarios españoles, ni siquiera el sistema de prevención de delitos del Estado resulta infalible, pese a tener una tradición jurídica secular y hallarse anclada en el corazón de nuestra sociedad, tal y como la conocemos. Pero sí resultará proporcionado exigir a las empresas la tenencia de una estructura ética que reduzca razonablemente las posibilidades de que uno de sus empleados, directivos, administradores o agentes lleguen a cometer un delito en su seno y en su beneficio. En palabras de las *US Sentencing Guidelines*, se espera que el modelo sea generalmente eficaz («*generally effective*»).

Decía al inicio de este epígrafe que la *compliance* no debería ser una disciplina formalista, precisamente porque la eficacia es un concepto que debe individualizarse, que dependerá de cada caso y empresa. A mi juicio, no existen parámetros unívocos de eficacia, y, del mismo modo que no existe un solo modelo empresarial, podrán existir modelos de prevención de delitos variopintos pero igualmente eficaces. La clave para fomentar la mejora constante de la estructura ética, su actualización periódica y el refuerzo de sus controles radicará en la capacidad de *compliance officers* y de proveedores de servicios externos de ser innovadores y pensar con originalidad. Lejos de lo que parece suponer la Fiscalía General del Estado, el diseño de sistemas de *compliance* penal no es un ejercicio mimético, industrial, en cadena. Al contrario, ya antes de su inicio requiere de un profundo conocimiento de la empresa a la que está destinado: su sector de actividad, su organización societaria (nacional e internacional, si la hay), su rol dentro de la familia de empresas a la que pertenece, la división funcional que ha adoptado y en la que se basa su plantilla, los controles de los que dispone y el funcionamiento detallado de su operativa diaria. Solo con ello podrán diseñarse controles que tengan la máxima eficacia y un impacto razonable en la actividad de la empresa, para ser internalizados con costes aceptables, económicos y, no menos importante, temporales.

Tratándose de un pilar fundamental de la responsabilidad penal corporativa o de su exención, resulta necesario tratar de arrojar algo de luz sobre los elementos que favorecen la eficacia del modelo de

organización y gestión. A ello dedicaremos los siguientes epígrafes.

Cierto es que la Fiscalía General del Estado ha develado los elementos sobre los que los fiscales fundamentarán la eficacia del modelo y ha dado, con ello, una guía de actuación a las empresas. Más allá de las menciones a la cultura ética corporativa, los criterios de valoración de la eficacia del modelo parecen haber sido pensados para casos de fracaso del sistema preventivo de delitos: se mencionan la reacción de la persona jurídica ante el descubrimiento del hecho base de la persona física y parámetros tales como el número de personas intervinientes, la duración de la actividad delictiva o el historial de sanciones administrativas impuestas a la empresa. A los efectos de guiar a las personas jurídicas en el diseño e implementación de su modelo, o en su posterior actualización, cabe tener en cuenta más aristas que las que le ha atribuido la FGE a la cuestión¹⁴ (p. ej., la autodenuncia, el compromiso del *top management*, la rápida y contundente reacción de la empresa frente a un incumplimiento). Sin duda, todas las nombradas ponen de manifiesto el compromiso corporativo con el cumplimiento de su estructura ética, pero, a mi juicio, un modelo eficaz debe estar construido y sólidamente aposentado sobre los siguientes pilares:

1) *Una estructura ético-normativa completa y actualizada*. La normativa ética debe ser creada (o heredada de la sociedad matriz y adaptada al derecho local) teniendo en cuenta las especificidades de la empresa o grupo de empresas a las que se va a aplicar. Sin embargo, solo ello no resultará suficiente. Igual que ocurre en relación con la prevención de riesgos laborales, la estructura ética debe estar permanentemente actualizada, interna y externamente, esto es, a la organización y a la regulación aplicable. Ello significa que las empresas deberán realizar un trabajo de contraste constante y periódico entre las normas que componen su estructura ética y la regulación de base (penal, por supuesto, pero también de corte laboral, administrativo, medioambiental, regulatorio, etc.), y proceder a modificar los protocolos, políticas o procesos que necesiten ser mejorados o actualizados con cierta rapidez.

En términos generales, la *compliance* se divide en varios documentos de rango jerárquico diverso en el seno de la empresa, todos ellos necesarios. Viene

concreto» en «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», op. cit.

¹⁴ Como hacen las Linee Guida emitidas por Confindustria en Italia ya en el año 2001, actualmente actualizadas a 2014.

siendo común que el Código ético o de conducta sea el documento más genérico de la estructura de cumplimiento, de carácter principialista, y que el mayor detalle se encuentre en los procedimientos internos o estándares operativos, pasando por las políticas sectoriales o riesgo-específicas como punto intermedio.

Además, como decíamos, no basta con la existencia de determinadas normas que detallen las conductas que la empresa espera de sus empleados y representantes y aquellas que no serán toleradas, sino que resulta especialmente importante que el mensaje sea comprensible en todos los niveles de la organización. En ello tendrá incidencia el nivel técnico del lenguaje empleado en la construcción de la normativa ética y, en los casos en los que esta provenga de una sociedad matriz que se desenvuelve en un idioma extranjero, podrá también tener un impacto considerable la traducción realizada.

2) *Un órgano de supervisión capaz*. Unipersonal o pluripersonal, sea cual sea su apelativo o etiqueta, el órgano de supervisión debe estar dotado de medios suficientes para el desarrollo de su tarea. Ello incluye, sin ánimo de exhaustividad:

- i Tiempo. En caso de tener en la empresa funciones adicionales a la supervisión del modelo, el *compliance officer* deberá tener disponibilidad suficiente para desarrollar la supervisión y control del modelo de forma efectiva.
- ii Autonomía. Este requisito no debe confundirse con la independencia organizativa, por cuanto el órgano de supervisión siempre estará sometido a una obligación de reporte periódico al órgano de administración (pues la supervisión de los riesgos de la empresa es una función indelegable de este) que, en sí mismo, no tiene por qué obstaculizar la autonomía del órgano de supervisión. A estos efectos, el reporte entre el órgano de supervisión y el órgano de administración lo será a los meros efectos de que este último pueda comprobar que la tarea de control de riesgos penales se está desarrollando de forma efectiva y suficiente; solo en caso de que no sea así, y solo por estas razones, debería el órgano de administración poder cesar o remover al *compliance officer*.

En la práctica, este requisito se traduce en la capacidad de llevar a cabo su labor de supervisión sin trabas administrativas o fun-

cionales que la dificulten o imposibiliten. Para ello, la autonomía debe venir asegurada por mecanismos que permitan superar los conflictos de interés que surjan del análisis o recomendaciones de actuación emitidas por el órgano de supervisión, en particular en relación con el órgano de administración de la empresa.

- iii Suficiencia presupuestaria, para contratar aquellos recursos que resulten precisos para el correcto desempeño de sus funciones, desplazarse a las oficinas, plantas productivas y despachos que estén bajo su supervisión, o contratar a expertos externos y, en su caso, a miembros independientes. Al tiempo, resultará altamente recomendable que la autonomía mencionada en el punto (ii) anterior se proyecte también sobre la gestión presupuestaria del órgano de supervisión, que debería poder aplicar la dotación anual recibida de acuerdo con su mejor leal saber y entender.
- iv Autoridad. El órgano de supervisión debe tener capacidad real de impacto en la normativa ética, y un verdadero poder de fiscalización de la organización (mediante auditorías internas e investigaciones, por ejemplo). El órgano de supervisión debe poder proponer cambios a las normas que componen la estructura ética de la compañía, y sus propuestas deben tener virtualidad para vincular al *top management* de la empresa, como mínimo en cuanto a su toma de conocimiento y en la emisión de respuesta.

3) *Un sistema de formación e información continuada*. La empresa debe asegurarse de que todos sus empleados, directivos, administradores y determinados agentes reciben formación adecuada y suficiente sobre las normas de *compliance* de las que se ha dotado. No solo pesa sobre la empresa una obligación inicial de formación (al comienzo de la relación laboral o mercantil; tras la adopción de una nueva política; tras el ascenso de un empleado o directivo, etc.), sino que esta deberá tener carácter periódico en relación con la normativa más relevante para su área de actividad, y puntual respecto de políticas que resulten modificadas, actualizadas o de nueva creación.

Esta formación debe ser adecuada a sus destinatarios: debe ser comprensible y modularse en intensidad en función del público al que se imparte. Resulta evidente que un operario de fábrica no pre-

cisará conocer en detalle las normas de trato en el sector público, como sí lo hará el comercial de una empresa farmacéutica. Del mismo modo, la formación en riesgos asociados al *core business* deberá llevarse a cabo con mayor frecuencia que aquella que verse sobre riesgos categorizados como de nivel bajo o muy bajo en el análisis de riesgos.

Sin embargo, a mi juicio, existe un mínimo denominador común de cuya formación la empresa no debería excusar a ninguno de sus empleados: su código ético o de conducta. En él se encuentran los valores de la persona jurídica, aquellos que todos deberán velar por respetar en su actividad diaria, sea la que sea. De forma genérica, el código ético contendrá las reglas de conducta más básicas, al alzaprimar valores que solo en ocasiones vendrán aparejados a riesgos penales para la persona jurídica (sí en el caso del respeto al medio ambiente, pero no en el del acoso laboral, por ejemplo). La exclusión de una parte más o menos amplia de la plantilla de las formaciones al respecto pondrá en entredicho la existencia de una ética corporativa en el seno de la empresa y será difícilmente justificable.

El *top management* deberá tener un papel preponderante como receptor de formación, precisamente porque su condición le atribuye un rol muy importante en la modulación de la ética corporativa. A través de las instrucciones que imparta y las directrices de actuación que imponga a aquellas personas bajo su ámbito de organización, los valores contenidos en el código ético tendrán mayor o menor traslación efectiva a la práctica. Puesto que su actuación impacta en el desempeño profesional de los individuos bajo su mando, corresponde a la persona jurídica maximizar el compromiso del personal clave de la compañía con el modelo de organización y gestión, lo que sin duda tendrá lugar a través de la formación impartida (en conjunción, por supuesto, con otro tipo de mecanismos).

Además de la formación, también puede resultar un indicador muy importante de la eficacia del modelo la existencia de varias herramientas de diseminación de la información ética, por ejemplo, mediante carteles, pantallas interactivas, televisiones, folletos, boletines internos, etc. Ocupa una posición de máxima relevancia en esta categoría de medidas la tenencia de una intranet corporativa de fácil navegación y que sea permanentemente accesible por empleados, directivos, administradores y agentes de la persona jurídica, a la que todos ellos puedan acudir para resolver posibles dudas en materia de *compliance*. Para maximizar los efectos

de divulgación de la intranet, será conveniente que estén disponibles todas las normas que conforman el modelo, desde el código ético hasta los procedimientos u estándares operativos más detallados, en sus versiones actualizadas.

4) Un *canal de denuncias y un sistema disciplinario* adecuado. El canal de denuncias o buzón ético no solo debería venir encaminado a la presentación de denuncias internas de incumplimientos reales o potenciales del modelo, sino que debería permitir también el planteamiento de dudas por parte de empleados, directivos, administradores e incluso terceros, para su resolución interna en consonancia con las previsiones éticas establecidas al efecto. Ello favorecerá la formación e información de los empleados y la homogeneización de criterios internos, y será también beneficioso para el descubrimiento y posterior enmienda de potenciales lagunas o redacciones no claras, en una suerte de círculo virtuoso de *compliance*.

El canal de denuncias debe venir de la mano de un sólido sistema disciplinario, pues la creación de una estructura normativa interna, de carácter ético o de cualquier otro, sería mera maculatura si no viniera aparejada a un sistema sancionador que castigara las desviaciones al modelo. Del mismo modo, las sanciones deben responder a la gravedad del incumplimiento, estableciendo un sistema de respuesta proporcional: allí donde una amonestación resulte una respuesta proporcionada, no será necesario aplicar una sanción más gravosa; ante un incumplimiento muy grave, podría imponerse el despido del trabajador o el cese de la relación mercantil con un administrador o con un tercero contratado. En cualquier caso, una reacción corporativa distinta a la proporcional pondrá en entredicho, con toda seguridad, el compromiso de la persona jurídica con el cumplimiento de su modelo y, en última instancia, la eficacia de este.

Ello, a su vez, entronca con una problemática de difícil solución, al menos inmediata: la innegable fricción que se crea entre la legislación penal y la práctica de la jurisdicción laboral (*ergo* de las empresas) frente a los despidos disciplinarios. Una lectura sistemática de la regulación en materia de *compliance* querría que un acto abiertamente contrario a la normativa ética fuera sancionado con el despido, siempre que esta sea la reacción proporcionada al referido incumplimiento y, en pura lógica, tal despido debería tener el carácter de disciplinario. Pues, de lo contrario, la persona jurídica estaría reconociendo la improcedencia de la medida

adoptada y renunciando a su compromiso ético. A la postre, el despido improcedente no resulta una medida contundente, por cuanto genera el pago de una suma económica de la empresa al trabajador a cambio de reconocer la falta de razones objetivas que legitimen la decisión del empresario. En este punto, debe esperarse un cambio en la consideración de los despidos disciplinarios en el seno de la jurisdicción social que, a buen seguro, vendrá motivada por la creciente frecuencia de este tipo de despidos en relación con los incumplimientos del modelo.

Una vez sentados algunos de los criterios que pondrán de manifiesto (o no) la eficacia del modelo, es preciso analizar cómo cabe esperar que opere el juicio sobre la eficacia a realizar por los jueces de la jurisdicción penal. El juicio de eficacia del modelo a realizar a los efectos de determinar la posible responsabilidad penal que corresponde a la persona jurídica por el hecho cometido en su beneficio por uno de sus empleados, representantes o agentes debería versar sobre los siguientes aspectos secuenciales:

(i) Juicio en abstracto: en esta primera parte del análisis, corresponderá evaluar si el modelo de prevención de riesgos cumplía con todos y cada uno de los requisitos establecidos legalmente por el art. 31bis CP —en definitiva, ver si el modelo era o no completo—. A continuación, será preciso estudiar con precisión cada uno de los pilares mencionados anteriormente, como concreción práctica de los requisitos legales, para poder aprehender si la existencia de normas y controles era suficiente, y si dichas normas y controles tenían una verdadera traducción en la práctica.

Como es evidente, no superar el juicio abstracto reflejará ya el bajo compromiso de la corporación con el cumplimiento de la legalidad y será muy difícilmente compensable con controles específicos del riesgo.

(ii) Juicio concreto: puesto que los *compliance programs* deben «prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido» o «reducir de forma significativa el riesgo de su comisión», resultará imprescindible que el análisis judicial se centre con cierto detalle en aquellas normas, controles y procesos de la estructura ética corporativa que tenían incidencia en el delito finalmente cometido.

En este análisis podrán tener relevancia toda suerte de documentos: el mapa de riesgos que, como faro, ilumina los riesgos a los que está sometida la actividad de la persona jurídica y sobre la base de los

cuales debe construirse o actualizarse la estructura ética, pero también las políticas, controles internos, informes de investigación interna, reportes del órgano de supervisión al órgano de administración, etc.

Con respecto al mapa de riesgos, podrán darse tres alternativas: 1) el mapa de riesgos no preveía el riesgo que se ha materializado y era, por tanto, incompleto. 2) El mapa de riesgos preveía el riesgo, pero este no se hallaba atendido por normas o procedimientos. 3) El riesgo estaba previsto en el mapa y parecía estar minimizado o controlado por determinadas normas internas. Cada uno de esos escenarios merecerá una consideración distinta, como es lógico, pero tanto la primera como la segunda opción muestran flaquezas en el modelo. En relación con el escenario 1), en todo caso, será muy relevante analizar si el riesgo materializado debió contemplarse en el mapa ya *ex ante*, pues si la posibilidad de su materialización podía considerarse razonablemente como remota, siendo el delito cometido meramente anecdótico, no parece que ello deba tenerse en cuenta para restar solidez y eficacia al modelo.

El siguiente paso será analizar las normas, procedimientos y estándares operativos que atienden al delito que se cometió para analizar si, siempre desde una perspectiva *ex ante*, eran a) adecuadas y b) suficientes. A mi juicio, la suficiencia deberá venir parametrizada en contraste con lo que una persona media podía o no podía hacer, o con el nivel de fraudulencia que el empleado, directivo o agente empleó para sortear el control establecido. Siempre que la persona física hubiera debido sortear los controles de la compañía, debería considerarse que el modelo era «*generally effective*» y cumplía con los requisitos del art. 31 bis CP para el otorgamiento de la eximente de responsabilidad penal a la persona jurídica.

La valoración global, atendiendo a los resultados del análisis abstracto y concreto, será la que arroje luz sobre la eficacia del modelo y se traduzca finalmente en una resolución judicial con impacto en la persona jurídica: la absolución por aplicación de la eximente *ex art.* 31 bis CP, la atenuación de la pena o la condena de la persona jurídica.

EL ÓRGANO DE SUPERVISIÓN

Uno de los elementos que han generado mayor inseguridad entre las empresas, especialmente en las de grandes dimensiones, ha sido el «órgano con

poderes autónomos de iniciativa y control» introducido por la reforma penal operada en 2015. La inseguridad ha sido generada por el papel preponderante que ya se atisbaba claramente con la lectura del nuevo artículo 31 bis CP y que ha quedado confirmada e incluso exacerbada en la Circular de la Fiscalía General del Estado.

Nombrado por el órgano de administración de la persona jurídica, el órgano de supervisión debe tener una gran participación en la implementación, diseño y actualización de la normativa de prevención de riesgos. Y ello, a todos los niveles, desde el código de conducta hasta los estándares operativos y medidas tecnológicas de control. Al tiempo, el órgano de supervisión debe actuar como una suerte de policía interna de la compañía, al asegurarse de que el programa de cumplimiento normativo es conocido y aplicado por todos sus receptores. Para ello, tendrá que llevar a cabo, directa o indirectamente (mediante delegación, externalización o escalamiento de todas o algunas) las siguientes tareas: calendar e impartir las formaciones; determinar los mecanismos de información más eficaces y velar por su implementación en la empresa; controlar el cumplimiento del modelo por los empleados, directivos y administradores mediante la monitorización de los procesos; intervenir en las investigaciones internas de posibles incumplimientos; reportar periódicamente al órgano de administración sobre el cumplimiento del modelo; establecer objetivos periódicos de supervisión; proponer los cambios y recomendaciones de mejora de la estructura ética que resulten oportunos, etc.

En este sentido, en ocasiones, el órgano de supervisión podrá compartir parte de sus funciones con otros departamentos o unidades corporativas, tales como el departamento de *Internal Controls* o la Comisión de Auditoría, con círculos de actuación más o menos solapados. Y la relación entre tales órganos no debería ser desatendida por la compañía, pues la redundancia de funciones no suele ir de la mano de la eficacia en su desempeño. Por ello, deberán dedicarse los medios suficientes a analizar las posibles fricciones entre los diversos órganos de control de riesgos y diseñar mecanismos de interacción bajo la premisa de la eficiencia y la coordinación en el desarrollo de sus tareas.

Además de la atribución del deber de control de riesgos penales hecha por el 31 bis CP respecto del órgano de supervisión, los órganos de administración corporativos tienen asignados, como función indelegable, la de controlar los riesgos que deriven

o puedan derivar de la actividad de la compañía¹⁵. Al tiempo, el órgano de administración debe poder ser fiscalizado por el órgano de supervisión para que el sistema ético sea eficaz. Con todo ello, es fácil atisbar que la organización societaria del *compliance* deberá ser meticulosamente planeada por la persona jurídica a los efectos de garantizar: (i) un óptimo funcionamiento y una real coordinación entre los órganos que controlen focos de riesgo, y (ii) una organización corporativa que de verdad permita —es más, garantice— el control por parte de tales órganos. Ni el modelo ni sus órganos de control deben ser mero papel.

Con todo, no basta para la eficacia del modelo con el nombramiento de un órgano de supervisión por parte del órgano de administración. Esta medida deberá venir complementada por un adecuado control de la tarea supervisora llevada a cabo por el *compliance officer*, a través de su reporte periódico al órgano de administración (o a una comisión especializada de este), que podrá ordenar la remoción del personal dedicado a la supervisión de riesgos en caso de constatado incumplimiento del ejercicio del debido control.

También los nombramientos y contrataciones de directivos y administradores deberán ser consistentes con los valores éticos de la compañía, lo que deja presagiar la generalización de una suerte de *due diligence* previa a la contratación de nuevo personal directivo y de administradores, como actualmente sucede respecto de terceros que actúan en beneficio de la sociedad (agentes, consultores, etc.). El compromiso del *top management* con la cultura ética de la empresa es esencial, en tanto en cuanto determina en muchas ocasiones cómo late en realidad la organización y cómo se presenta y actúa en el mercado. Por ello, el órgano de supervisión debe poder certificar el compromiso del personal clave de la compañía con las normas internas de *compliance* o, en su caso, promover las reacciones corporativas oportunas (lo que hipotéticamente abarcará medidas tan sencillas como una mayor intensidad en la formación impartida y tan gravosas como una investigación interna con resultado de cese o despido de la persona del *top management* que no esté alineada con la ética corporativa).

En esta situación, de compleja solución, es fácil aventurar que los conflictos de interés puedan

¹⁵ Ex arts. 225, 249 bis y 529 ter 1b) de la Ley de Sociedades de Capital, tras la introducción de la reforma que incluyó directrices de buen gobierno corporativo.

estar a la orden del día. Precisamente por ello, la Circular de la Fiscalía requiere la tenencia de mecanismos de resolución de posibles conflictos de interés entre el órgano de supervisión y el órgano de administración que, en último término, solventen posibles situaciones de bloqueo y garanticen la supervivencia de la labor de control. Cabrá determinar caso por caso cuál es el documento más apropiado para contener tales previsiones que, desde luego, resultan de recomendable adopción, así como los concretos mecanismos en los que podrían traducirse.

Sin embargo, habida cuenta de la poca tradición que nuestro país tiene en materia de *compliance* penal, la implementación de medidas reales de control de órgano de administración por parte del órgano de supervisión puede resultar extremadamente compleja y enfrentarse a reticencias no menores. De lo que no cabe duda es de que tales dificultades deberán ser superadas, so pena de que la empresa se pueda enfrentar a severas consecuencias jurídicas: un modelo de cumplimiento en el que los administradores —estándares del compromiso ético corporativo— escapen a la supervisión del *compliance officer* o no estén vinculados por la normativa ética resultará abiertamente contrario a las previsiones del art. 31 bis CP y debería ser considerado como ineficaz. La Circular de la Fiscalía General del Estado parecía ser un muy buen instrumento para proporcionar pautas de actuación destinadas a favorecer la correcta organización de las empresas en esta materia; desgraciadamente, solo se encontrarán parcas alusiones a ello.

El órgano de supervisión o *compliance officer* también ha sido objeto de atención por parte de la Fiscalía General del Estado en un aspecto extremadamente relevante y que no ha sido pasado por alto por los operadores jurídicos del sector: la reintroducción del delito de incumplimiento de las medidas de vigilancia y control¹⁶ eliminado vía enmiendas al proyecto de ley, a través del instituto de la

16 Proyecto de artículo 286 seis CP en el proyecto de reforma del Código penal de 2014: «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».

comisión por omisión. La Circular plantea la cuestión en los siguientes términos, cambiando el foco de los administradores de hecho o de derecho al *compliance officer* (que en empresas de pequeñas dimensiones pueden confundirse): «puede ser una de las personas de la letra a) que al omitir gravemente el control del subordinado permite la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. En este supuesto, la omisión puede llevarle a ser él mismo penalmente responsable del delito cometido por el subordinado. (...) De conformidad con este planteamiento, la exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica. Comparativamente, su mayor riesgo penal sólo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación».

Estas consideraciones de la Fiscalía General del Estado llevan aparejadas, de nuevo, consecuencias importantes: la imputación del órgano de supervisión implicará siempre la imputación de la persona jurídica y la presunción de ineficacia del modelo de prevención, además de la imputación del subordinado sobre el que el órgano de supervisión haya ejercido un control insuficiente. En esta situación, en un procedimiento penal hipotético, el Ministerio Fiscal podría conseguir el encausamiento de al menos tres personas: el subordinado, como autor del delito; el *compliance officer*, como coautor, cooperador necesario o cómplice del subordinado, en comisión por omisión, y la persona jurídica a través de su representante especialmente designado. Si, además, el órgano de supervisión está formado por varias personas, cabe presagiar que la práctica sea la misma que con los miembros de órganos de administración colegiados: se llamará a todos ellos al proceso y, en el seno y a la velocidad de este, se depurarán responsabilidades.

Pues bien, la admitida posibilidad de perseguir a los *compliance officers* por los delitos dolosos o imprudentes cometidos en el seno de la persona jurídica merecería un análisis específico que, por sus múltiples implicaciones, escapa del ámbito del presente artículo. Sin embargo, me gustaría dejar brevemente apuntados los riesgos que, a mi juicio, tal posibilidad entraña:

Primero.- La desconfianza de la Fiscalía frente al sector empresarial corre el riesgo de traducirse en el

sistemático encausamiento del órgano de supervisión por los delitos cometidos por empleados, directivos, administradores y terceros contratados, basada en la presunción de una indebida ejecución de los controles corporativos o, incluso, la existencia de deficiencias en el modelo (*post hoc, propter hoc*).

El encausamiento del *compliance officer* como sujeto responsable del hecho base en comisión por omisión implicará su participación delictiva y, por tanto, en los términos de la Circular 1/2016, la ineficacia del modelo. En efecto, ¿qué sistema de cumplimiento puede ser considerado eficaz cuando es el estandarte mismo del cumplimiento normativo el que se halla envuelto en actividades delictivas? Lo anterior implica la posible condena de la persona jurídica por una triple vía: a) por transferencia del delito de la persona física autora del hecho base; b) por transferencia del delito del *compliance officer*; y c) por inaplicación de la exención de responsabilidad penal derivada de la ineficacia del modelo de organización y gestión derivada de la implicación delictiva del *compliance officer*.

Segundo.- La conclusión anterior genera un riesgo añadido: que el análisis coste-beneficio se decante por no implementar sistemas de cumplimiento realmente eficaces. En efecto, si la realización de un modelo de cumplimiento no es suficiente y lo esencial es la cultura ética subyacente que aparece como subjetiva e indeterminada, si la persona jurídica puede ser encausada a través de la transferencia de una artificial imputación al *compliance officer* y si todo eso reduce al límite la posibilidad de quedar exentas de responsabilidad en caso de fallo del sistema, no es descartable un panorama en el que las empresas decidan no dedicar recursos al diseño e implementación de un modelo de organización y gestión eficaz por considerar insuficientes los incentivos para ello, precisamente a causa de la escasa probabilidad de resultar eximidas de responsabilidad en un posible procedimiento penal. Este escenario pondría de manifiesto el fracaso de la norma penal para motivar la adopción o el mantenimiento de comportamientos éticos en el mercado y fomentar un cambio de paradigma en el que la irresponsabilidad organizada dejara paso a la responsabilidad organizada. En caso de que tal análisis económico empresarial pudiera ser generalizado, es fácil advertir los efectos de tal círculo vicioso.

Tercero.- El alto riesgo de proceso aparejado a la condición de *compliance officer* podría conllevar serias dificultades para las empresas en los procesos

de selección de este perfil profesional. Y, al tiempo, estas dificultades no parecen venir justificadas por el hecho de que favorezcan un mayor o mejor desempeño de sus funciones por el *compliance officer*. En efecto, no resulta evidente que el peso de una posible sanción penal de carácter personal (además de la posible sanción disciplinaria impuesta por la persona jurídica) sobre los integrantes del órgano de supervisión vaya a favorecer la eficacia en su trabajo en mayor medida que lo hace la posibilidad de que, por un insuficiente ejercicio de sus funciones, la persona jurídica pueda ser sancionada penalmente como partícipe en un delito, especialmente a la vista de las gravosas penas previstas por el Código penal para estas últimas.

Cuarto.- Del mismo modo que se identifica a la persona jurídica con sus administradores, atribuyéndole las decisiones de estos, resulta difícil deslindar los hechos del *compliance officer* de los de la persona jurídica. Al fin y al cabo, el órgano de supervisión nombrado por el órgano de administración encarna el mecanismo corporativo de control del modelo. En muchas ocasiones, la eficacia de la estructura de prevención podrá ser valorada a través de las actividades de control desarrolladas por el *compliance officer* y, precisamente por ello, la intervención de ambos en el procedimiento penal difícilmente va a tener distinto fundamento o va a basarse en hechos distintos.

Desde la introducción del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, el mecanismo de transferencia del delito del subordinado a la empresa para el castigo de esta última mediante una sanción penal ha puesto en entredicho principios básicos de nuestra disciplina, como el principio de culpabilidad o el de personalidad de las penas. Pues bien, ello tiene riesgo de suceder con una mayor intensidad incluso con la transferencia del delito omisivo del *compliance officer* a la persona jurídica: ¿cuál será el hecho diferencial que permitirá castigar penalmente a ambos? La quiebra de los deberes de control implicará la ineficacia del modelo y la responsabilidad penal de la persona jurídica y, al tiempo, la participación omisiva del *compliance officer* en el delito del subordinado. Con ello, existe un claro riesgo de castigar dos veces por lo mismo, sin perjuicio de la posibilidad legal de modular las penas a imponer.

Todo lo anterior aconseja realizar un profundo análisis a los efectos de determinar la pertinencia o impertinencia de procesar a los *compliance officers* por los delitos cometidos «*on their watch*».