

CUESTIONES CONTROVERTIDAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL PROCESO PENAL Y LA EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

María Concepción RAYÓN BALLESTEROS
Profesora del Departamento de Derecho Procesal
y Derecho Penal Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
mariaconcepcionrayon@gmail.com

RESUMEN

En esta comunicación al Congreso se detallan algunas cuestiones procesales interesantes, a efectos prácticos, sobre los programas de cumplimiento penal y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, e igualmente se destacan las sentencias más relevantes del Tribunal Supremo dictadas al respecto.

Palabras clave: compliance, compliance officer, planes de cumplimiento penal, proceso penal, responsables de cumplimiento, responsabilidad penal de las personas jurídicas.

ABSTRACT

By the current communiqué to Congressmen we detail several interesting procedural issues on a practical note on penal law accomplishment programs together with penal liability of legal parties in Spain and we also highlight the most relevant sentences penned by the Supreme Court.

Keywords: compliance, compliance officer, penal compliance programs, penal procedure, compliance responsible parties, penal responsibility of legal subjects.

ZUSAMMENFASSUNG

In dieser Veröffentlichung für das spanische Parlament werden einige interessante Verfahrensfragen im Hinblick auf die Praxis detailliert erörtert: über die Programme zur Straferfüllung und die Strafverantwortung juristischer Personen in Spanien. Ebenso werden die wichtigsten diesbezüglichen Gesetze der Obersten Gerichtshofs hervorgehoben.

Schlüsselwörter: compliance, compliance officer, pläne zur strafferfüllung, strafverfahren, verantwortliche der strafferfüllung, strafverantwortung von juristischen personen.

SUMARIO: I. REGULACIÓN LEGAL SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.—II. LAS RECOMENDACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO EN LA CIRCULAR 1/2016 SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.—III. LA NECESIDAD DE ESTABLECER PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PENAL EFECTIVOS.—IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCESAL SOBRE LOS PLANES DE CUMPLIMIENTO PENAL.—V. PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES DEL TRIBUNAL SUPREMO.—VI. CONCLUSIONES.

I. REGULACIÓN LEGAL SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo en el ordenamiento jurídico español de forma paulatina desde 1995, para dar cumplimiento a las recomendaciones internacionales en este sentido, y con reformas legales sucesivas sin apenas tiempo para evaluar la eficacia de tan novedosa normativa. Así, en 1995 se introducen las «consecuencias accesorias» del art. 129 del Código Penal (CP); en 2003 se introduce el art. 31.2 CP a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre; en 2010 se regula expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la Ley Orgánica (LO) 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal en sus arts. 31 bis, 33.7 y 67; con posterioridad, la LO 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, incorpora algunas modificaciones de la LECrim. teniendo en cuenta la existencia de una persona jurídica como eventual autora de un delito en el proceso penal; un año más tarde, la LO 7/2012, de 27 de septiembre, modifica el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, e incluye también en el art. 31 bis, dentro del régimen general de responsabilidad de las personas jurídicas, a los partidos políticos y sindicatos, que inicialmente estaban excluidos; finalmente, en 2015 la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, establece las siguientes novedades destacables:

- Introduce una mejora técnica generalizada en la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica con el objetivo de delimitar el contenido del «debido control».
- Amplía el ámbito de responsabilidad penal de la persona jurídica a los actos de cualquier persona con capacidad decisoria o facultades organizativas o de control.

- Reconoce expresamente, como causa de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, el establecimiento de un programa de *compliance* penal (art. 31 bis, núm. 2, CP).
- Determina en el art. 31 bis, núm. 5, los requisitos de los programas de *compliance* penal para ser adecuados y funcionar de forma eficaz.
- Introduce el art. 31 ter, que establece la exigibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siempre que se constate la comisión del delito por quien ostente cargos o funciones de representación.
- Mantiene las circunstancias de atenuación de la pena (*numerus clausus*): introducción del art. 31 quater.
- Establece que la responsabilidad penal no será aplicable al Estado y Administraciones Públicas, pero sí a determinadas sociedades mercantiles estatales.
- Regula la cancelación para los antecedentes penales de las personas jurídicas y de las consecuencias accesorias impuestas.

Los elementos configuradores del tipo penal, en el art. 31 bis del Código Penal para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, son los siguientes: haber realizado una conducta delictiva «en nombre o por cuenta de la misma, y en su beneficio directo o indirecto», bien por sus representantes legales o directivos, bien por alguno de sus empleados, habiendo fallado en este caso las medidas de «supervisión, vigilancia y control» que debió adoptar para evitar la comisión del hecho delictivo.

Actualmente, la persona jurídica puede cometer cualquiera de los siguientes delitos que se enumeran taxativamente por el legislador: 1. Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis). 2. Trata de seres humanos (art. 177 bis). 3. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (arts. 187-189 bis). 4. Descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197-197 quinquies). 5. Estafa (arts. 248-251 bis). 6. Frustración de la ejecución (arts. 257-258 ter). 7. Insolvencias punibles (arts. 259-261 bis). 8. Daños informáticos (arts. 264-264 ter). 9. Delitos relativos a la propiedad intelectual (arts. 270-272 y 288). 10. Delitos relativos a la propiedad industrial (arts. 273-277 y 288). 11. Delitos relativos a los secretos de empresa (arts. 278-280 y 288). 12. Delitos relativos al mercado y a los consumidores (arts. 281-286 y 288). 13. Delitos de corrupción en los negocios (arts. 286 bis-286 quáter y 288). 14. Blanqueo de capitales (arts. 301 y 302). 15. Delitos de financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis).

16. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305-308 bis y 310 bis). 17. Falsedad contable (arts. 310 y 310 bis). 18. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis). 19. Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319). 20. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325-328). 21. Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343). 22. Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.1 a 3). 23. Delitos contra la salud pública, alimentarios y farmacéuticos (arts. 359-365 y 366). 24. Delitos contra la salud pública, tráfico de drogas (arts. 368-369 y 369 bis). 25. Falsificación de moneda (art. 386). 26. Falsificación de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje (art. 399 bis). 27. Cohecho (arts. 419-427 y 427 bis). 28. Tráfico de influencias (arts. 428-430). 29. Delitos de discriminación (arts. 510 y 510 bis). 30. Financiación del terrorismo (art. 576). 31. Delito de contrabando (Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando).

Hoy en día el delito más frecuente en este ámbito se relaciona con la apropiación indebida de activos, aunque el ciberfraude en el que intervienen las nuevas tecnologías pronto se pondrá a la cabeza, según nos aseguran los expertos.

En todo caso, hay que destacar que la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la responsabilidad penal personal de la persona física que comete el delito, sino que son acumulativas de acuerdo con la interpretación mayoritaria del Tribunal Supremo, de tal manera que la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, e incluso aunque dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia (art. 31 ter CP). Además, la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica que ha cometido un delito no extingue su responsabilidad penal, pues se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme en la proporción correspondiente.

En todo caso llama la atención que una reforma penal sustantiva de tan enorme calado no haya venido acompañada, desde un principio, de la necesaria reforma procesal que pudiera resolver los numerosos problemas de interpretación que se iban a plantear en la práctica, dado que nuestro sistema procesal penal se encuentra diseñado para personas físicas.

II. LAS RECOMENDACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO EN LA CIRCULAR 1/2016 SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La Fiscalía General del Estado destaca que es esencial la interpretación de las cuestiones que se suscitan en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que el Anteproyecto de Ley no pasó ni a informe del Consejo Fiscal ni del Consejo General del Poder Judicial. Su posición es relevante, pues adelanta algunos aspectos de valoración de los Programas de Cumplimiento que pueden concretarse en los siguientes:

- El programa debe ser individualizado, aplicable a la naturaleza, tamaño y actividad de la persona jurídica en cuestión y los riesgos a que se encuentra sometida.
- Se hace necesaria una evaluación inicial de los riesgos para cada empresa para concretar el nivel de riesgo de directivos y empleados.
- Se valorará positivamente la existencia de certificaciones externas de cumplimiento del modelo, aunque no suponen acreditación por sí mismos.
- La revisión periódica del modelo dependerá de las circunstancias de la propia empresa.
- Considera que es conveniente externalizar el servicio de establecimiento del plan de prevención de delitos, lo cual asegura una «mirada no viciada» y la formación adecuada a directivos y empleados; además, la externalización del canal de denuncias garantiza independencia y confidencialidad.
- Con independencia de que el órgano de supervisión y control sea interno, se considera buena práctica la existencia de asesores externos dando soporte al modelo.
- En los grupos de empresas se considera buena práctica que haya órganos de control distintos en cada empresa.

Y uno de los aspectos más relevantes es que resulta determinante la automatización y generación de evidencias en relación con la efectiva implementación de programas de cumplimiento penal, tal y como vamos a tener ocasión de referir seguidamente.

III. LA NECESIDAD DE ESTABLECER PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PENAL EFECTIVOS

Los programas de cumplimiento o *compliance programm* instauran un sistema completo de control preventivo que garantiza el cumplimiento de la legislación y de los protocolos de actuación necesarios, para evitar la comisión de hechos delictivos en el seno de la persona jurídica. Generalmente estos programas se apoyan en una plataforma tecnológica, más o menos potente, que, a modo de repositorio documental y con la máxima exhaustividad, detallan los procesos internos de negocio de la empresa y dejan constancia de las evidencias en cuanto a las medidas implementadas para evitar la comisión de hechos delictivos. Los programas de cumplimiento son dirigidos y controlados por un responsable concreto, al que se viene denominando habitualmente con su terminología anglosajona *compliance officer* o responsable de cumplimiento.

El *corporate compliance programm* o programa de cumplimiento es un protocolo integrado estatutaria y jerárquicamente en la persona jurídica, autoimpuesto de forma voluntaria, que sirve para evitar responsabilidad penal por conductas delictivas de sus administradores, directivos y personal que puedan poner en riesgo a la misma, y consta de herramientas de identificación, análisis, tratamiento y evaluación de los riesgos, además de con un código ético, un canal de denuncias, un protocolo de investigaciones internas, los controles generales y específicos que sean necesarios, un catálogo de medidas tendentes a evitar el incumplimiento de las normas por parte de los miembros de una empresa y un régimen sancionador. El programa de cumplimiento debe ser aprobado y firmado por el consejo de administración para comprometer a la sociedad, debe informarse sobre el mismo al comité de empresa y debe crearse un órgano de vigilancia y control del modelo para la revisión y vigilancia del cumplimiento.

Para la correcta elaboración del programa de cumplimiento, que debe ser específico para cada persona jurídica, huyendo de estandarizaciones, se deben tener en cuenta aspectos particulares como el sector empresarial, los servicios o productos que ofrece, los valores de la empresa, la necesidad de prevenir la actividad delictiva o sus efectos, las consecuencias económicas y sociales para los trabajadores, las sanciones en caso de incumplimiento, etc. En general podemos destacar que se introducen descripciones, conceptos y aspectos más propios de la terminología mercantil y que ya son utilizados por la doctrina penal.

En todo caso, el modelo de programa de cumplimiento debe incorporar los siguientes requisitos de forma personalizada, sencilla y por escrito:

- Evaluación de riesgos para identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los ilícitos.
- Existencia de mapa de riesgos.
- Establecimiento de procesos para la toma de decisiones y de ejecución de las mismas con identificación de los responsables.
- Políticas, procedimientos y controles para prevenir, mitigar y/o sancionar cualquier riesgo criminal detectado.
- Obligación de reportar cualquier riesgo potencial o actividades no conformes al oficial/comité de cumplimiento (es decir, necesidad de implementar canales de denuncia de irregularidades).
- Sistema de gestión financiera para prevenir la comisión de los delitos identificados.
- Sistema disciplinario para sancionar cualquier violación del modelo de gestión.
- Verificación periódica y cambios en el modelo si se descubren violaciones significativas.

Para conseguir todo ello de forma adecuada, las fases para la correcta elaboración y puesta en marcha de un plan de cumplimiento son las siguientes:

- Creación y planificación.
 - Concreción de objetivos del plan y estudio de las normas aplicables.
 - Compromiso de la dirección.
 - Evaluación de los riesgos y diagnóstico de la situación.
 - Planificación de los órganos de gobierno y del equipo directivo que participará en el diseño y seguimiento del plan.
- Elaboración, desarrollo e implantación.
 - Análisis y gestión de los riesgos penales.
 - Elaboración de los programas.
 - Establecimiento de la política de seguimiento de riesgos penales.
 - Puesta en marcha de las medidas de control.
 - Implantación de los procedimientos de apoyo para investigar, gestión del canal de denuncia, implementación de un código de conducta, establecimiento de un sistema disciplinario para los supuestos de infracciones, etcétera.

- Establecimiento de los canales de comunicación.
- Comunicación, formación y sistemas de control.
 - Formación y concienciación sobre prevención de delitos.
 - Plan de comunicación interno y externo.
- Monitorización y evaluación del plan.
 - Monitorización y revisión del plan.
 - Planificación de auditorías internas de cumplimiento.
 - Análisis de funcionamiento del plan para implementar mejoras continuas.
 - Revisión por la dirección.
 - Elaboración de plan de mejora continua con retroalimentación para que se lleven a cabo las mejoras.

La justificación de la existencia de estos programas no solamente es evitar riesgos penales, consiguiendo su exención o atenuación, sino también muchas otras ventajas como: generar una cultura ética empresarial del cumplimiento; evitar el daño reputacional con el consiguiente deterioro de imagen; evitar la pérdida de confianza de accionistas, proveedores y clientes; evitar la dificultad de obtener financiación ajena; conservar el talento de los empleados; etcétera.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCESAL SOBRE LOS PLANES DE CUMPLIMIENTO PENAL

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, existen cuestiones controvertidas, desde el punto de vista procesal, sobre la eficacia de los programas de cumplimiento penal y la actuación del responsable de cumplimiento, la prueba de la eximente de responsabilidad penal, la posición jurídica de la persona jurídica durante la fase de instrucción, entre otras. Destacamos, por su relevancia, las siguientes cuestiones concretas:

- Cómo y cuándo se considera instaurada la cultura ética corporativa y el apoyo de la alta dirección al programa de cumplimiento y a las funciones del responsable de cumplimiento.
- Cuál es la finalidad de la fase de instrucción cuando se investiga un delito corporativo, particularmente teniendo en cuenta si la presunción de inocencia también ampara a las personas jurídicas.

- Cuál es el momento procesal en el que despliega su efecto el plan de cumplimiento para exonerar o atenuar la responsabilidad penal a la persona jurídica.
- Cómo y quién lleva a cabo la representación de la persona jurídica en el proceso penal por delito corporativo.
- Cómo y quién fija las líneas de actuación y defensa para la persona jurídica y su representante imputado dada la especial atención por posibles conflictos de intereses entre ambas partes.
- Qué valor tienen las declaraciones realizadas por las partes en el seno del proceso penal y, en este sentido, cuál es el papel y el valor de la declaración del *compliance officer* en el proceso por delito corporativo.
- Cómo se prueba la existencia y vigencia de los programas de *compliance*.
- Qué efectos produce la falta de colaboración de la empresa imputada en el proceso penal en la aportación de documentos.
- A quién corresponde la carga de la prueba de demostrar que el modelo de prevención es idóneo y así aplicar la causa absolutoria o atenuante de responsabilidad penal.
- Qué requisitos deben reunir los modelos de cumplimiento para que sean efectivos, transversales y adaptados a la realidad de la organización.

Todos estos aspectos resultan fundamentales en el seno del proceso penal para determinar la responsabilidad, atenuación o exención de responsabilidad de la persona jurídica. Son cuestiones, todas ellas, complejas, que requerirán análisis e interpretación jurisprudencial y doctrinal.

V. PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en una veintena de ocasiones, aproximadamente.

Como señala el fundamento jurídico 5.º de la Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo, en un supuesto de estafa a una sociedad inmobiliaria: «En pocas materias como la que ahora nos ocupa, las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate permanece 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. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal solo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema».

Nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en contadas ocasiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Va concretando aspectos relevantes que deben ser destacados por su importancia. Seguidamente señalamos algunos de ellos que nos han parecido más relevantes en relación con los programas de cumplimiento penal:

STS 514/2015, de 2 de septiembre, que es la primera sentencia del TS que se refiere a la regulación del art. 31 bis CP sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque no profundiza sobre el sistema de responsabilidad aplicable, enfatiza la necesidad de que los próximos pronunciamientos no se aparten de los principios informadores e inspiradores del Derecho penal.

STS 154/2016, de 26 de febrero, que es una sentencia de gran relevancia, contando con un voto particular firmado por siete magistrados, en la que se tratan cuestiones de índole procesal y de índole sustantiva y resuelve, entre otros, los aspectos siguientes:

- Exigencia de la previa comprobación de la efectiva comisión de un delito por parte de una persona física integrante de la persona jurídica.
- Exigencia de adopción y correcto cumplimiento de las medidas de control para la aplicación de la exención de responsabilidad penal del art. 31 bis CP.
- Imposibilidad de utilizar las llamadas sociedades pantalla.
- Esta sentencia sostiene por mayoría de votos en relación con la carga de la prueba (es una cuestión muy controvertida que entra en colisión directamente con el criterio de la Circular 1/2016 de la FGE) que: «corresponde a la acusación acreditar lo que considera el núcleo de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que consistiría en la ausencia de una cultura de respeto al Derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas que la inte-

gran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal, como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica».

El voto particular discrepa en cuanto a la vulneración del principio de contradicción, la ausencia de cultura de control como elemento del tipo objetivo y la exención de responsabilidad penal y su prueba.

STS 221/2016, de 16 de marzo, que profundiza en el concepto del denominado «delito corporativo», declara que la persona jurídica ostenta el derecho a la presunción de inocencia y señala la importancia del conflicto de intereses entre la persona física a la que se atribuye el delito y la persona jurídica que se condena.

STS 516/2016, de 13 de junio, que destaca que la acusación debe probar la responsabilidad propia de la entidad consistente en un defecto de cumplimiento del programa y aborda en profundidad la independencia existente entre la responsabilidad de la persona física que comete el delito y la responsabilidad penal de la persona jurídica «respondiendo cada una de su propia responsabilidad».

STS 744/2016, de 6 de octubre, que se pronuncia sobre determinados aspectos procesales con vistas a aclarar la posición de una persona jurídica en el procedimiento y declara la nulidad de todas las actuaciones procesales anteriores al haberse dirigido la instrucción de la causa contra la propia persona jurídica, y no contra la persona física representante legal de la misma.

STS 827/2016, de 3 de noviembre, que resuelve acerca de aspectos procesales producidos como consecuencia de la no diferenciación de la condición personal de los investigados en relación con la representación inherente al cargo de administrador.

STS 31/2017, de 26 de enero, que declara la responsabilidad civil subsidiaria de una empresa por un delito de administración desleal de su representante legal y aborda la necesidad de evitar conflictos de intereses entre la persona física y la jurídica investigadas, debiendo disponer de representación independiente.

STS 121/2017, de 23 de febrero, que declara que los delitos de los trabajadores no están incluidos en los delitos imputables a las personas jurídicas.

STS 445/2017, de 21 de junio, que destaca que la responsabilidad penal de la persona física es autónoma de la del ente social. Señala que

para que la acción de la persona física origine la responsabilidad de la persona jurídica, es necesario que esté actuando en beneficio de la sociedad. Y como indica textualmente la propia sentencia: «Hemos negado la existencia de un extravagante litisconsorcio pasivo necesario entre la persona jurídica y la persona física, recordando la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica frente a la que es predicable del directivo o empleado que comete el delito».

STS 583/2017, de 19 de julio, cuyo enfoque recuerda a la STS 154/2016. Entre otros aspectos, aborda minuciosamente los distintos elementos del tipo delictivo que se precisan para que surja responsabilidad penal de la persona jurídica.

STS 668/2017, de 11 de octubre, que aborda, principalmente, la necesidad de constatar que la persona jurídica no ha adoptado medidas eficaces tendentes a evitar las conductas delictivas para que se pueda proclamar su responsabilidad penal. Recuerda también que el modelo de responsabilidad penal para las personas jurídicas debe sustentarse en los mismos principios informadores del Derecho penal aplicables para condenar personas físicas, esto es «que se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio».

STS 2947/2018, de 18 de julio, que define claramente el concepto programa de *compliance* «como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo les permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados».

STS 330/2019, de 5 de febrero, que mantiene que «la introducción de un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, esos *corporate compliance*, en la terminología anglosajona, pueden operar como causa exoneradora de la responsabilidad penal de la persona jurídica; pero no pueden afectar en principio ni a las responsabilidades civiles; ni menos aún a la responsabilidad penal de las personas físicas responsables de delitos dolosos cometidos en el seno de una empresa».

STS 1210/2019, de 9 de abril, que insiste en la importancia de contar con los modelos o programas de cumplimiento normativo de *compliance ad intra* y destaca que no disponer de estos modelos de *compliance* genera, en los casos de la delincuencia *ad extra* de directivos y empleados *ex art. 31 bis CP*, «su responsabilidad penal, pero no podemos concluir que la carencia de estos programas provoca la exoneración de responsabilidad

en casos de estafa por haber sometido a la propia empresa a la autopuesta en peligro que desplaza el «engaño bastante» a la víctima del delito, pero sí hay que insistir en que estos programas de *compliance* reducen el riesgo de que ello ocurra y con el paso del tiempo debe existir la extensión de esta filosofía de uso para autoprotegerse de este tipo de situaciones en donde se comprueba una mayor facilidad para perpetrar este tipo de actos de falsedad de documento mercantil y estafa».

Las decisiones del Tribunal Supremo van conformando la responsabilidad por «delito corporativo» y la eficacia de los programas de cumplimiento penal en el seno del proceso.

VI. CONCLUSIONES

Hay que destacar la necesidad real que tienen las empresas, cualquiera que sea su tamaño, sector de dedicación y ubicación en nuestro territorio, para instaurar la cultura del cumplimiento en su funcionamiento y para atenuar o eximir su responsabilidad penal en su caso. Disponer de un sistema de cumplimiento basado en normas de referencia, auditado y certificado por terceros, con su respectivo código ético, su canal de denuncias y su régimen disciplinario, será un apoyo de gran solidez en el proceso penal para demostrar que se ha hecho todo lo posible para evitar la perpetración de un hecho delictivo en el seno de la empresa.

En el caso de que la persona jurídica se viera inmersa en un proceso penal deberá probar la eficacia del plan para prevenir la comisión de hechos delictivos cuando, precisamente, el plan no ha funcionado de forma adecuada y no ha cumplido su función. En este sentido resultará relevante probar una inversión económica adecuada y proporcionada al tamaño de la empresa para llevar a cabo su respectivo plan de cumplimiento, que el plan cuenta con todos los elementos que hemos comentado en este breve artículo, que funciona el canal de denuncias y el régimen disciplinario, que se ha realizado la formación y las auditorías para implementar adecuadamente el plan, que el *compliance officer* ha analizado y diseñado convenientemente el plan de cumplimiento y que despacha con los verdaderos responsables de la persona jurídica para tomar las medidas adecuadas de vigilancia y control, y lo más importante de todo, deberá contar con evidencias que acrediten todo ello.

Sobre los requisitos del programa de cumplimiento hay que destacar también que existen certificaciones sobre idoneidad del modelo de

sistemas de gestión del *compliance* como la ISO 37001 – UNE 19601, la UNE 19602 de *compliance* tributario y la ISO-22301:2012 de continuidad del negocio, lo cual asegura la idoneidad, la independencia, imparcialidad y objetividad del programa de cumplimiento. En relación con riesgos más específicos podemos citar: la ISO 37001 de Gestión Antisoborno; la OHSAS 18001 de Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo; la ISO 27001 de Sistemas de Gestión de Riesgos y Seguridad, y la ISO 14001 de Sistemas de Gestión Ambiental. Sin embargo, estas certificaciones no sustituyen la valoración del sistema que debe realizar el órgano judicial y que valorará también el compromiso y la implicación del órgano de administración y los principales ejecutivos y directivos, la gravedad de la conducta, el número de implicados, la duración de la actividad criminal, los informes de cumplimiento presentados por la empresa, la investigación interna llevada a cabo para el descubrimiento del delitos, la colaboración con la investigación, si hubo retraso en la denuncia de la conducta delictiva, si existió colaboración con la justicia durante la investigación o se mantuvo una actitud poco colaboradora u obstructiva, la existencia o no de anteriores procesos penales, la actuación de la persona jurídica tras la comisión del hecho delictivo, la restitución o reparación del daño, etcétera.

La persona jurídica inmersa en un proceso penal deberá probar igualmente que el *compliance officer* cuenta con los medios adecuados para realizar su función. En este sentido, la labor del *compliance* debe estar centrada en evitar la comisión de hechos delictivos contando con todo lo necesario para la supervisión, vigilancia y control.

Los medios de prueba de la eficacia del programa de cumplimiento y de las funciones del *compliance officer* son los habituales: documental, testifical y de especial relevancia la prueba pericial, si bien resulta muy relevante la elección del responsable procesal de la empresa, que tendrá que ser un gran conocedor de los mecanismos empresariales y de los aspectos procesales que le permitan encauzar adecuadamente la defensa.

Y para terminar, y como conclusión más importante, hay que destacar que el plan de *compliance* y el *compliance officer* no pueden ser meras formalidades que vengan impuestas por la legislación vigente, sino que deben tener un contenido real para que la empresa asuma la cultura del cumplimiento en su funcionamiento. En este sentido, el *compliance* debe ser más que una herramienta básica para la prevención de la comisión de hechos delictivos en el seno de la empresa, para convertirse en un compromiso con una verdadera cultura ética.