

COMPLIANCE Y POSICIÓN DE GARANTE: IMPUTACIÓN DE HECHOS DELICTIVOS AL COMPLIANCE OFFICER

Juan Francisco POZO TORRES

Máster en Derecho Penal
Universidad de Salamanca
jpozo@leal.com.ec

RESUMEN

A raíz de la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los programas de cumplimiento han surgido en el contexto del Derecho penal económico varios temas centrales, uno de ellos es: la responsabilidad penal del compliance officer. En el presente trabajo se aborda la figura del oficial de cumplimiento y cuáles son sus funciones. Se realiza una descripción de los presupuestos de responsabilidad penal individual en la actividad empresarial. Se analiza si el compliance officer es un delegado del empresario y si este tiene un deber de garantía para evitar u obstaculizar delitos comisivos de miembros de la organización. Así como los elementos que deben concurrir para considerar una eventual responsabilidad penal, en comisión por omisión, del compliance officer.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas, oficial de cumplimiento, *compliance*, delegación de funciones, responsabilidad penal del *compliance officer*, comisión por omisión.

ABSTRACT

In the wake of the inclusion of criminal responsibility of legal persons and compliance programmes, several main issues within the frame of Business Criminal Law have been raised, namely the criminal responsibility by Compliance Officers. In this piece of work we will approach the legal concept of Compliance Officers and their duties. We will study the necessary requirements to be claimed for Criminal Responsibility at business on a one-to-one basis. We will then look into the subject of Compliance Officers being company delegates and whether they need to put an end or to make it difficult for company members to commit crimes. Last but not least we will study the necessary requirements for likely criminal responsibilities by default on the part of Compliance Officers.

Keywords: Criminal Responsibility by Legal Persons, Compliance Officer, Compliance, Delegating, Criminal Responsibility by Compliance Officers, Default Commission.

ZUSAMMENFASSUNG

Durch die Einbeziehung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen und Compliance-Programmen haben sich im Rahmen des Wirtschaftsstrafrechts mehrere zentrale Fragen ergeben, eine davon ist: die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance-Officers. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Figur des Compliance Officers und seinen Aufgaben. Es erfolgt eine Darstellung der Annahmen zur individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei unternehmerischer Tätigkeit. Es wird analysiert, ob der Compliance-Beauftragte ein Beauftragter des Arbeitgebers ist und ob er eine Gewährleistungspflicht hat, Straftaten von Organisationsmitgliedern zu verhindern oder zu behindern. Sowie die Elemente, die vorhanden sein müssen, um eine mögliche strafrechtliche Haftung des Compliance-Beauftragten bei Begehung oder Unterlassung in Betracht zu ziehen.

Schlüsselwörter: Strafrechtliche Haftung juristischer Personen, Compliance-Beauftragter, Compliance, Delegation von Funktionen, strafrechtliche Haftung des Compliance-Beauftragten, Begehung durch Unterlassen.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FIGURA DEL COMPLIANCE OFFICER.—III. INICIO: PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.—1. Deber de garantía originario: empresario/administrador.—2. Delegación de funciones: transferencia de deberes de garantía.—3. Deber de garantía residual por parte del empresario/administrador.—IV. IMPUTACIÓN DE HECHOS DELICTIVOS AL COMPLIANCE OFFICER.—1. Delegación de funciones al *compliance officer*: ¿es garante?—2. Presupuestos de responsabilidad penal del *compliance officer*.—3. Casos puntuales de responsabilidad penal del *compliance officer*: incumplimiento de deberes de supervisión, vigilancia y control de riesgos penales.—V. CONCLUSIONES.—VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que ha despertado la atención del Derecho penal en los últimos años es, sin duda, la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante, RPPJ); aquello es consecuencia de que ha provocado un seísmo de los presupuestos clásicos de la responsabilidad penal y, además, permite ver una derivación de temas jurídicos nuevos que merecen tomarse en cuenta. Después de varios años de discusión de carácter dogmático y político criminal, se incorpora este tipo de responsabilidad penal en el ordenamiento jurídico español a consecuencia de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Con ello surge también el interés en otro tema relevante: los programas de cumplimiento normativo para las empre-

sas (*compliance programs*) y qué aportan estos al Derecho penal; aquella inquietud es consolidada con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo¹.

Así, se puede mencionar que la RPPJ y el *compliance* vienen a adquirir un papel relevante en el contexto de la discusión actual del Derecho penal (un tipo de «moda jurídica», por decirlo de algún modo). A raíz de estos dos temas surge una novísima figura en la realidad empresarial española solo conocida en el contexto de una normativa sectorial, la figura del oficial de cumplimiento o *compliance officer* (en adelante, CO), que se le puede corresponder, aunque no siempre, con el órgano establecido en el art. 31 bis.2.2.^a CP: «La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica».

Al surgir la figura del CO también surgen inquietudes desde la *praxis* (bastante comprensibles) hacia aquellas personas que, a partir de las reformas penales citadas *ut supra*, las empresas han contratado y asignado como encargadas del cumplimiento normativo u oficiales de cumplimiento en sus estructuras. Aquellas dudas básicamente son: si el CO en el ejercicio de su cargo puede tener eventualmente responsabilidad penal cuando no lo realice adecuadamente o cuando infrinja los deberes de supervisión, vigilancia y control de los riesgos penales encomendados por su empleador (empresario). Es decir, debemos plantearnos si el CO tiene un deber de garantía en la empresa de evitación de delitos y en qué casos debe responder en el ámbito penal.

Esta cuestión no puede ser analizada sin pasar por alto ciertos presupuestos básicos de responsabilidad penal que están en la base de las siguientes preguntas: ¿el CO puede ser responsable penalmente por delitos de terceros?, ¿tiene un deber de garante?, ¿puede una persona ser responsable penalmente por no evitar hechos delictivos de terceros? y si es

¹ Los *compliance programs* tienen su origen en el fenómeno de la autorregulación, que consiste en que las organizaciones se autoimpongan normas internas de conducta; teniendo en cuenta la intervención o no del Estado se puede hablar de autorregulación regulada o voluntaria. Estos programas están compuestos de medidas que tienen la finalidad de que la empresa y sus empleados cumplan con la legislación vigente y que se pueda descubrir y sancionar las infracciones en el interior de su seno. Cfr. L. KUHLEN, «Cuestiones fundamentales de *compliance* y Derecho penal», en L. KUHLEN, J. MONTIEL, e Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 51. Para el Código Penal, la implementación de *compliance programs* tiene una eficacia eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

afirmativa su responsabilidad penal ¿a qué título debe imputársele: autor o partícipe? Sin duda, las respuestas obligan a acudir a algo no nuevo en la literatura científica, en concreto, a la imputación de responsabilidades penales individuales en el marco de una estructura empresarial, y despiertan varias cuestiones tradicionales que se analizan en Derecho penal económico y de la empresa como son: comisión por omisión, deberes de garantía y delegación de funciones.

II. LA FIGURA DEL *COMPLIANCE OFFICER*

El término CO u oficial de cumplimiento, que mantiene más proximidad con el Derecho mercantil o societario, cada vez se usa con mayor frecuencia en los últimos años en el panorama del Derecho penal. Por lo que, antes de revisar una eventual responsabilidad penal del CO, es indispensable como estadio previo revisar su perfil y las funciones que le competen y ejerce.

Esta figura incipiente en el ordenamiento jurídico español viene a incorporarse a la realidad empresarial y es que solo en espacios muy específicos de normativa sectorial se la conocía². Se la conoce más por su anglicismo: *compliance officer*, y los términos usados en castellano son diversos para designarla, como, por ejemplo: oficial de cumplimiento, coordinador de prevención, oficial de ética, director de cumplimiento normativo... El anglicismo resulta más adecuado, ya que en el imaginario jurídico colectivo se le equipara con el aspecto específico de prevención de riesgos penales³.

No existe una disposición legal en el ordenamiento jurídico que profile con exactitud esta novel figura, así como las funciones específicas que le corresponden; una figura estrictamente interna de la empresa que tampoco es mencionada en la Ley de Sociedades de Capital. No es hasta la

² Pueden verse referencias a esta figura en el art. 28 del RD 2017/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, en el cual se establece, para estas empresas, «un responsable del cumplimiento» y una «unidad» para que se garantice la función de cumplimiento. Asimismo, en el art. 26 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales, se establece que las empresas deben contar con un «órgano de control interno» y un «responsable ante la SEPBLAC».

³ Cfr. A. LIÑÁN LAFUENTE, «El oficial de cumplimiento: su responsabilidad penal», en J. GÓMEZ COLOMER (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, nota 2. El autor resalta, además, que el término en castellano antes de la reforma del CP de 2010 (LO 5/2010, de 22 de junio) era utilizado para designar un ámbito de alcance más amplio y para el cumplimiento de la normativa sectorial que regulaba determinadas empresas.

reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, donde de manera indirecta se la señala al momento de establecerse los requisitos que debe contener un programa de riesgos penales. Así, puede equiparse con el «órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control» (art. 31 bis.2.2.^a CP). Es el único punto de referencia que tenemos en el Código Penal para configurar esta figura.

Ahora bien, como ha sido señalado por la doctrina, si de algo goza esta figura es de un perfil heterogéneo⁴, ya que al hablar del CO se puede hacer alusión a un órgano unipersonal o a un órgano colegiado, que puede tener solo funciones de coordinación de empleados o funciones ejecutivas (o ambas), o incluso puede ser que esta figura no exista en el interior de la empresa y que las funciones de vigilancia y control de riesgos penales estén delegadas directamente a uno o varios departamentos de la estructura empresarial (departamento financiero, departamento de auditoría, departamento de recursos humanos o personal, etc.). Esto nos hace ver que esta figura puede variar de una a otra empresa, y la misma suerte corren las funciones que pueden asignárseles. Pero algo que no hay que perder de vista es lo que ha manifestado Dopico Gómez-Aller: el hecho de que no exista esta figura no implica que la empresa este incumpliendo, así porque sí, sus deberes de vigilancia y control⁵.

Sin embargo, resulta más complejo delimitar estrictamente las funciones del CO teniendo en cuenta los deberes de supervisión, vigilancia y control que competen a las personas establecidas en el art. 31 bis CP, y pudiendo ser delegadas estas al CO (como veremos más adelante). Podemos mencionar que le compete de manera general estas funciones: supervisión, vigilancia y control de riesgos penales.

Pero para ser más estrictos, solo pueden entenderse las funciones que puede o podría tener un CO enlazándolo con los programas de cumpli-

⁴ Vid. E. GUTIÉRREZ PÉREZ, «La figura del *compliance officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal», *Diario La Ley*, núm. 8653 (2015), p. 2; J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica», en L. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 168; R. ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento (*compliance officer*) ante el Derecho penal», en J. SILVA SÁNCHEZ (dir.) y R. MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 320, y J. LASCURAÍN, «Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)», en S. MIR PUIG, M. CORCOY y V. GÓMEZ (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2014, pp. 327 y ss.

⁵ Cfr. J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer*...», *op. cit.*, p. 168.

miento (*compliance programs*). Así, un verdadero alcance de sus obligaciones se puede observar en la implementación en sentido amplio de los programas. Un CO puede intervenir en tres etapas de un programa de prevención de riesgos penales: *a)* diseño del programa, *b)* implementación del programa y *c)* control y seguimiento del programa⁶. Estas etapas resultan importantes, ya que en cada una de ellas el CO realiza actividades, por lo que su grado de intervención en cada una permite considerar o no su eventual responsabilidad penal.

Como hemos mencionado, una figura bastante interna de la empresa de difícil configuración. Su poca uniformidad tiene consecuencias en su responsabilidad penal, por lo que su eventual sanción se vuelve una cuestión tópica (del caso concreto). Difícilmente pueden realizarse afirmaciones generales sobre si el CO tiene posición de garante en la empresa o toma de posturas de cómo valorar su omisión⁷.

Lo expuesto nos remite a un análisis del contenido del deber de garantía del CO y cómo adquiere el mismo por delegación del empresario/administrador. En consecuencia, pasamos a revisar estos puntos.

III. INICIO: PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Sin duda, en la economía de libre mercado actual la mayor protagonista resulta ser la persona jurídica, que generalmente es la figura societaria con estructura mercantil. La misma que suele llegar a niveles de crecimiento que la convierte en una organización compleja, con división de trabajo horizontal y con cadenas de mando jerarquizadas verticalmente. Dentro de estas organizaciones complejas se presentan ciertos problemas cuando ocurre un delito propio de la actividad empresarial, a saber: dificultades en la responsabilidad penal individual para quienes son parte de la organización.

⁶ En este sentido *vid.* R. ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento...», *op. cit.*, p. 320; M. BERMEJO y O. PALERMO, «La intervención delictiva del *compliance officer*», en L. KUHLEN, J. MONTIEL, e Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 182, y A. LIÑAN LAFUENTE, «El oficial de cumplimiento...», *op. cit.*, p. 351.

⁷ Cfr. J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer*...», *op. cit.*, p. 169, e *ídem.*, «Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer* tras la reforma penal de 2015», en J. FRAGO AMADA, *Actualidad Compliance 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 217.

La conducta de la persona individual tiene repercusión en la estructura societaria de dos maneras: por un lado, la comisión de un delito (indiferente si es comisivo u omisivo) por parte de uno de los integrantes de la empresa, según el ordenamiento jurídico español, constituye un presupuesto para desencadenar la RPPJ, y, por otro, funciona como forma de delimitación de la responsabilidad penal individual de los integrantes inmersos en la organización.

En lo que sigue, es importante conocer si existen deberes de garantía en el ámbito empresarial que consistan en evitar delitos por parte del empresario. Esto nos lleva a situarnos en el «mundo» del delito de comisión por omisión (omisión impropia) y a analizar sus presupuestos dentro de la actividad de la empresa.

1. Deber de garantía originario: empresario/administrador

Es dominante en la doctrina la idea de que el empresario o los superiores jerárquicos en la estructura empresarial ostentan un deber jurídico especial (deber de garantía) de evitación de los delitos que se realicen por sus subordinados en la actividad de la empresa⁸. El problema surge cuando se indaga en las causas del deber de garantía del empresario y cómo se articula su comisión por omisión.

La comisión por omisión se encuentra establecida en el art. 11 CP. Esta regulación necesita, para que un sujeto pueda ser responsabilizado penalmente por la no evitación de un resultado como si lo hubiera causado con su conducta activa, un «especial deber jurídico» del autor. Es decir, es indispensable este deber como presupuesto de las omisiones impropias, lo mismo que es un deber (o posición) de garante que constituye un deber especial de actuación que tienen determinadas personas en determinadas situaciones⁹.

⁸ Sin ánimo de exhaustividad *vid.* A. LINÁN LAFUENTE, «El oficial de cumplimiento...», *op. cit.*, pp. 347-377; J. LASCURAÍN, «Salvar al oficial Ryan...», *op. cit.*, pp. 301-336; J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer*...», *op. cit.*, pp. 165-189; R. ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento...», *op. cit.*, pp. 319-331; M. BERMEJO y O. PALERMO, «La intervención delictiva...», *op. cit.*, pp. 171-205; J. SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en L. KUHLEN, J. MONTEL, e Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 79-105; E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, México DF, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, 2017, y C. ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, t. II, Cizur Menor, Cívitas, 2014, pp. 895 y 896.

⁹ Cfr. D. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 587.

Para el establecimiento de cuándo y cuál es la causa que da origen a este determinado deber de garante tradicionalmente se ha recurrido a la ley, al contrato y al actuar precedente (injerencia) como fuentes formales. Las mismas que se encuentran establecidas en el art. 11 CP. Esta regulación, que no es del todo afortunada, conlleva varios problemas interpretativos y surge la duda de si las fuentes formales establecidas son las únicas vinculantes para una posición de garantía o si la disposición legal permite incluir otras. Se ha mencionado por la doctrina que el art. 11 CP es solo indicativo (orientativo o ejemplificativo) de las tipologías de fuentes de garantía y que esto no obstaculiza a considerar otras fuentes, ya que no se menciona de manera expresa que la ley, el contrato y la injerencia sean las únicas¹⁰.

La doctrina dominante, así como la jurisprudencia, ha abandonado la fundamentación de la posición de garante basándose en las fuentes formales; se la ha reconocido como una teoría antigua y ha sido abandonada porque no puede fundamentar, de manera convincente, el deber de garante, como tampoco da un contenido material al mismo. Dicho de otra manera, no explica con claridad —o no convincentemente— el por qué surge de la ley, del contrato o del actuar precedente «una responsabilidad penal por el resultado no evitado»¹¹. Frente a esta deficiencia presentada por la teoría de las fuentes formales, se reconoce como dominante en la doctrina la teoría inaugurada por Kaufmann¹², que brinda una fundamentación plausible entendiendo los deberes de garantía a partir de criterios materiales. En consecuencia, se entiende, y es ampliamente aceptado, que existen funciones de protección de bienes jurídicos y funciones de vigilancia y control de una fuente de peligros (teoría de las funciones). Y con ellas, dos tipos de garantes: *a*) garantes de protección de bienes jurídicos (o garante de custodia) y *b*) garantes de vigilancia y control de una fuente de peligro (o garante de aseguramiento). Sin embargo, para poder determinar que se trata de un auténtico deber jurídico y no meramente moral de actuación, y para evitar que los deberes de garante sean muy extendidos, compartimos lo señalado por varios autores sobre

¹⁰ En este sentido *vid.* F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 8.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 245, y D. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 596.

¹¹ En este sentido *vid.* H. JESCHECK y T. WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., Granada, Comares, 2002, p. 669, y C. ROXIN, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. II, pp. 848-851.

¹² Así, *vid.* ampliamente A. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 289 y ss.

que debe existir una conexión entre fuentes formales y materiales. En este sentido, creemos que un deber de garante debe identificarse con su razón o causa de origen (punto de vista formal) y el contenido de su función (punto de vista material)¹³.

Frente a lo expuesto, tenemos que encuadrar —si lo tiene— al empresario en algún deber de garantía. Podemos partir de que cualquier fundamentación sobre responsabilidad penal por comisión por omisión del empresario debe radicar en un principio general del sistema jurídico expresado en el sinalagma: «libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias»¹⁴. En otras palabras, el empresario, en el ejercicio de su libertad de organización, ha introducido en el mercado una empresa, por lo que asume el compromiso de hacerse responsable por las consecuencias que se deriven del establecimiento de la misma. Estas consecuencias pueden representar daños para bienes jurídicos de terceros, como, por ejemplo: una empresa de productos alimenticios que elabora productos nocivos o una empresa que vierte residuos en un río contaminando el agua.

En el ejercicio de su libertad de organización, el empresario, al introducir su actividad productiva en el mercado, puede considerarse que ostenta deberes de garantía como garante de protección y como garante de vigilancia de una fuente de peligros, manteniendo una doble dimensión (estos son deberes primarios u originarios). En primer lugar, es un garante protector de determinados bienes jurídicos, que consiste en evitar resultados lesivos para la propia empresa: sus trabajadores y su patrimonio (dimensión *ad intra*), y también le incumben deberes de evitación de resultados lesivos para terceros externos a la organización que se derivan de la actividad de los propios miembros de la empresa, convirtiéndose en un garante de vigilancia y control (dimensión *ad extra*)¹⁵. Este último es el que nos interesa en el presente trabajo. En este sentido, se comprende a la empresa como una fuente de riesgos y el empresario tiene el deber de garantía de evitar *outputs* (entiéndase como riesgos derivados de su actividad: produc-

¹³ *Vid.*, por todos, H. JESCHECK y T. WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 669, y D. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 607 y 608.(00)

¹⁴ Cfr. M. BERMEJO y O. PALERMO, «La intervención delictiva...», *op. cit.*, p. 180. De esta opinión también R. ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento...», *op. cit.*, p. 322; J. LASCURAIN, «La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales», en A. NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 173, y J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer*...», *op. cit.*, p. 169.

¹⁵ Cfr. J. SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de vigilancia...», *op. cit.*, p. 80.

tos nocivos, contaminación, etc.), ejerciendo una vigilancia y control sobre la fuente misma.

Surge la inquietud, y esto enlaza con nuestro trabajo, de si dentro del deber de vigilancia y control que tiene el empresario sobre la fuente de peligro está incluido el evitar la comisión de hechos delictivos realizados por sus empleados. La doctrina se ha mostrado favorable a esta inquietud. Sin embargo, surgen planteamientos negativos basados en la «autorresponsabilidad» o «la responsabilidad por el propio hecho» de los empleados, en cuanto que sujetos plenamente responsables, y que excluyen la responsabilidad de superiores jerárquicos. Frente a ello hay que mencionar que si bien el principio de responsabilidad por el propio hecho constituye un pilar fundamental del Derecho penal, este conoce ciertas excepciones establecidas en disposiciones legales del propio ordenamiento jurídico. Así, se reconocen deberes de vigilancia y control para evitación de delitos de empleados en los arts. 31 bis y 318 CP; esta objeción a lo máximo que puede aspirar es a discutir el tipo de imputación de autor o partícipe de quien omite evitar el delito¹⁶.

Otro punto a destacar es el alcance que tiene el deber de vigilancia y control del empresario: si consiste en evitar de modo genérico los hechos delictivos cometidos por sus subordinados o solo algunos. Se rechaza la consideración de que el empresario ostente un deber genérico de evitar delitos de sus empleados, ya que esto necesitaría una prescripción legal en este sentido¹⁷ y, en nuestra opinión, conllevaría una gran extensión del deber de garantía del empresario, lo que podría, en ciertos casos, constituir una responsabilidad objetiva basada en el simple hecho de estar en el vértice de la organización.

El empresario solo podrá ser responsable por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados cuando aquellos estén relacionados con la actividad de la empresa; quedando fuera aquellos delitos que no ten-

¹⁶ Cfr. J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer*...», *op. cit.*, p. 171. Sobre la compatibilidad del principio de autorresponsabilidad y el deber de garantía del empresario *vid.* E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión...*, *op. cit.*, pp. 82 y ss., quien menciona: «Resuelto lo anterior, el punto siguiente que debe abordarse es, por tanto, la compatibilidad de ambos principios: el de la propia responsabilidad [del subordinado] que ejecuta un hecho delictivo (*Eigenverantwortungsprinzip*) y el del deber de garante respecto a la vigilancia de fuentes de peligro. En este sentido es opinión absolutamente dominante que el primer principio no se contraponen con el deber del empresario de impedir que se cometan determinados hechos delictivos por los miembros de la empresa haciendo uso de determinadas fuentes de peligro que quedan bajo el poder de dominio del garante» (p. 84).

¹⁷ Cfr. E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión...*, *op. cit.*, p. 80.

gan vinculación con esta actividad (por ejemplo, delitos de sus empleados como hurtos y robos)¹⁸. Dopico Gómez-Aller considera que un núcleo incontrovertible lo constituyen los delitos que pueden generar RPPJ, así como aquellos relativos a producción de daños a bienes jurídicos individuales o colectivos¹⁹.

Es importante dejar claro que el sistema de RPPJ mantiene un *numerus clausus* en referencia a los delitos que generan responsabilidad. Sucede que, consciente o inconscientemente, el legislador olvidó preverla en ciertos tipos penales que pueden tener vinculación con la actividad de la empresa; en consecuencia, estos se ubican dentro del alcance del deber de evitación del empresario.

En resumen, cabe mencionar que el empresario es el que tiene un deber originario de garantía al ser él quien emprende, quien introduce la organización en el mercado y quien realiza la actividad productiva. Por ello es a él a quien le corresponde controlar los riesgos (*outputs*) derivados de una fuente de peligro; los mismos que también incluyen delitos cometidos por sus subordinados. Cabe advertir que, al no poder realizar por sí solo, por la complejidad de la organización, la vigilancia y control de la fuente de peligro, comúnmente se respalda en otras personas, delegando en ellas estos deberes originarios que le corresponden.

2. Delegación de funciones: transferencia de deberes de garantía

Resulta obvio mencionar que todos los deberes —no solo los de garantía— que les incuben y son exigidos a las empresas son realizados por personas físicas, al igual que las actividades para el funcionamiento del objeto social. Incluso las empresas con una estructura reducida (no digamos las organizaciones complejas), para realizar las actividades empresariales que les corresponden, acuden a una distribución de tareas; esto se explica porque al titular de la empresa le es imposible materialmente realizar cada una de ellas y debido a eso se apoya en subordinados para su consecución. Así, las tareas y competencias de la empresa se van distribuyendo desde los

¹⁸ Cfr. J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer*...», *op. cit.*, p. 181. Se habla también de «delitos vinculados al establecimiento» frente a «delitos cometidos con extralimitación»; solo los primeros generarían responsabilidad para el empresario. Vid. E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión...*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁹ Cfr. J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer*...», *op. cit.*, p. 181.

niveles jerárquicos más altos, pasando por los mandos medios, hasta llegar a los niveles más bajos del organigrama empresarial. Es aquí donde aparece un importante mecanismo de gestión de la organización como es la «delegación de funciones»²⁰.

En este sentido, los deberes de garantía primarios que posee el empresario tampoco los ejerce de manera directa, sino que se apoya (delegando) en otras personas para poder tener una vigilancia y control de la fuente de peligro que representa la empresa para evitar daños a bienes jurídicos ajenos. Así, como ha mencionado Demetrio Crespo, la delegación de funciones es una necesidad de las organizaciones que responde a la idea de la división de trabajo, pero igualmente a «una exigencia de racionalización y efectividad en la tutela de bienes jurídicos»²¹.

La delegación de funciones es un mecanismo a través del cual el delegante transfiere determinadas competencias que son suyas al delegado. Además, no solo se le transfieren estos ámbitos de competencia, sino también la responsabilidad a que haya lugar sobre la gestión de los mismos; en otras palabras, se traspasan también deberes de garantía. La delegación puede realizarse a un determinado subordinado de la organización o a entes externos (por ejemplo, externalización de la gestión de desechos tóxicos a otra empresa).

Con la delegación de funciones se produce una transformación de la posición jurídica del delegante y del delegado. Teniendo lugar dos efectos trascendentes en materia de responsabilidad penal individual: en primer lugar, la delegación produce la creación de un nuevo deber de garantía en el delegado, y en segundo, una modificación (o mutación) del contenido del deber originario del delegante, subsistiendo un deber residual o secundario consistente en la supervisión y control del delegado²². En este sentido, quien delega prescinde del control inmediato (directo) de la fuente de peli-

²⁰ Sobre la delegación de funciones *vid.* J. LASCURAÍN, «La delegación como mecanismo de prevención...», *op. cit.*, pp. 163-183, y R. MONTANER FERNÁNDEZ, «El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 35 (2015), pp. 733-774.

²¹ E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión...*, *op. cit.*, p. 91.

²² En este sentido *vid.* R. ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento...», *op. cit.*, p. 324; J. SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de vigilancia...», *op. cit.*, p. 81; E. GUTIÉRREZ PÉREZ, «La figura del *compliance officer*...», *op. cit.*, p. 4; J. LASCURAÍN, «La delegación como mecanismo de prevención...», *op. cit.*, p. 168; A. LIÑÁN LAFUENTE, *La responsabilidad penal del *compliance officer**, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, p. 58; E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión...*, *op. cit.*, p. 91; J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer*...», *op. cit.*, pp. 172 y 173, y R. MONTANER FERNÁNDEZ, «El *criminal compliance* desde la perspectiva...», *op. cit.*, p. 744.

gro, que ya está en el ámbito de competencia del delegado, y al que desde ahora corresponde ejercer una supervisión de la actividad de este último²³.

Para que los efectos de la delegación surjan (creación de un deber nuevo y modificación del contenido del deber originario) es necesario que la misma sea jurídicamente válida; en caso contrario no se darían. Y para ello no nos sirven simplemente criterios de validez meramente formales o procedimentales, sino que se debe estar a la concreta y real situación en la que se hallen el delegante y el delegado con relación al bien jurídico²⁴. Puede suceder que una delegación esté realizada de manera formal en el entramado societario, pero que se realice en una persona que no sea idónea para cumplir las funciones transferidas o por parte del delegante no se le provea de recursos materiales suficientes para que cumpla sus competencias.

De este modo, Lascuráin ha señalado que una delegación será válida y surtirá efectos jurídicos cuando el mecanismo de delegación se realice de manera libre, cuando se asuma libremente por parte del delegado y cuando se dote del dominio de la competencia, así como también el de la propia delegabilidad de la función (que no sea algo que no puede delegarse)²⁵. Lo que significa que es trascendente el modo en el que se da la delegación, sobre quién recae la misma (que debe ser persona idónea para cumplir lo transferido), así como la dotación de todos los recursos materiales, personales y financieros para un dominio suficiente del ámbito de competencia delegado. En caso contrario se produciría un invalidez de la delegación y, con ello, una mala gestión de este mecanismo que puede producir riesgos respecto a la responsabilidad penal del delegante.

3. Deber de garantía residual por parte del empresario/administrador

El hecho de que por medio de la delegación de funciones una persona (delegante) transfiera sus propias funciones o competencias no significa que este deba desentenderse de su deber de garantía originario. La delegación supone un traspaso de una potestad o autoridad sobre algo que le corresponde a quien lo da y no constituye una enajenación²⁶. En

²³ Cfr. A. LIÑÁN LAFUENTE, *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, p. 58.

²⁴ Cfr. E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión...*, *op. cit.*, p. 91.

²⁵ Cfr. J. LASCURAÍN, «La delegación como mecanismo de prevención...», *op. cit.*, p. 170.

²⁶ Cfr. R. MONTANER FERNÁNDEZ, «El *criminal compliance* desde la perspectiva...», *op. cit.*, p. 743. En este punto hay que mencionar el ejemplo bastante expresivo que plantea

consecuencia, la delegación no sirve como un tipo de liberación o exoneración de responsabilidad penal sobre lo delegado, pues, como se apuntó *ut supra*, se modifica el contenido del deber originario conllevando otros deberes jurídicos penales (deber de garantía residual). Dicho de otro modo, el delegado que asume libremente el control sobre la fuente de peligro no queda libre de una supervisión sobre él. La cuestión es «*¿quis custodiet ipsos custodes?*»; quien otorga el control de la fuente de peligro es quien está obligado a supervisar, es decir, el delegante.

Solo piénsese en los efectos perniciosos que tendría en el ámbito empresarial que la delegación de funciones siempre tuviera un efecto exonerador de responsabilidad. Se buscaría con este mecanismo que la misma recaiga en el personal fungible, desencadenándose siempre hacia abajo la responsabilidad: a los niveles de menor jerarquía (que dicho sea de paso son los que menos remuneración perciben). Es por ello que la cuestión decisiva de la delegación de funciones es que la distribución de trabajo no implique una merma de las funciones de control y aseguramiento de los riesgos (*outputs*) que desencadena la empresa, y tampoco una mayor desprotección de las potenciales víctimas de una actuación empresarial incorrecta²⁷. Por todo ello, al delegante le incumbe el deber de vigilancia, control y supervisión de la actividad del delegado, como un deber residual; esto es así porque si es libre para revocar la delegación, como buen gestor le incumbe que esta se lleve de manera correcta.

La pregunta ahora consiste en cómo se ejerce esa supervisión sobre el delegado. En la doctrina se ha señalado que puede ser de dos formas: activa o pasiva (reactiva)²⁸. En el primer caso, la supervisión del delegante consistiría en la obligación de realizar tareas de investigación e inspección al delegado sin necesidad de denuncias e indicios previos (por ejemplo, una supervisión periódica del funcionamiento de la actividad de eliminación de desechos tóxicos, verificando que es la adecuada para evitar contaminación ambiental). En el segundo, la supervisión del delegante consis-

Lascuraín: si el dueño de un perro dóberman (se entiende una fuente de peligro) delega en su mayordomo el cuidado y el control del mismo, el delegante no puede despreocuparse de los peligros que puedan generarse como si se lo hubiera vendido; el perro sigue siendo del delegante, lo que sucede es que cambia la manera en la que debe preocuparse. Cfr. J. LASCURAIN, «Salvar al oficial Ryan...», *op. cit.*, p. 308.

²⁷ Cfr. B. FEIJÓO SÁNCHEZ, «Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas», *La Ley Penal*, núm. 40 (2007), p. 11.

²⁸ *Vid.* en este sentido J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer*...», *op. cit.*, p. 173, y J. LASCURAIN, «La delegación como mecanismo de prevención...», *op. cit.*, p. 170.

te en que este reaccionaría siempre bajo sospechas, indicios o denuncias de riesgos relevantes en la actividad; así, la tarea de suministro de información la brinda el propio delegado (por ejemplo, reportes periódicos que el delegado entrega al delegante sobre la actividad).

IV. IMPUTACIÓN DE HECHOS DELICTIVOS AL COMPLIANCE OFFICER

En relación con la responsabilidad penal del CO, es a partir de la Sentencia de Tribunal Supremo Alemán de 17 de julio de 2009 (BGH 5 StR 394/08)²⁹ cuando se inicia tal discusión. En la misma se hace responsable al director del departamento de revisión interna y departamento legal en calidad de cómplice en comisión por omisión en un delito de estafa; el sentenciado toleró que se cobraran a los ciudadanos tasas superiores a las mismas que se regulaban por el Derecho público.

El Tribunal, a manera de *obiter dictum*, consideró que el *compliance officer* ostenta, de manera general, un deber de garantía según el §13 del Código Penal alemán (StGB) para prevenir los hechos delictivos cometidos por los empleados de la empresa que estén relacionados con la actividad empresarial. Consideró que esta es la consecuencia necesaria del deber asumido con la dirección de la empresa de evitar infracciones legales y, en especial, hechos delictivos.

Antes de la sentencia mencionada no se había discutido sobre una posible responsabilidad de los encargados del cumplimiento. Si bien es cierto que el *obiter dictum* no da razones más amplias sobre la responsabilidad del CO, no es menos cierto que esto generó un amplio debate doctrinal sobre el deber de garantía que eventualmente podría tener una figura como esta.

Por consiguiente, el análisis de la responsabilidad del CO debe delimitarse según los presupuestos expuestos *ut supra*. Sobre los deberes de garantía y el mecanismo de la delegación de funciones en el ámbito empresarial, hay que mencionar, además, que la figura del CO tiene consecuencias —como se verá— en el ámbito de la comisión por omisión.

²⁹ Una explicación de la sentencia es expuesta en R. ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento...», *op. cit.*, pp. 319-320.

1. Delegación de funciones al *compliance officer*: ¿es garante?

De manera general podemos mencionar que al encargado del cumplimiento le incumben funciones de supervisión, vigilancia y control de riesgos penales. Las mismas que se realizan en el contexto de gestión de un programa de prevención de riesgos penales o *compliance program*.

Se mencionó que, para poder observar el verdadero alcance de sus obligaciones (los deberes que le incumben) y considerar o no su eventual responsabilidad penal, debe tomarse en consideración su intervención en tres etapas que componen la implementación en sentido amplio del programa de riesgos penales³⁰. De esta manera, el encargado de cumplimiento interviene en:

- El diseño: es la creación del programa e incluye la identificación que realiza el CO de los riesgos penales que pueden afectar a la persona jurídica, así como los respectivos protocolos de control para poder prevenir y minimizar los mismos. Este programa es diseñado por el encargado de cumplimiento, pero su aprobación corresponde al órgano de administración, que es a quien le incumbe en origen los deberes de vigilancia y control. Aquí, una eventual responsabilidad penal podría surgir de un diseño de un programa no idóneo o gravemente defectuoso para la prevención de los riesgos penales que le competen a la empresa.
- La implementación del programa: es la realización misma del programa de prevención de riesgos penales diseñado. Debe materializarse en la empresa y en general consiste en la difusión y capacitación de los directivos y empleados que tengan relación con las actividades de riesgo determinadas, así como la asignación de tareas de control y reporte de los empleados, y también el establecimiento de canales de comunicación. Aquí, una eventual responsabilidad penal podría surgir de una inadecuada implementación de protocolos de control de riesgos o de una deficiente difusión y capacitación de los miembros de la empresa.
- El control del programa: consiste en la supervisión de todos los protocolos y medidas de control que se derivan del programa, y la investigación e identificación de las infracciones y reporte de estas

³⁰ Para una ampliación de las tres etapas de un programa de cumplimiento *vid.* A. LIÑÁN LAFUENTE, *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 21-34.

al órgano de administración. Aquí, una eventual responsabilidad penal podría surgir del incumplimiento de los deberes de vigilancia y control para la evitación de delitos concretos cometidos por miembros de la empresa sujetos a su control.

Dicho lo anterior, es importante recalcar si el oficial de cumplimiento es o no un garante en términos jurídico-penales, es decir, si es un delegado del empresario³¹. Para hablar de su deber de garantía es necesario conocer, previamente, cómo está configurada su posición en la empresa y las competencias que le son atribuidas³². Para ello resulta trascendente conocer lo realmente asumido y también el contrato que mantiene con la empresa. Teniendo en cuenta lo anterior, en las empresas existe una dicotomía del perfil del CO: está entre un perfil ejecutivo de seguridad y un perfil de asesor y control del empresario; es este último el que las empresas están prefiriendo para adoptarlo en sus organizaciones³³.

Por tanto, el perfil del encargado del cumplimiento se puede diferenciar en función de si posee o no funciones ejecutivas, y esto es lo que determina el alcance de su deber de garantía. En el primer caso, el CO con perfil ejecutivo recibe del empresario la delegación completa de los deberes de vigilancia y control que le corresponden al empresario; en este sentido, mantiene facultades ejecutivas y correctivas para la evitación de los hechos delictivos. Por ejemplo, el CO se ha enterado, por parte de un subordinado, que se va a realizar un pago a un funcionario público con el fin de

³¹ La doctrina mayoritaria considera al CO como garante; sin embargo, una parte de la doctrina se ha mostrado contraria a que el CO sea considerado un delegado del empresario. Así, R. MONTANER FERNÁNDEZ, «El *criminal compliance* desde la perspectiva...», *op. cit.*, p. 773, ha mencionado: «[e]ste sujeto [*compliance officer*] no es un delegado del empresario, sino un profesional privado con unos determinados conocimientos técnicos por los que ha recibido un encargo para ejecutar una función de supervisión. Esta función consiste en controlar que la empresa y sus trabajadores realicen su actividad de conformidad con la normativa vinculante. Ahora bien, en mi opinión, el encargado de cumplimiento no asume una posición de garantía frente a la evitación de los delitos que puedan cometerse a través de la actividad empresarial. La única posición de garantía que, en su caso, podría ostentar el *compliance officer* es de carácter interno, esto es, dirigida a asegurar que del incumplimiento de la normativa que vincula a la organización y a sus miembros no se deriven daños para la empresa».

³² Cfr. J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del *compliance officer*...», *op. cit.*, p. 177.

³³ Cfr. J. LASCURAÍN, «Salvar al oficial Ryan...», *op. cit.*, p. 327. En sentido similar J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Comisión por omisión», en H. OLIVA e I. AYALA (dirs.), *Memorandum práctico. Penal económico y de la empresa*, Madrid, Francis Lefebvre, 2012, p. 67, considera que «[e]l responsable de cumplimiento suele ser una persona con muy escasas funciones ejecutivas, y rara vez entre ellas se cuenta un deber de impedir personalmente la conducta típica».

obtener una licencia de construcción para la empresa; aquí el CO tiene directamente la capacidad ejecutiva de paralizar el pago en contabilidad para que no salga el dinero.

En el segundo caso, el CO con perfil de asesor y control recibe del empresario solo una o varias partes del deber de vigilancia y control, sin facultades ejecutivas o correctivas para que de manera general se eviten directamente las comisiones de hechos delictivos; específicamente funciones de investigación de delitos y traslado de información al órgano de administración para que este pueda ejercer sus funciones ejecutivas y, de esta manera, se evite la comisión de delitos³⁴. Por ejemplo, siguiendo en el caso anterior, el CO se entera de que se va a cometer un posible delito de cohecho y su deber es ponerlo en conocimiento del órgano de administración para que este ejerza sus funciones correctivas y pueda parar el pago que se va a efectuar al funcionario público.

En este sentido, Liñán Lafuente ha diferenciado los perfiles del CO en «garantes completos» y «garantes complementarios», basándose en su capacidad real e individual de actuación para la evitación de comisión de delitos; los primeros con funciones ejecutivas que pueden directamente evitar la comisión de hechos delictivos en su ámbito de competencia y los segundos carentes de funciones ejecutivas, manteniendo un posición de «cotitularidad» con el garante originario (empresario) que tendría el deber de corrección de la actuación delictiva³⁵.

Las organizaciones en su mayoría optan por un perfil del CO sin funciones correctivas, pero no hay que infravalorar la importancia de sus funciones porque, considerando el ejemplo anterior, el CO mantiene una posición privilegiada en la empresa y condiciona la actuación del órgano de administración a que aquel le traslade la información para tomar decisiones y medidas organizativas oportunas³⁶. En consecuencia, la infracción de los deberes del CO puede imposibilitar y privar de la oportunidad de ejercer las funciones correctivas a quien las tiene (garante originario).

³⁴ En este sentido *vid.* R. ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento...», *op. cit.*, pp. 324 y 325.

³⁵ *Vid.* A. LIÑÁN LAFUENTE, *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 58-66.

³⁶ *Cfr.* R. ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento...», *op. cit.*, p. 325.

2. Presupuestos de responsabilidad penal del *compliance officer*

Nuestro análisis estará delimitado a la posible responsabilidad penal en los casos de omisión del CO. Excluimos de este análisis los supuestos de comisión activa de la mencionada figura. Dicho esto, para que se dé este tipo de responsabilidad se han señalado por la doctrina cuatro elementos a tener en cuenta³⁷:

— Omisión ante un delito no consumado: la conducta omisiva del CO debe tener lugar antes de la consumación del delito del miembro de la organización, esto es, antes o durante. Si la misma tiene lugar después de que el delito sea consumado no se podría considerar la responsabilidad penal y solo constituiría una conducta impune como consecuencia de que la omisión de denuncia de un delito consumado, según el ordenamiento jurídico español, es atípica (impune).

Esto es así porque la omisión de la conducta debida del oficial de cumplimiento debe traducirse en tolerar, favorecer o posibilitar (no obstaculizar) el delito llevado a cabo por un tercero. Y esto solo tiene lugar cuando el *compliance officer* está frente a la consumación presente o futura de un delito, de tal forma que pueda impedirlo de manera directa o indirecta.

La no denuncia a la empresa o al órgano de administración de los delitos consumados puede constituir una infracción de deberes contractuales que no generaría responsabilidad penal, pero sí una eventual responsabilidad contractual³⁸. También representaría que las medidas de control han fallado frente a ese riesgo, lo que debería tomar en consideración el CO para reforzar las medidas de vigilancia y control para evitar en un futuro riesgos similares.

— Omisión de una conducta que habría impedido u obstaculizado el delito: la conducta omisiva del CO debe vulnerar sus deberes de garante, en el sentido de no realizar la conducta debida que hubiese impedido u obstaculizado la actuación delictiva del tercero. Pudiendo consistir esta en no activar los controles específicos del programa, bloquear denuncias, no abrir investigación frente a indicios o no transmitir información al órgano competente sobre los indicios que ha obtenido.

³⁷ En lo que sigue, se comparte sustancialmente lo mencionado por J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Presupuestos básicos de la responsabilidad penal...», *op. cit.*, pp. 221-225.

³⁸ Cfr. *ibid.*, p. 222.

— El delito debe ser de aquellos cuya prevención le compete al garante: para que se de este elemento es necesario que, al constituirse una delegación por las funciones del CO que le realiza la empresa, el delito consumado sea de aquellos en los que el empresario sea garante. Esto se vincula con lo apuntado en líneas anteriores: aquellos delitos cometidos por sus empleados relacionados con la actividad de la empresa. También es importante señalar que el delito específico del tercero sea de aquellos en los que el CO haya asumido las funciones de vigilancia y control para su prevención; aquí se ha de estar a lo realmente asumido y en esfera contractual con la empresa³⁹.

— Elemento subjetivo del tipo de injusto: es necesario establecer si la omisión que realiza es dolosa o imprudente. En el primer caso —sin entrar en discusión sobre el concepto de dolo en comisión por omisión—, la mayoría de los delitos relacionados con la actividad de la empresa que le son de competencia para su prevención y evitación mantienen una modalidad dolosa. Una conducta omisiva del encargado de cumplimiento que infrinja el deber de cuidado, en estos supuestos, sería atípica (impune).

En el segundo caso, en lo que se refiere a los delitos susceptibles de generar responsabilidad penal para la empresa por una comisión en modalidad imprudente, estos son: blanqueo de capitales, contra los recursos naturales y el medio ambiente, financiación del terrorismo, contrabando e insolvencias punibles. Si el encargado de cumplimiento de manera imprudente no establece las medidas de control de riesgos de tal forma que no impida o no obstaculice la comisión de un delito, estará interviniendo con una omisión imprudente. Sin embargo, esto nos lleva a plantearnos si esta intervención (la del oficial de cumplimiento) debe ser considerada a título de autoría o de participación imprudente. Esta última afirmación nos dirigiría al tema complejo de cómo rige la distinción entre autoría y participación en los delitos imprudentes⁴⁰.

Sin pretender establecer un panorama detallado —y tampoco este trabajo tiene tal aspiración sobre este aspecto, ya que esto, necesariamente,

³⁹ No todos los riesgos penales son de competencia de prevención del CO, sino solo aquellos que asume expresamente. Puede darse el caso que el empresario delegue la prevención de ciertos delitos específicos a departamentos técnicos con mejores conocimientos para su identificación (como, por ejemplo, delitos medioambientales, delitos contra la seguridad de los trabajadores, etcétera). Puede asignarse su prevención al departamento de medio ambiente, prevención de riesgos laborales, de calidad, etcétera.

⁴⁰ Para una exposición sobre este tema *vid.* ampliamente A. CUERDA RIEZU, «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, t. 45 (1992), pp. 491-514.

conllevaría un análisis que excedería los límites del presente artículo—, la cuestión en la doctrina sobre la distinción entre autoría y participación en los delitos imprudentes se encuentra entre la opinión de los que consideran que no existe manera de realizar una distinción entre autoría y participación, de tal manera que se considera autor a todo aquel que infrinja un deber de cuidado, siguiendo un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes (especialmente la mayoría de partidarios del dominio del hecho)⁴¹, y, por otro lado, la doctrina mayoritaria en España, que parte de un concepto restrictivo de autor en delitos imprudentes —similar a los dolosos— y considera necesaria la distinción de autoría y participación; así, especialmente encontramos a los partidarios de la «teoría de la pertenencia del hecho»⁴² y los de la «teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho»⁴³. Si bien ambos aceptan en primer plano una distinción de formas de intervención en el delito imprudente, no se ponen de acuerdo sobre la punibilidad de la participación imprudente; unos consideran que es necesario castigarla (pertenencia del hecho)⁴⁴ y otros creen que debe ser tomada como atípica (determinación objetiva y positiva del hecho)⁴⁵.

En el caso del CO, la mayoría de los supuestos son aquellos en los que la responsabilidad se concibe como participación, por lo que la discusión anterior se torna de gran importancia⁴⁶.

⁴¹ En España se considera doctrina minoritaria. Vid. J. CEREZO MIR, «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, t. 28 (1975), p. 51; M. JAÉN VALLEJO, «La autoría y participación en el Código Penal de 1995», *Revista de ciencias jurídicas*, núm. 2 (1997), p. 186, y J. GÓMEZ BENÍTEZ, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, t. 37 (1984), p. 123. No siendo así, en cambio, en Alemania, en donde representa doctrina dominante. Vid., por todos, H. JESCHECK y T. WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., pp. 704-705.

⁴² Vid. S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 8.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2006, pp. 403 y 404.

⁴³ Vid. D. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal...*, op. cit., pp. 288 y 289, y M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Autoría y participación», *Revista de estudios de la justicia*, núm. 10 (2008), p. 38.

⁴⁴ Vid. S. MIR PUIG, *Derecho penal...*, op. cit., p. 404. Este autor parte de una postura intermedia sobre la punibilidad de la participación imprudente: siendo punibles las formas de participación de inducción y cooperación necesaria (equiparadas en pena a la autoría), pero no la complicidad.

⁴⁵ D. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal...*, op. cit., p. 290, considera que la participación imprudente es penalmente atípica, ofreciendo argumentos sobre la interpretación legal de ciertos preceptos del Código Penal español, así como argumentos de índole político criminal —dado el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal— que hacen aconsejable una interpretación restrictiva sobre las formas de participación.

⁴⁶ Liñán Lafuente, en su obra monográfica sobre la responsabilidad penal del *compliance officer*, considera la posibilidad de punibilidad de la participación imprudente con inde-

3. Casos puntuales de responsabilidad penal del *compliance officer*: incumplimiento de deberes de supervisión, vigilancia y control de riesgos penales

Conforme a lo anterior, tenemos que revisar, teniendo en cuenta las obligaciones más comunes del CO, los supuestos en donde podría considerarse su eventual responsabilidad penal. Así, tenemos los siguientes:

— Fase de diseño: supuesto de responsabilidad por un diseño de un programa no idóneo o gravemente defectuoso. El que el CO haya intervenido en la fase de creación —a veces puede ser delegada la creación del programa a terceros ajenos a la empresa (asesores externos)— nos hace plantearnos si por un defectuoso diseño, en donde no se identifiquen los riesgos correctamente y, por ende, no se establezcan controles sobre ellos, puede haber responsabilidad penal. Resulta muy complicada una responsabilidad por este acto de creación, que es el *compliance program*, salvo rarísimos casos de laboratorio.

Si se piensa en casos dolosos, el que un programa de riesgos penales sea implementado de manera defectuosa (no idóneo) solo para aparentar que se están implementado medidas y controles preventivos no podría considerarse como una base fáctica para una responsabilidad en comisión por omisión, ya que se necesitaría la prueba de que con ello se estarían favoreciendo ciertos delitos⁴⁷. Y como ya sabemos, la fase de diseño es una fase creativa que parte de considerar hipotéticos delitos que podrían suceder en el desarrollo de la actividad empresarial.

— Fase de implementación del programa: supuesto de responsabilidad por no implementación de controles o protocolos de riesgos penales. Se puede plantear una posible responsabilidad del CO cuando este, teniendo la obligación de implementar controles específicos previamente identificados en el programa de riesgos penales, no los realiza. Los casos dolosos son poco habituales (lo que no significa que no puedan suceder), pero pensemos en el siguiente supuesto: el oficial de cumplimiento, con

pendencia de que el autor comisivo haya cometido el delito de manera dolosa o imprudente (participación imprudente en delito doloso o imprudente), siempre y cuando la imprudencia se repite como grave y el delito realizado tenga previsto su castigo tanto en su modalidad dolosa como imprudente. *Vid.* ampliamente A. LIÑÁN LAFUENTE, *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

⁴⁷ Cfr. J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Presupuestos básicos de la responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 227.

el fin de favorecer o posibilitar la comisión delictiva dolosa, teniendo que implementar un control específico del programa de riesgos para prevención de un determinado delito (por ejemplo, un nuevo control para evitar pagos por cohecho), no lo realiza.

Más habitual resulta la modalidad imprudente. En un primer momento debe tratarse de un tipo penal que establezca su versión imprudente para la RPPJ (por ejemplo, blanqueo o delitos medioambientales), luego tomar en consideración si por una actuación negligente el CO no realiza la implementación de controles de riesgos y por ello tiene lugar la comisión de un delito. Aquí hay que tener en cuenta que si el resultado se hubiera producido igualmente aun aplicando las medidas y protocolos de control de riesgos omitidos, el CO no debería tener responsabilidad penal⁴⁸.

— Fase de control del programa: supuesto de responsabilidad por la gestión de indicios de riesgos penales. Sin duda, la fase del control del sistema de riesgos penales, en especial la gestión de los indicios sobre la posible comisión de delitos, constituye el ámbito de mayor riesgo de responsabilidad para el CO. En este sentido, el encargado del cumplimiento puede obtener cierta información de indicios de riesgos penales (posibles delitos) en el ejercicio de sus tareas de supervisión y control del programa; de esta manera puede darse en los canales de denuncia y quejas establecidos (*whistleblowers*) o de las investigaciones que él realice. Si esta información es sobre la posible comisión de delitos, la manera de gestionar estos indicios es muy trascendente.

Puede darse la situación de que, frente a los indicios, el encargado de cumplimiento no active los controles específicos del programa, bloquee denuncias, no abra investigaciones o no transmita información al órgano competente sobre los indicios que ha obtenido. Así, dependiendo del perfil del CO podremos conocer qué tipo de conducta debida debe realizar para cumplir con su deber de garante. Si frente a indicios concretos de que se va a cometer un delito, el encargado de cumplimiento con un perfil ejecutivo (con facultades correctivas) no activa los controles específicos del programa para poder evitar la comisión viola el deber que le corresponde. Por otro lado, si el perfil del CO es de asesor y control (sin facultades correctivas) y no comunica o no transmite al órgano competente para que pueda ejercer la facultad correctiva estaría incumpliendo su deber. Su responsabilidad penal vendría a constituirse en comisión por omisión por

⁴⁸ Cfr. A. LIÑÁN LAFUENTE, «El oficial de cumplimiento...», *op. cit.*, p. 370.

tolerar, facilitar, posibilitar, no obstaculizar o no evitar el delito de un tercero (empleados)⁴⁹.

Por otro lado, puede darse el supuesto de que el CO trasmita la información al órgano de administración para que este ejerza sus facultades ejecutivas y, sin embargo, este último no haga nada para evitar el delito. En este caso no podría considerarse una responsabilidad penal del encargado de cumplimiento porque él ha cumplido con el deber asumido por delegación (transmisión de información de riesgos penales) y no podría exigírsele una denuncia a las autoridades, porque el deber de denuncia que asume es con el órgano de administración o la empresa (deber empresarial), no con la administración de justicia⁵⁰.

V. CONCLUSIONES

La figura del *compliance officer* tiene un perfil heterogéneo: su configuración depende y varía de una empresa a otra, pudiendo ser un órgano colegiado o unipersonal; su perfil, funciones y obligaciones no se establecen con exactitud en ninguna disposición legal, y para conocer sus tareas tenemos que enlazarlo con los programas de cumplimiento (*compliance programs*). Así, puede cumplir sus actividades en tres fases: el diseño,

⁴⁹ Se encuentra en el centro del debate doctrinal si responde a título de autor o partícipe (complicidad o cooperación necesaria) por omisión. No existe consenso sobre si el garante debe responder como autor o partícipe por su omisión (por la no evitación o no obstaculización) en un delito comisivo de un tercero. Existen varias posturas. Sin ánimo de exhaustividad, especialmente hay que mencionar tres: 1) aquellas que diferencian la autoría y participación en la omisión impropia basándose en el tipo de garante; en consecuencia, sería autor quien ostente un deber de garantía de protección y partícipe quien tenga el deber de garantía de vigilancia y control de una fuente de peligros; 2) aquellas que conciben los delitos de omisión impropia como delitos de infracción de deber, consideran que es autor a quien le compete el deber especial de evitar el resultado (un concepto unitario de autoría) y solo plantean supuestos excepcionales de participación cuando se trate de delitos de propia mano, tipos penales que requieran un elemento subjetivo y cuando la posición de garante solo se refiera a la evitación de la acción de cooperación de otro (así, C. ROXIN, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 801-805); 3) aquellas que defiende el criterio del dominio del hecho y consideran que el garante que omite la evitación de un delito comisivo de un tercero solo puede ser partícipe (cómplice), puesto que quien tiene realmente el dominio del hecho es quien realiza el delito comisivo (así, H. JESCHECK y T. WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 749). Para ver una exposición amplia sobre autoría y participación en los delitos impropios de omisión *vid.* H. OTTO, «Complicidad por omisión», *En letra: Derecho penal*, núm. 5 (2017), pp. 188-205.

⁵⁰ Cfr. A. LINÁN LAFUENTE, «El oficial de cumplimiento...», *op. cit.*, p. 374. En sentido similar *vid.* R. ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento...», *op. cit.*, p. 326.

la implementación y el control. La difícil concreción de su perfil tiene repercusiones en su responsabilidad penal, especialmente en la valoración de su omisión, por lo que su eventual sanción penal se vuelve una cuestión tópica.

El empresario ostenta deberes de garantía originarios: es un garante protector de evitar resultados lesivos para bienes jurídicos de la propia empresa, así como también un garante de vigilancia y control, porque le incumbe la evitación de resultados lesivos para bienes jurídicos de terceros que se deriven de la actividad de los propios miembros de la empresa (la empresa constituye una fuente de peligro). Pero el empresario puede delegar estos deberes en sus subordinados o incluso externalizarlos con el fin de que puedan ser cumplidos, lo que representa una transmisión de funciones, que no debe ser entendida como una forma de liberación de responsabilidad del empresario, sino que los efectos jurídicos de una delegación, siempre que sea válida, son: la creación de un nuevo deber de garantía en el delegado y la modificación del contenido del deber originario del empresario; teniendo este último un deber residual consistente en la supervisión del delegado.

El *compliance officer* es un delegado del empresario al que se le transfieren, esencialmente, deberes de supervisión, vigilancia y control de los riesgos penales de la actividad empresarial. En virtud de lo cual el incumplimiento de sus deberes de garantía podría eventualmente generar responsabilidad penal en comisión por omisión. Resulta trascendente saber su posición en la empresa para conocer exactamente sus deberes y competencias de cara a un incumplimiento de estos. De la información que se ha expuesto se concluye que en el interior de la entidad el *compliance officer* puede, por un lado, tener un perfil ejecutivo, recibiendo del empresario una delegación completa de los deberes de vigilancia y control, incluyendo facultades correctivas, y, por otro, como ocurre en la mayoría de casos, tener un perfil de asesor y control, recibiendo del delegante solo varias partes de estos deberes, especialmente de investigación y traslado de información al órgano competente (sin facultades correctivas).

Basándonos en el ejercicio de sus obligaciones y tareas en el contexto de un programa de riesgos penales, el *compliance officer* se convierte en una profesión de considerable nivel de riesgo de responsabilidad penal. El incumplimiento de los deberes delegados puede configurar una sanción por comisión por omisión por el delito comisivo de un tercero, pero no todo incumplimiento lo genera, sino que deben concurrir determinados presupuestos (requisitos).

Son, específicamente, cuatro elementos los que pueden determinar su responsabilidad penal. En primer lugar, es necesario que su conducta omisiva tenga lugar frente a un delito presente o futuro, es decir, antes de su consumación; la falta de actuación frente a delitos pretéritos es atípica en el ordenamiento jurídico español, como máximo podría derivarse una infracción de deberes contractuales. En segundo lugar, la conducta debida que tenía que haberse realizado habría impedido u obstaculizado el delito de un tercero (subordinado), consistente en la activación de controles del programa, transmitir información al órgano competente, etc. En tercer lugar, es necesario que el delito realizado por un tercero sea de aquellos que es garante el empresario, aquellos delitos relacionados con la actividad empresarial, así como que el delito sea de aquellos en los que el *compliance officer* ha asumido su prevención libremente o en la esfera contractual. Por último, y en cuarto lugar, es necesario establecer el elemento subjetivo del tipo de injusto, es decir, apreciar si es un delito doloso o imprudente: en el primer caso, la mayoría de delitos vinculados a la actividad empresarial son de modalidad dolosa, por ello, en estos supuestos, una intervención del *compliance officer* de manera negligente en estos supuestos es atípica; en el segundo caso, se debe considerar que el delito mantenga una modalidad imprudente para apreciar su responsabilidad. Dicha cuestión nos llevaría a plantearnos si la intervención es a título de autoría o de participación imprudente, y dependiendo de la toma de postura previa de la que se parta para poder apreciar su punibilidad.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERMEJO, M., y PALERMO, O.: «La intervención delictiva del *compliance officer*», en L. KUHLEN, J. MONTIEL e Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 171-205.
- CEREZO MIR, J.: «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 28 (1975), pp. 41-56.
- CUERDA RIEZU, A.: «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, t. 45 (1992), pp. 491-514.
- DEMETRIO CRESPO, E.: *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, México DF, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, 2017.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Autoría y participación», *Revista de estudios de la justicia*, núm. 10 (2008), pp. 13-61.

- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: «Comisión por omisión», en H. OLIVA e I. AYALA (dirs.), *Memento práctico. Penal económico y de la empresa*, Madrid, Francis Lefebvre, 2012, pp. 51-69.
- «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica», en L. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 165-189.
- «Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer* tras la reforma penal de 2015», en J. FRAGO AMADA, *Actualidad Compliance 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 215-232.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: «Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas», *La Ley Penal*, núm. 40 (2007), pp. 1-21.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.: «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, t. 37 (1984), pp. 103-132.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: «La figura del *compliance officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal», *Diario La Ley*, núm. 8653 (2015), pp. 1-15.
- JAÉN VALLEJO, M.: «La autoría y participación en el Código Penal de 1995», *Revista de ciencias jurídicas*, núm. 2 (1997), pp. 183-194.
- JESCHECK, H., y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., Granada, Comares, 2002.
- KAUFMANN, A.: *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- KUHLEN, L.: «Cuestiones fundamentales de *compliance* y Derecho penal», en L. KUHLEN, J. MONTIEL e Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 51-76.
- LASCURAIN, J.: «Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)», en S. MIR PUIG, M. CORCOY y V. GÓMEZ (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2014, pp. 301-336.
- «La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales», en A. NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 163-183.
- LIÑÁN LAFUENTE, A.: «El oficial de cumplimiento: su responsabilidad penal», en J. GÓMEZ COLOMER (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 347-377.
- *La responsabilidad penal del compliance officer*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.
- LUZÓN PEÑA, D.: *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, 8.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2006.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R.: «El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 35 (2015), pp. 733-774.

- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General*, 8.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- OTTO, H.: «Complicidad por omisión», *En letra: Derecho penal*, núm. 5 (2017), pp. 188-205.
- ROBLES PLANAS, R.: «El responsable de cumplimiento (*compliance officer*) ante el Derecho penal», en J. SILVA SÁNCHEZ (dir.) y R. MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 319-331.
- ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte General*, t. II, Cizur Menor, Civitas, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en L. KUHLLEN, J. MONTIEL e Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 79-105.