

LA REFORMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL PAPEL DEL JUEZ ANTE EL PELIGRO DE HIPERTROFIA DE LAS COMPLIANCE¹

Miriam Cugat Mauri
Titular de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: El reconocimiento de la eficacia eximente de los programas de cumplimiento en la empresa llega a España cuando ya contamos con la experiencia aplicativa de otros países, desde los que se nos previene de los peligros del nuevo sistema. En concreto, la automatización del proceso decisivo que pudiera llevar a la mecánica absolución de las empresas con compliance, y viceversa. Frente a esa posible deriva, es preciso poner de relieve el margen de discrecionalidad de que dispone el Juez en la valoración de la idoneidad o eficacia de las compliance para la prevención del delito, y que indiscutiblemente, varía en función de si se trata de conductas dolosas (como la mayoría de las que permiten la RPPJ) o imprudentes (las únicas respecto de las que, sin embargo, a mi parecer, los programas de cumplimiento podrían desplegar una función preventiva relevante).

Recibido: noviembre 2015. Aceptado: diciembre 2015

1 Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto DER 2014 -52890-R, sobre responsabilidad penal y política de los partidos.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas, programas de cumplimiento empresarial, discrecionalidad judicial

Summary: From now on, in Spain, corporations will be able to plead not guilty in view of a compliance program. The experience in other countries warns us about the dangers of this possibility. To prevent us from those dangers it is important that judges do not renounce their function in assessing the quality of the program.

Keywords: corporate criminal liability, compliance programs, sentencing guidelines

Sumario: 1. Introducción. 2. Sobre la eficacia exigente de las compliance. 2.1. La transfiguración del papel de las compliance: de atenuante a exigente. 2.2. Obstáculos estructurales a la eficacia exigente de las compliance. 2.2.1. Límites del modelo vicarial. 2.2.1.1. La distinción conceptual entre la voluntad del órgano representante y la sociedad representada como premisa para la exención de RPPJ. 2.2.1.2. La distinción conceptual entre la voluntad del representante y de la representada como peligrosa fuente de impunidad. 2.2.1.3. El derecho penal del hecho como necesario marco teórico de la respuesta penal. 2.2.1.4. Conclusiones: la posibilidad de afirmar la RPPJ en empresas con compliance. 2.2.2 La difícil prueba de la idoneidad de las compliance. 2.2.2.1. La exigencia legal de la idoneidad de las compliance para la exención de RPPJ. 2.2.2.2. Las dificultades para afirmar la idoneidad de las compliance frente a los delitos dolosos. 2.3. Los peligros del nuevo modelo. 3. La supresión del administrador de hecho del círculo de sujetos transmisores de responsabilidad. 3.1. El contenido de la reforma. 3.2. Consecuencias de la supresión de los administradores de hecho. 3.3. La vana ampliación del círculo de personas jurídicas imputables. 4. Conclusiones acerca del papel del juez ante los peligros de hipertrofia de las compliance. 5. Bibliografía.

I. Introducción

Cuando apenas han transcurrido cinco años desde la introducción de la RPPJ en el art. 31 bis del Código penal español por LO 5/2010, y sólo tres desde su última modificación por

LO 7/2012², la LO 1/2015 vuelve sobre él sin que el ímpetu reformista de nuestro legislador, a fuer de prolífico³, consiga ya sorprendernos.

Más extraño es que esta última reforma irrumpa no obstante la práctica inexistencia de experiencia aplicativa que pudiera poner de manifiesto las debilidades o carencias de la anterior regulación⁴, y que, además, se haga con tal ausencia de consenso doctrinal que cualquier perspectiva de cambio en la relación de fuerzas parlamentarias anuncie la posibilidad de ulteriores modificaciones de lo que se acaba de aprobar, que para algunos no es sino expresión de la victoria de ciertos grupos de presión sobre un legislador en horas bajas.

Me refiero a los dos aspectos de la reforma que centran el objeto de la presente contribución. El primero, y más debatido: la introducción de una exigente para las empresas que adopten las llamadas “*corporate compliance*” o pautas de actuación destinadas a la evitación del delito corporativo; el segundo, y que ha pasado más desapercibido⁵: la aparente supresión de los administradores de hecho del círculo de sujetos que pueden impregnar de responsabilidad penal a las personas jurídicas (en

2 Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*.

3 Teniendo en cuenta que, desde 1995, se han aprobado unas 30 reformas del Código penal, el promedio sería de más de una por año.

4 Al tiempo en que se escriben estas páginas sólo me consta que se haya planteado la RPPJ en muy escasas resoluciones, en las que se rechaza la responsabilidad de la empresa por dos órdenes de motivos, de escaso interés para lo que aquí se plantea: a) la irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables: *Auto AP Madrid (16ª) 743/2012, 4-10*; y *SAP Guipúzcoa (2ª) 23/2015, 10-3*; b) la falta de previsión de RPPJ para las faltas: *SAP Sevilla (4ª) 562/2013, 5-11*, por la que se absuelve a la empresa imputada por una falta de estafa; *SAP Cádiz (4ª) 81/2014, 17-3*, por la que se absuelve a la empresa imputada por una falta de coacciones.

5 Llama la atención sobre el mismo QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015.

adelante, RPPJ). A ellos hay que sumar el impacto indirecto de la configuración del delito de financiación ilegal de los partidos políticos introducido en 2015 sobre el radio de aplicabilidad de la RPPJ, que podría terminar por neutralizar las posibilidades que parecía abrir la LO 7/2012.

Sobre el primer aspecto, el Preámbulo de la LO 1/2015 se limita a decir que *“La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.*

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial⁶, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.”

Se trata pues de conocer en qué consiste la redefinición de los cometidos y contenido del debido control que está en el punto de mira de la reforma, y valorar si, como pretende, zanja las dudas alrededor del modelo de imputación, o si por el contrario, abre inesperados focos de conflicto, como creo que sucede tanto con el reconocimiento de eficacia eximente a las *compliance*⁷, como con la supresión de la mención a los administradores de hecho.

6 Para la comprensión de las características del modelo vicarial y sus diferencias respecto del resto de modelos presentes en Derecho comparado, véase NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.

7 En este sentido, en GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Valencia, 2014, p. 73, se advierte sobre los peligros de formalización y automatismo de las *compliance* en p. 73, y entre las conclusiones al seminario sobre la RPPJ, en la conclusión 4ª, donde se afirma: “Sin

2. Sobre la eficacia exigente de las compliance

2.1. La transfiguración del papel de las compliance: de atenuante a exigente

En la versión original del sistema español de RPPJ, introducido en el art. 31 bis CP por LO 5/2010⁸, sólo se hacía mención a los programas de cumplimiento entre las circunstancias

embargo, la infracción del debido control no puede girar exclusivamente en torno a la existencia, ausencia o infracción de un sistema específico de compliance, puesto que es posible tanto la infracción del debido control en casos en que esté previsto tal sistema de cumplimiento normativo, como, a la inversa, comportamiento social correcto pese a no tenerlo”. También, en pág. 77, en la adenda al seminario sobre el PCP “...creemos obligado advertir sobre el riesgo de una tendencia a la formalización en la que disponer o no de dichos sistemas –más o menos estandarizados- resulte determinante de la responsabilidad penal”.

- 8 Versión original del art. 31 bis CP: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

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

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

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

atenuantes reguladas en el ap. 4 del art. 31 bis CP⁹, cuya aplicación quedaba condicionada a la concurrencia de dos requisitos: a) la comprobación de su eficacia; y b) su implementación anterior al comienzo del juicio oral.

Nada se decía acerca de su posible carácter excluyente o eximente de la responsabilidad. Silencio que no impidió

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.*
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.*
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.*

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

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

- 9 Art. 31 bis. 4 previo a la reforma (trasladado al art. 31 quater por LO 1/2015): “4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

(...)

- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.”*

defenderlo, a la vista de que, como mínimo para la segunda vía de imputación, se exigía expresamente que el hecho delictivo hubiera podido cometerse por las personas físicas sometidas a la autoridad de los representantes de la voluntad social “*por no haberse ejercido sobre ellos el debido control*”. Desde este punto de vista, podía entenderse que, si condición de la afirmación de la RPPJ era que no se hubiera ejercido el debido control, en el supuesto inverso, podía negarse, abriendo la puerta a la consideración de las *compliance* como causa de exclusión de responsabilidad¹⁰.

Por supuesto, para ello el sistema de control debía cumplir algunos requisitos. Por un lado y a diferencia de la atenuante, debía haberse implementado con anterioridad no ya al juicio oral, sino a la comisión del delito, pues solo en ese caso podía aspirar a evitarlo; por otro, como en la atenuante, debía ser idóneo para prevenir futuros delitos. En caso de cumplirse ambos requisitos, podría negarse que los subordinados hubieran realizado los hechos “*por no haberse ejercido sobre ellos el debido control*”, con la consiguiente exclusión de la RPPJ.

Sin embargo, no quedaban claros los presupuestos y límites del poder exonerador de las *compliance*. Pero, sobre todo, no existían garantías de que las empresas que contaran con una *compliance* quedarán impunes cuando, de acuerdo con el tenor literal del art. 31 bis CP, su responsabilidad dependía de lo que hicieran las personas físicas autoras del *hecho de referencia*, como es propio del sistema vicarial del que la reforma de 2015 dice querer distanciarse.

Aparentemente, ese silencio legal acerca del contenido y función de las *compliance* era el que debía quedar resuelto

10 Así lo defendían autores partidarios de un modelo de autoresponsabilidad de la empresa, ya antes de la reforma, como NIETO MARTÍN, A.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en SERRANO-PIEDECASAS, J-DEMETRIO CRESPO, E (dirs.): *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, Madrid, 2008, pp. 140 s., criticando el anterior carácter meramente atenuante de las *compliance*.

mediante la afirmación de su eficacia exigente —prevista en los aps. 2 y 4 del art. 31 bis CP reformado¹¹—, para la primera y segunda vía de imputación, cuando concurren los requisitos que se dice que deben contribuir a homologar nuestro sistema con los estándares internacionales¹². Otra cosa es si lo ha conseguido.

11 Art. 31 bis, reformado por LO 1/2015: “2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª 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;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.”

12 Son manifiestos los paralelismos entre los requisitos que deben cumplir los programas de cumplimiento (ap. 5 del art. 31 bis CP), y su efectiva implementación (ap. 2 del mismo artículo) en el Código penal español (tras la

En mi opinión, la reforma no solo no logra distanciarse del modelo vicarial (mixto¹³), en el que la RPPJ descansa sobre el hecho de conexión cometido por la persona física¹⁴, sino que no disipa las dudas que giran en torno a la posible eficacia exigente de las *compliance*, por motivos que, no veo otro modo de llamar que “ontológicos” o estructurales. A esa incertidumbre se añade el peligro de que la formalización de los requisitos de las *compliance* lleve a una aplicación mecanizada de las mismas, que termine por suplir la necesaria comprobación de las condiciones sustanciales para la imputación de responsabilidades penales en el ámbito de la empresa, a la que los jueces no pueden renunciar.

2.2. Obstáculos estructurales a la eficacia exigente de las *compliance*

Como se ha adelantado, con la reforma de 2015, se clarifica la voluntad de nuestro legislador penal de otorgar eficacia exigente a las *compliance*, que ahora se reconoce expresamente en los apartados 2 y 4 del art. 31 bis CP¹⁵. A su vez, esa intención del legislador conecta con la entusiasta recepción que los medios profesionales han hecho de la reforma, entre los que de modo generalizado se ha entendido que una *compliance* “bien

reforma de 2015) y las *Sentencing of organizations Guidelines* (§ 8B2.1. y §8D1.4.), en vigor, desde noviembre de 1991 en los EUA para la medición de la pena aplicable a las empresas; en Italia, el Decreto legislativo, núm. 231/2001, 8-6; o, en Chile, la Ley núm. 20393, de 25-11-2009.

- 13 Sobre los criterios clasificatorios, por todos, NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo* legislativo, Madrid, 2008, pp. 88 ss.
- 14 Sobre las características del modelo, GARCÍA ARÁN, M.: “Artículo 31 bis”, en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (dirs.): *Comentarios al Código penal. Parte general*, Madrid, 2011, p. 398. Sobre las limitaciones consustanciales al sistema vicarial, expresivamente, SALVO, N.: *Modelos de imputación penal a personas jurídicas*, cit., pp. 263 ss.
- 15 En ambos, se prevé que “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad” cuando se hayan adoptado y aplicado eficazmente los programas de cumplimiento.

hecha” y concienzudamente aplicada debe poder garantizar la tranquilidad de la empresa, lo que ha dado lugar a un jugoso mercado de informes, del que el Derecho penal no debería sino congratularse de ser la vía adecuada para el fin de prevención del delito con el que las empresas aparecerían comprometidas.

Más dudoso es si el efecto eximente que, en principio, se predica de las *compliance*, debe y puede deducirse automáticamente de la comprobación de los requisitos enumerados en los aps. 2 y 5 del art. 31 bis CP, relativos a la bondad intrínseca del modelo de cumplimiento y la adecuada supervisión de su implementación¹⁶.

2.2.1. Límites del modelo vicarial

2.2.1.1. La distinción conceptual entre la voluntad del órgano representante y la sociedad representada como premisa para la exención de RPPJ

Cuando el hecho delictivo ha sido cometido por los representantes de la voluntad corporativa (cuyo listado ha quedado sensiblemente recortado por la reforma, como se expone en el siguiente apartado), causa extrañeza que la mera posesión de una buena *compliance*, incluso cuando es adecuadamente aplicada, pueda eximir de responsabilidad penal a la empresa¹⁷, sin

16 Como subrayan MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. y NIETO MARTÍN, A.: “Mucho más que una circunstancia atenuante: contenido y efectos prácticos de los programas de cumplimiento normativo en el Derecho penal comparado”, en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.) y MAROTO CALATAYUD, M. (coord.): *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Madrid, 2014, pág. 492ss, no basta con poseer un adecuado programa de cumplimiento. Además, es preciso que sea correctamente implementado, lo que no sucedió en los casos que citan a título de ejemplo, como *Aibel y Transocean*, en EUA, o *Alstom*, en Suiza.

17 La experiencia del Derecho comparado demuestra que la empresa podría quedar exenta de pena por la adecuada aplicación de los programas de cumplimiento, no obstante el desvío de la norma por parte de sus representantes. Así, por ejemplo, en el caso *Impregillo*, en Italia, citado por MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. y NIETO MARTÍN, A.: “Mucho más que una circunstancia atenuante”, *cit.*, p. 494.

más. El desconcierto deriva de la dificultad de negar que la voluntad de la sociedad sea la de cometer el delito cuando éste es realizado por quien la representa y actúa en su interés.

A pesar de las reticencias, en el ap. 2 del art. 31 bis CP, se contempla la posibilidad de eximir de RP a la empresa, aun cuando el delito lo hayan cometido quienes representan su voluntad. Nada nuevo en el Derecho comparado. De modo prácticamente idéntico, en Italia, también se prevé esa posibilidad, en el art. 6 del Decreto legislativo, núm. 231/2001, 8-6. El problema estriba en cómo se articula. En el peor de los casos, bastaría con que el Consejo de administración, tras contratar e implementar un programa de cumplimiento y designar a un órgano autónomo de supervisión, resolviera cometer el delito a espaldas de éste para eximir de responsabilidad a la empresa, ante el cumplimiento de las tres condiciones del ap. 2 del art. 31 bis CP: 1ª) la adopción y ejecución del programa de cumplimiento; 2ª) la instauración del órgano autónomo de control; 3ª) la comisión del delito eludiendo los controles del órgano autónomo, por definición distinto al que representa la voluntad social (con la excepción de los supuestos contenidos en el ap. 3); 4ª) el correcto ejercicio de las funciones de control del órgano autónomo.

En suma, si la voluntad de la empresa puede deducirse del modelo de prevención y la correcta actuación del órgano autónomo de control, con independencia de lo que hayan hecho los representantes de la voluntad social, éstos podrían disponer de una patente de corso para la comisión de delitos al margen de aquél. En contra, podría decirse que la hipótesis de la división (esquizofrénica) de voluntades es implantable, pues el hecho de que el representante cometa un delito debe ser tomado como indicador de que el sistema de prevención no funciona, impidiendo que le exima¹⁸. Sin embargo, la realidad es que nuestro

18 NIETO MARTÍN, A.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, *cit.*, p. 142, que considera que “*La realización de un delito por un alto jerarca de la entidad implica que existe una mala cultura corporativa, y que no son creíbles ninguna de las medidas de organización que hayan podido ser adoptadas*”.

sistema admite la posibilidad de exención a pesar de la conducta delictiva de los representantes, como se deduce de la lectura integrada de los aps. 1 y 2 del art. 31 bis CP. Por lo tanto, debemos ver si esa posibilidad, que no descarta la ley, está sujeta a condiciones, como creo, o no, como pueden desear las empresas.

Al analizar este punto no debemos olvidar que, el sistema español presenta una diferencia crucial con el americano, pues para la exención, el nuestro exige que se hayan adoptado modelos de control adecuados (ap. 2 del art. 31 bis CP), mientras que el americano exige que se haya ejercido la debida diligencia para prevenir y detectar la conducta criminal [*Sentencing of organizations Guidelines*, § 8B2.1. (a)¹⁹]. Y si bien, es posible afirmar que cabe adoptar modelos idóneos y luego cometer el delito (como permite la legislación española), no lo es decir que se ha ejercido la debida diligencia y se ha cometido el delito (como impide la legislación americana, que consecuentemente en estos casos sólo concede eficacia atenuante a las compliance, como hasta la reforma de 2015 sucedía en España).

Claro que podría esgrimirse que una cosa es la voluntad personal del representante y otra la de la sociedad representada, cuya probidad puede ser traicionada por el primero con sus actos. Sin embargo, esta hipótesis es difícil de verificar tanto en empresas de pequeñas dimensiones como en aquellas en que, a pesar de su mayor tamaño, los cargos representativos despliegan

19 “§8B2.1. *Effective Compliance and Ethics Program* (a) *To have an effective compliance and ethics program, for purposes of subsection (f) of §8C2.5 (Culpability Score) and subsection (c)(1) of §8D1.4 (Recommended Conditions of Probation - Organizations), an organization shall— (1) exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and (2) otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law. Such compliance and ethics program shall be reasonably designed, implemented, and enforced so that the program is generally effective in preventing and detecting criminal conduct. The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct.*”

un indiscutible poder de control de la voluntad social²⁰. En ellas, la identificación entre representante y representada puede ser significativa, cuando no total²¹. A pesar de lo cual, *a priori* la ley tampoco exceptúa tales supuestos del radio de eficacia exigente de las *compliance*.

2.2.1.2. La distinción conceptual entre la voluntad del representante y de la representada como peligrosa fuente de impunidad

Desde las anteriores premisas, la introducción de las *compliance* suscita un problema inverso al que tradicionalmente había generado la identificación de responsabilidades en el ámbito de la empresa.

Hasta la fecha, el problema había sido la posible ocultación de las personas físicas tras la pantalla de las personas jurídicas, a cuya superación se encaminó la introducción de la regla del actuar por otro (hoy, en el art. 31 CP²²), y la exploración de

20 Sobre las características de las organizaciones que están en la base de una responsabilidad colectiva que vaya más allá de las responsabilidades meramente individuales, por todos, SALVO, N.: *Modelos de imputación penal a personas jurídicas*, cit. págs. 10 ss.

21 Quizás ello contribuya a explicar que, como constata WELLNER, P.: “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, *Cardozo Law Review*, 27/2005, pág. 515, tres cuartas partes de las empresas condenadas por la comisión de un delito son de pequeñas dimensiones.

22 Supuesto para el que, en 1983, se introdujo el art. 31 CP. Sobre ello, por todos, QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974; y QUINTERO OLIVARES, G. en QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1984. Sobre el problema de la distribución de responsabilidades que mediante esta norma se intenta hacer frente, también QUINTERO OLIVARES, G.: “La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación. La entrada de entes y grupos”, CGPJ, 2009, pág. 24: “En cambio la “*idea subyacente*” de la que se parte es clara: las personas jurídicas, y, a veces también las físicas, utilizan para ejecutar sus proyectos a personas físicas que son perfectamente conscientes de lo que hacen, ya sea porque esas personas físicas son materialmente la voluntad de la persona jurídica, sea porque representan a ésta última como parte normal de sus

las posibilidades de algunas figuras²³ como: a) la autoría mediata²⁴ —de discutida aplicación a hechos en los que concurre el dolo del instrumento—; b) el dominio de la organización por el autor detrás del autor —controvertida fuera del ámbito de la criminalidad organizada que actúa completamente al margen del derecho²⁵—; c) la inducción —que no reconoce el protagonismo de quien se sitúa detrás del ejecutor del hecho delictivo²⁶, ni admite la inducción en cadena—; d) la omisión impropia²⁷ —que exige la demostración de una posición de garante, difícilmente predicable respecto de todas las actuaciones de los subordinados—, o incluso e) la imprudencia derivada de la falta de control

tareas. Esa idea será la que, andando el tiempo, se retomará, en parte, para la fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.”

- 23 Sobre las limitaciones de los patrones clásicos de imputación de responsabilidades, QUINTERO OLIVARES, G: “La crisis de la configuración individualista”, *op. ult. cit.*
- 24 Sobre las posibilidades de esta figura, FARALDO CABANA, P.: “Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa”, en SERRANO-PIEDCASAS, J.-DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.): *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, Madrid, 2008, *cit.*, pp. 90 s.
- 25 Sobre el origen de la doctrina, su aplicación jurisprudencial y posibilidades para el derecho de la empresa, véase por todos, PEÑARANDA RAMOS, E., “Autoría y participación en la empresa”, en SERRANO-PIEDCASAS, J.-DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.): *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, Madrid, 2008, pp. 166 ss.; también, FARALDO CABANA, P.: “Posibilidades de aplicación de la autoría mediata”, *cit.*, y exhaustiva relación de las distintas posiciones en la doctrina española y alemana.
- 26 Desde este punto de vista, el recurso a esta figura adolecería de las carencias propias de los modelos de responsabilidad que sitúan en primer término al ejecutor inmediato, para reputar sólo accesorio la intervención de los dirigentes de los que emana la orden de actuación: “*bottom-up model*”, PEÑARANDA RAMOS, E., “Autoría y participación en la empresa”, *cit.*, p. 164. Sobre la posibilidad de trasladar la responsabilidad “hacia abajo” también, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el derecho penal económico”, en SILVA SÁNCHEZ-MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, 2013, p. 470.
- 27 Por todos, DEMETRIO CRESPO, E.: *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009.

de la actuación de los subordinados —difícilmente proyectable sobre la actuación dolosa de otro—²⁸.

En adelante, se abre el peligro inverso. Esto es, que sean las personas físicas las que, en caso de identificarse, sirvan de cortafuegos de responsabilidades penales de la empresa, parapetada tras los programas de cumplimiento, entre cuyas reglas de prevención del delito puede estar la denuncia de sus ejecutores materiales, lo que podría llevar a que, en caso de necesidad, se “hicieran caer” a unos cuantos “chivos expiatorios” en favor del bien colectivo. De ser así, de nada serviría la declaración programática del art. 31 ter CP sobre la posibilidad de acumulación de condenas, cuando la PJ pudiera evitarlas en todo caso.

Por esta vía, podríamos llegar a la conclusión de que, al fin y al cabo, el sistema de RPPJ no sirve para superar el estadio del Derecho penal que limitaba la responsabilidad penal a las personas físicas, con todas sus carencias: a) dejar al principal interesado en la comisión del delito al margen de la RP (la empresa que se beneficia del mismo, que podría quedar libre de pena), b) dificultar la persecución de sus principales promotores (quienes deciden los planes de actuación ejecutados por otros, que continuarían quedando lejos del alcance de la amenaza penal).

En suma, *si lo importante no es que funcione bien la empresa, sino el sistema de control, en el peor de los casos, bastaría con tener efectivamente desinformado al órgano de control y vigilancia para evitar la RPPJ, no obstante la implicación de la cúpula empresarial en la comisión del delito.*

28 Sobre los límites de todas estas figuras, véase QUINTERO OLIVARES, G.: “La crisis de la configuración individualista”, *cit.*; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Elcano, 2000, pp. 188 ss.; SALVO, N.: *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*, <http://www.tdx.cat/handle/10803/285167>; PEÑARANDA RAMOS, E.: “Autoría y participación en la empresa”, *cit.*; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa: la responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Considerar que la empresa debe responder del delito por el solo hecho de que sus representantes formales lo hayan realizado puede vulnerar el principio personalidad de la responsabilidad penal, además de desincentivar la implantación de las *compliance* si nada garantizan. Eso sería inadmisibles, pero no más que eximir de responsabilidad por el solo hecho de poseer una buena *compliance*, cuando existan evidencias de la implicación de la empresa en la comisión del delito, aprovechando los intersticios o efecto pantalla que puedan desplegar los programas de cumplimiento.

2.2.1.3. El derecho penal del hecho como necesario marco teórico de la respuesta penal

Así como la simple carencia de *compliances* no basta para afirmar la RPPJ (a diferencia de lo que preveía el art. 286 seis del PCP 2013²⁹), su presencia tampoco debería bastar para eximirla (así, Circular FGE 1/2011³⁰).

29 Art. 286 seis PCP 2013: *“Centésimo octogésimo segundo. Se introduce, dentro de la nueva Sección cuarta bis del Capítulo XI del Título XIII, un nuevo artículo 286 seis, con la siguiente redacción: “1.- Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida. Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis. 2.- Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses. 3.- No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas.”*

Las ventajas preventivas de las *compliances* son indudables, pues ponen trabas a la comisión del delito y, desde este punto de vista, merecen ser fomentadas³¹. Ahora bien, del mismo modo que el buen ciudadano no queda eximido de responsabilidad penal por su trayectoria anterior, las empresas con *compliance* también tendrán que arrostrar responsabilidades penales³², *cuando ocasionalmente prefieran la vía del delito* —mientras que si la desviación es consustancial y sistemática,

30 Relativizando la importancia de las *compliance*, Circular 1/2011 FGE: “*En íntima conexión con lo anterior, la elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o compliance guide, solo son relevantes en la medida en que traduzcan una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal, porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si esta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si con guía o sin ella, procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por sus gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido aquellos el debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad.*”

31 Por lo general, las críticas al sistema de *compliance* no se dirigen tanto hacia la eficacia del sistema, cuanto a su legitimidad como mecanismo de control de cuño privado. Sobre los orígenes y componente privado y extrapenal de la autorregulación, DARNACULLETA I GARDELLA, MM.: “Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias”, en la obra recién citada, ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, AD. (dirs.): *Autorregulación y sanciones*, pp. 120 ss. Contestando a las críticas de Schünemann a su aplicación al Derecho penal, NIETO MARTÍN, A.: “Autorregulación, *compliance* y justicia restaurativa”, en ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, AD. (dirs.): *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 87 ss.

32 Acerca de la relación entre la posesión de *compliance* y la culpabilidad empresarial, GÓMEZ-JARA DIÉZ, C.: “La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría, necesidad para la práctica”, en SILVA SÁNCHEZ, J.-MIRÓ LLINARES, F. (dir.): *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, p. 537, pronunciándose a favor de la eficacia eximente de las *compliance* ya antes de la reforma de 2015. Sobre la situación previa a la reforma también, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. y NIETO MARTÍN, A.: “Mucho más que una circunstancia atenuante”, *cit.*, p. 466.

ya no estaríamos ante empresas, sino asociaciones delictivas u organizaciones criminales para las que la respuesta penal es otra—.

A esa conclusión puede llegarse por dos vías distintas: a) partir de la distinción entre el “carácter” o actitud de la empresa ante el derecho (plasmada en la existencia o no de programas de cumplimiento) y el hecho concretamente cometido (el delito)³³, lo que permitiría escapar a la crítica de que el sistema de RPPJ responde a los postulados del derecho penal de autor y la peligrosidad criminal³⁴ para el que es prevalente el juicio sobre la conducción de vida; o bien b) considerar que la comisión del delito por sus representantes revela que el carácter o modelo de cumplimiento no era el adecuado y por lo tanto no puede eximir de responsabilidad penal³⁵.

Por cualquiera de esas vías podría llegarse a la conclusión de que es posible la condena de la empresa a pesar de la posesión de la compliance, cuya sola existencia no impide el juicio sobre su implicación en el delito concretamente cometido.

Así como es comúnmente admitido que las necesidades de afirmación del derecho a través de la prevención general no pueden llegar hasta el punto de justificar la condena del inocente (chivo expiatorio), el afianzamiento del sistema preventivo tampoco puede justificar la exención de responsabilidades penales por la sola implantación de las *compliances* en las *good citizens corporations*. Ello no solo sería injusto, cuando pueda afirmarse que la voluntad de la sociedad se ha canalizado a través del delito cometido por sus representantes, sino que tampoco sería útil al fin de prevención del delito.

33 Acerca de la diferencia entre código ético y código de conducta, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. y NIETO MARTÍN, A.: “Mucho más que una circunstancia atenuante”, *cit.*, pp. 487 s.

34 Sobre ello, NIETO MARTÍN, A.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema”, *cit.*, p. 139.

35 NIETO MARTÍN, A.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema”, *cit.*, p. 142”.

2.2.1.4. Conclusiones: la posibilidad de afirmar la RPPJ en empresas con compliance

En suma, si en la situación previa a la reforma podía resultar injusto que se derivaran responsabilidades penales para las empresas mejor intencionadas y orientadas a la evitación del delito por lo que hicieran o dejaran de hacer sus representantes cuando se desviaran de la voluntad real de la empresa, con el nuevo sistema, podría incurrirse en el defecto inverso. Esto es, eximir de responsabilidad penal a las empresas por el solo hecho de contar con una *compliance*, a pesar de la directa implicación en el delito de los representantes de la verdadera voluntad societaria (el “alter ego” del que habla la doctrina sajona)³⁶, y de que hayan actuado en su provecho.

El núcleo del problema radica en determinar si cabe afirmar la responsabilidad de la empresa que ha demostrado su buena voluntad a través de la implantación de la *compliance*, a partir del hecho de referencia cometido por una persona física, sin infringir el principio de personalidad de la responsabilidad penal³⁷, ni ignorar la dependencia en la formación de la voluntad que existe entre una y otra.

36 Sobre la necesidad de encontrar el punto de equilibrio en la atribución de un rol determinante al hecho de referencia, SALVO, N.: *Modelos de imputación, cit.*, p. 347, conclusión 17ª.

37 Crítico con el modelo de heterorresponsabilidad contenido en el a la sazón Proyecto de reforma del Código penal, se manifestaba FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?”, en ARROYO JIMÉNEZ, L.-NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *Autorregulación y sanciones* Valladolid, 2008, pp. 208 s., considerando que podría hacer responder a la empresa en cuyo interés hubiera actuado la persona física, no obstante la adhesión al derecho de la persona jurídica: “*De acuerdo con la regulación del proyecto de reforma, la persona jurídica responde por los delitos cometidos en su interés aunque esté correctamente organizada desde un punto de vista jurídico y el delito se haya cometido aisladamente en contra de las políticas empresariales o la cultura empresarial. Esta consecuencia del desafortunado modelo del proyecto va en contra de la tendencia creciente en el marco del Derecho comparado y dela doctrina especializada de exigir un defecto organizativo como presupuesto de la responsabilidad penal de la empresa.*”

En otras palabras, lo que aquí se dirime es si cabe negar absolutamente la implicación de la empresa en el delito cuando, a pesar de la compliance, quienes representan la verdadera voluntad de la empresa están implicados en el mismo —dejando de momento de lado las dificultades para identificar a los autores del hecho delictivo³⁸—. Estas reflexiones alcanzan también a la segunda vía de imputación de RPPJ, cuyo presupuesto de aplicación es que los representantes de la voluntad societaria hayan demostrado su más completa pasividad en la persecución del delito, como puede suceder cuando asumen la actuación realizada en provecho de la empresa.

Sólo en caso de considerar que la voluntad de la empresa debe deducirse exclusivamente de las compliance y no de la actuación de sus representantes podría eximirse de RPPJ por la sola posesión de aquéllas. En tal caso, adquiriría pleno significado la *crítica* a la imputación de responsabilidades a la pri-

Frente a las críticas dirigidas contra la posibilidad de RPPJ por los hechos de sus representantes, QUINTERO OLIVARES, G.: “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 115, CGPJ, CENDOJ, 2007, p. 15, que “no se trata de transferir la responsabilidad de un extraño a quien nada tiene que ver con lo que ese sujeto haya hecho, sino algo muy diferente: que la conducta de las personas físicas que ocupan una determinada posición impregna de beneficio o de perjuicio, y por lo tanto de responsabilidad, a la persona jurídica a la que pertenece”.

Sobre el tema, véase la distinción entre el modelo de responsabilidad empresarial y responsabilidad colectiva de GÓMEZ-JARA, C.: “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ARROYO JIMÉNEZ, L.-NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid, 2008, p. 282, nota 95.

- 38 Si la RPPJ debía servir para superar los problemas de atribución de responsabilidades en el seno de la empresa, de poco serviría si presupuesto de la primera es la identificación de las personas físicas autoras del delito, acerca de cuyas dificultades alerta QUINTERO OLIVARES, G.: “La crisis de la configuración individualista”, *cit.*

mera por los hechos de los segundos³⁹. En caso contrario, si, como creo, admitimos que cabe la implicación de la empresa en el delito, a pesar de las compliance, éstas no deberían producir efectos exoneradores automáticos.

En suma, la responsabilidad penal de las empresas con compliance no debería excluirse cuando la actuación de las personas físicas sea indicador claro de la voluntad corporativa de infringir la ley. El problema será deslindar, en sede judicial, los supuestos en que la voluntad del representante es plasmación de la de la empresa de aquéllos en que no es así.

Las anteriores reflexiones acerca de los necesarios límites a la eficacia eximente de las *compliance* nos conducen a otro problema común a las dos vías de imputación, que tiene que ver con los requisitos que deben cumplir para que surtan algún efecto. Me refiero a su idoneidad o eficacia para la prevención del delito, lo que no es fácil probar.

2.2.2 La difícil prueba de la idoneidad de las *compliance*

Por supuesto, para conseguir los efectos exoneradores de los que se acaba de hablar no basta con haber adoptado una

39 En este sentido, adquirirían relieve las críticas de FEIJOO SÁNCHEZ, B., *cit.*, p. 209, al Proyecto de reforma del Código finalmente plasmado en la LO 5/2010, en “Autorregulación y derecho penal...”: “*En el modelo adoptado de la representación o la imputación del dolo o la imprudencia de la persona física a la persona jurídica ésta acaba respondiendo penalmente sólo por un hecho ajeno realizado en su interés. Es decir, la empresa acaba respondiendo penalmente aunque tuviera un código o programa adecuado de prevención de este tipo de delitos y lo hubiera implementado y desarrollado correctamente mediante las inversiones necesarias. En definitiva, las personas jurídicas en realidad no pueden hacer nada contra la responsabilidad penal. Carecen de oportunidad razonable alguna para evitar la sanción. Por bien organizadas que estén o por ejemplares que sean como corporaciones organizadas en consonancia con el Derecho, una actuación delictiva puntual de un trabajador aislado supondrá la imposición de una pena. Son castigadas aunque se comporten correctamente. A eso siempre le hemos llamado —ilegítima— responsabilidad objetiva.*”

compliance, es preciso que ésta sea idónea. Por lo tanto, la falta de idoneidad puede erigirse en un obstáculo, prácticamente insuperable en algunos casos, como a continuación expongo.

2.2.2.1. La exigencia legal de la idoneidad de la *compliance* para la exención de RPPJ

De acuerdo con la nueva redacción del art. 31 bis CP, en el caso de los delitos cometidos “*por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*” (primera vía de imputación, descrita en el ap. 1, letra a) del art. 31 bis CP), la persona jurídica queda exenta de RP cuando “*el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión...*” (ap. 2 art. 31 bis CP).

Análogamente, para el supuesto de los delitos cometidos por quienes están “*sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior*” (segunda vía de imputación, recogida en ap. 1, letra b) del art. 31 bis CP), para la exención de RPPJ se requiere que: i) aunque haya existido un incumplimiento grave por parte de los superiores de “*los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*” (art. 31 bis.1, b) CP, *in fine*); ii) la persona jurídica haya “*adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*” (ap. 4 del art. 31 bis CP).

2.2.2.2. Las dificultades para afirmar la idoneidad de las compliance frente a los delitos dolosos.

En las dos vías de imputación recogidas en el art. 31 bis CP, el reconocimiento del carácter eximente del programa de cumplimiento pasa por la valoración de su idoneidad o adecuación para la prevención de delitos. El problema radica en que es difícil hallar un solo programa de actuación que pueda prevenir no ya absolutamente, sino incluso significativamente la comisión de delitos dolosos, como son la mayoría de los que permiten la RPPJ⁴⁰, pues ante la resolución de cometer el delito, la existencia de controles preventivos no será obstáculo decisivo⁴¹.

Pensemos en el caso de una empresa en la que, no obstante haber implementado programas de cumplimiento orientados a la prevención de la corrupción en el mercado internacional, el consejo de administración decida promover la entrega de dádivas a cuantos funcionarios se presten a conceder una licencia de actividad, concesión o contrato público a cambio. Por mucho que la empresa prevea en sus normas de funcionamiento la prohibición del manejo de metálico, la obligación de firma mancomunada o la rendición de cuentas sobre el destino de los gastos⁴², podrían realizarse los pagos de la suma corrupta, bajo la apariencia de un supuesto gasto en proveedores, cuya falsedad pasara inadvertida al órgano de control. Lo mismo debe decirse del caso que ocupa los titulares de la prensa internacional al tiempo de escribir estas líneas, consistente en un considerable fraude en los mecanismos de control del grado de contaminación de los automóviles suministrados por una conocida firma

40 A falta de un precepto legal que reúna en una lista la totalidad de los delitos de los que cabe derivar RPPJ, puede verse la Circular FGE 1/2011, *relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010*, págs. 55 y s.

41 Así, QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *cit.*

42 Acerca de las medidas que pueden comprender los programas de cumplimiento, véase por todos, NIETO MARTÍN, A. (dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015.

alemana, que a buen seguro contaría con todas las *compliance* imaginables y que de momento solo ha llevado a señalar a los responsables individuales como si la empresa nada tuviera que ver con el fraude.

La reflexión que suscitan supuestos como los descritos es que ni el mejor programa de *compliance* evita la comisión del fraude, que puede pasar desapercibido a la mayoría si se saben aprovechar adecuadamente las limitaciones consustanciales a cualquier sistema de control y eventualmente se recurre a falsedades que encubran la naturaleza delictiva de los hechos.

A mi parecer, el problema no se resuelve admitiendo que las *compliance*, lejos de tener que demostrar una eficacia absoluta (lo que quedaría sistemáticamente desdicho por la evidencia del delito efectivamente cometido), sólo deben “*reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*” (como se recoge para cada una de las vías de imputación, en los aps. 2 y 4, respectivamente); y para la eficacia atenuante, ni eso, pues basta con un cumplimiento parcial de los requisitos legales (art. 31 bis.2, *infine*⁴³, y 4, 2º pár. CP).

Esa disminución en el nivel de exigencia de las *compliance* no basta, cuando el problema es que prácticamente no se le puede reconocer ninguno, como considero que sucede ante el delito doloso, especialmente cuando cuenta con el apoyo o beneplácito de la cúpula empresarial.

Si el problema planteado por la delincuencia empresarial fuera que se cometen delitos por el desconocimiento de los imperativos legales, una *compliance* que promoviera la difusión de información acerca de las consecuencias penales de determinadas conductas y la consolidación de una ética empresarial respetuosa con la ley⁴⁴ podría considerarse idónea al fin pretendido,

43 “*En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena*”.

44 Sobre esa posibilidad, SALVO, N., *Modelos de imputación penal a personas jurídicas*, cit., p., 319.

por su contribución a la función de prevención mediante la contramotivación. Sin embargo, ni los cuadros empresariales son las más desinformados, ni el legislador concibe las *compliance* como meros medios de información o formación jurídica, sino de intervención en los procesos de adopción e implementación de decisiones y gestión de recursos financieros⁴⁵.

Por ello creo que, si la eficacia de las *compliance* es condición de su carácter eximente, quedará ostensiblemente debilitada ante los delitos dolosos, para cuya contención difícilmente podrá afirmarse que el modelo sea idóneo (ap. 2 del art. 31 bis CP) o adecuado (ap. 4 del art. 31 bis CP).

En mi opinión, las *compliance* sólo pueden aspirar a desplegar verdadera eficacia preventiva frente a los delitos imprudentes —circunscritos al blanqueo, el delito ecológico y la nueva modalidad de quiebra—, tal como estamos acostumbrados a que suceda en el ámbito de prevención de riesgos laborales o medioambientales⁴⁶. Sin embargo, no puede olvidarse que la mayoría de los que permiten la RPPJ son dolosos —como la estafa, la frustración de la ejecución o la financiación ilícita de partidos—, y frente a ellos es prácticamente imposible imaginar no ya un modelo absolutamente eficaz, sino incluso uno que lo sea sólo “*significativamente*”, pues ante la determinación de cometer un delito no hay modelo preventivo capaz de impedirlo, aunque por supuesto, dificulte la ejecución, obligando a recurrir a falsedades documentales u otras formas de encubrimiento del carácter ilícito de la conducta prohibida, a las que, de todos modos, debería recurrir la persona física que quisiera evitar la sanción penal que gravita sobre su conducta.

45 Art. 31 bis CP .5, aps. 2º y 3º en particular.

46 Cuestión distinta es si para ello basta con la ordenación de la prevención de riesgos de carácter extrapenal, como plantea ESTEVE PARDO, J.: “El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya”, en ARROYO JIMÉNEZ, L.-NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid, 2008.

Lo dicho hasta aquí conduce a cuestionar que las *compliance* puedan ofrecer las garantías de impunidad deseadas y esperadas por muchos, mientras las condiciones de aplicación sean de difícil verificación. Con todo, quedaría todavía una posible vía de elusión de RPPJ —a la que sin embargo no le auguro mucho recorrido—, pues los mismos obstáculos que se oponen al reconocimiento de eficacia eximente de las *compliance* frente al delito doloso, dificultan la afirmación de la RPPJ por la segunda vía de imputación. Esto es, negar que el delito doloso se haya cometido “*por haberse incumplido*” los deberes de supervisión, vigilancia y control de los superiores, pues si partimos de que el delito se habría cometido de todos modos bajo el mejor de los sistemas de control⁴⁷, su comisión no puede considerarse consecuencia del descontrol, aunque lo favorezca.

A diferencia de lo que sucede con los delitos imprudentes o de peligro, que tienen lugar “por” la infracción de las normas de cuidado —de las que se nutren los programas de cumplimiento⁴⁸—, la idiosincrasia de los delitos dolosos hace que no traigan causa de la infracción de las medidas de precaución o vigilancia, sino una voluntad preexistente, lo que haría prácticamente imposible concluir que el delito doloso se hubiera cometido como consecuencia o “por” haberse incumplido los deberes de supervisión de los superiores sobre sus subordinados.

A la luz de las anteriores consideraciones, las alternativas se dividen entre:

a) admitir que basta con poseer un buen programa de prevención del delito, en la confianza de que, en términos genera-

47 Acerca del papel que deba otorgarse a la omisión de los debidos controles en la afirmación de la RPPJ, véase, entre los defensores de la autorresponsabilidad de la empresa, NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit.; desde la posición contraria, FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Autorregulación y derecho penal de la empresa”, cit., p. 205.

48 Sobre las posibilidades del Derecho administrativo y las *compliance* en este ámbito, FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Autorregulación y derecho penal de la empresa”, cit., pp. 244 s., y 250, respectivamente.

les, el sistema contribuya a disminuir el peligro criminal, lo que provocará insatisfacción cuando en el caso concreto la comisión del delito no pueda dissociarse de la voluntad de la empresa;

b) limitar la eficacia eximente de las *compliance* a los supuestos en que la actuación delictiva de los representantes de la voluntad social se considere desviada de la voluntad social favorable al cumplimiento de las normas penales;

c) restringir la eficacia eximente de las *compliance* a los delitos imprudentes, en la medida en que son los únicos que pueden prevenirse eficazmente a través de normas de precaución y supervisión.

Aunque no parece que haya sido la voluntad del legislador, hay motivos para pensar que la última opción es a la que empuja el contenido y estructura objetiva de la ley, que, en su caso, obligaría al intérprete con más fuerza que aquélla.

2.3. Los peligros del nuevo modelo

En los países que, como EUA, hace tiempo que han introducido las *compliance*, los estudios de campo alertan acerca de sus posibles efectos perversos. En concreto, la sustitución del juicio de adecuación a derecho por el de cumplimiento formal de los programas⁴⁹, que puede traducirse en la absolución prác-

49 Sobre la contraposición que puede producirse entre la función de estabilización de programas y la de prevención de delitos, véase FEIJOO SÁNCHEZ, B.: "Autorregulación y derecho penal de la empresa", *cit.*, p. 240; y, WELLNER, P.: "Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions", *cit.*, pp. 510 ss.: "*it creates a problem of "overenforcement" and it forces companies to choose between complying either with the spirit of the law or the letter of the law.*"

Asimismo, sobre los peligros de que prime la mera comprobación de la *compliance*, Circular FGE 1/2011: "*Como ya se ha señalado, existe en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, corporate defense, compliance guide, plan de prevención del delito o como*

ticamente automática de las empresas con compliance y el riesgo inverso de condena de las que, no poseyéndolas, hayan sido escenario del delito⁵⁰ —aunque, a diferencia de lo que preveía el PCP de 2013, no se ha elevado a delito la sola carencia de *compliance*—.

Si esa llegara a ser la práctica aplicativa en nuestro país, cercenando la función del juez en la valoración de la idoneidad de los programas de cumplimiento, éstos podrían terminar por utilizarse a modo de maquillaje por parte de las empresas decididas a cometer delitos⁵¹.

A pesar de todo, podrá decirse que, aunque pequeña, alguna será la eficacia preventiva de los programas de cumpli-

quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la Ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados; en este contexto, resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada. Imaginemos que las pautas de comportamiento de la guía omitieran o fueran particularmente laxas a la hora de establecer controles sobre determinada actividad peligrosa de la compañía para ahorrar costes... ¿de verdad el hecho de que el individuo hubiera actuado conforme a ese estándar debe exonerar a la persona jurídica de su responsabilidad? La respuesta resulta obvia; por consiguiente, lo importante será acreditar, y esta es sin duda una cuestión de prueba, que las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito en las circunstancias a las que la misma se refiere. En coherencia con lo expuesto, el precepto exige expresamente que sean atendidas las concretas circunstancias del caso.”

- 50 Como mínimo, esa ha sido la experiencia en los EUA, de acuerdo con los datos recopilados y analizados por el imprescindible artículo de WELLNER, P.: “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, *cit.*, p. 516, quien cita estudios de campo que ponen de manifiesto que, en la práctica totalidad de los casos analizados, las empresas condenadas no poseían *corporate compliance*, mientras que las que los poseían fueron absueltas.
- 51 WELLNER, P.: “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, p. 516 alerta frente a los “window-dressing” compliance programs”.

miento, y que no puede ser tan desacertado premiar a las empresas que se preocupan de algún modo por evitar el delito. El tiempo dirá si eso es así o si los esfuerzos invertidos en la difusión e implantación de los programas de actuación terminan por relajar la atención judicial sobre la implicación real en la erradicación del delito. En todo caso, para no incurrir en los errores de los que nos alertan desde otros países con más experiencia en la materia, será preciso que los jueces no renuncien a su legítima función de valorar la idoneidad de la *compliance* para la evitación del delito, sin perjuicio de la necesidad de una reflexión ulterior acerca de las limitaciones estructurales de las que considero que adolecen las *compliance* en la consecución de su cometido.

3. La supresión del administrador de hecho del círculo de sujetos transmisores de responsabilidad

El anterior no ha sido el único aspecto de la regulación de la RPPJ afectado por la reforma. Ésta incide también sobre otro aspecto de nuestro modelo normativo que compromete seriamente las posibilidades de exigir RPPJ, cual es la aparente supresión de los administradores de hecho de las lista de sujetos que pueden transferir RP a las PPJJ.

3.1. El contenido de la reforma

Como se desprende de la lectura del texto legal, hasta la reforma de 2015, en el art. 31 bis. 1, primer inciso CP, se hacía referencia a los “*representantes legales y administradores de hecho o de derecho*”, mientras que, a partir de la reforma de 2015, en idéntica posición sistemática – ahora, en la nueva letra a) del mismo apartado 1 y artículo 31 bis -, se menciona a: “*aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*”

La expresión “*administrador de hecho*” ha desaparecido de la literalidad del precepto legal y, en mi opinión, también de su contenido efectivo; como mínimo, en parte. No desaparece el administrador que, no obstante no serlo para el Derecho mercantil, actúa bajo mandato formal⁵². Ahora bien, sí que desaparece el que ejerce funciones materiales de administración sin habilitación formal alguna, como, por ejemplo, el administrador de la empresa matriz que decide sobre lo que haga la filial. Entender que estos sujetos se mantienen en el círculo de los que permiten transferir responsabilidad penal a la empresa dejaría sin razón de ser la nueva exigencia de autorización o facultad específica habilitante. Por supuesto, no se excluye que alguien entienda que continúan manteniéndose los administradores de hecho sin alteración alguna, del mismo modo que también caben las autorizaciones de hecho. Lo extraño sería que para dejarlo como antes se haya tenido que reformar el tipo, y que ello se haga introduciendo un requisito añadido que acto seguido se vacía de contenido.

Si, de todos modos, no es esa la solución que se impone en la jurisprudencia, y se concluye que nada ha cambiado y que los administradores de hecho no han desaparecido del precepto⁵³, tampoco nos hallaríamos ante una interpretación absoluta-

52 Entre los ejemplos mencionados por MAGRO SERVET, V.: “La responsabilidad penal de los administradores de hecho”, en *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 91, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 150 s., cuenta el administrador judicial, promotores, fundadores, o apoderados como el director general o gerente.

53 Hasta la reforma, se había manifestado a favor de la inclusión de los administradores de hecho, por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, JA.: “La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre”, en *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 91, CGPJ, Madrid, 2006, p. 40: “en el Derecho penal de la empresa el concepto de administrador debe determinarse con gran amplitud, conforme a un criterio fáctico de dominio”. Defendiendo asimismo la incriminación de los administradores

mente *contra legem*, errática o injusta, aunque sería al precio de admitir que, una vez más, el legislador ha logrado confundirnos con cambios absurdos y carentes de prurito técnico alguno.

Si, por el contrario, partimos de que la modificación en la literalidad del precepto es trasunto de su alteración sustantiva, y se impone la interpretación restrictiva⁵⁴, conforme a la que se han suprimido los administradores de hecho del precepto⁵⁵, la reforma provocará unas extraordinarias limitaciones en la RPPJ, que además, por su carácter más beneficioso, tendrá unos efectos retroactivos que no pueden haber pasado desapercibidos al legislador. Aspecto que debe ser objeto de reflexión si, como advertía la Circular FGE 1/2011, acerca de la regulación vigente hasta la fecha, “*El precepto incluye la conducta de los gestores de derecho y de hecho, lo que resulta lógico, por cuanto si la responsabilidad penal de las personas jurídicas quedara extramuros de la conducta de los segundos, bastaría con recurrir sistemáticamente a gestores fácticos para obtener la impunidad.*”

de hecho en el ámbito de los delitos societarios, a fin de evitar “*el fraude derivado de las actuaciones de aquellas personas que actúan por medio de testaferros insolventes ... cuando quienes realizan realmente las funciones de administración son terceros que prefieren quedar ocultos del sistema de publicidad registral que conlleva el cargo de administrador de derecho*”, MAGRO SERVET, V.: “La responsabilidad penal de los administradores de hecho”, *cit.*, p. 139. También contempla esta posibilidad, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 115, CGPJ, CENDOJ, 2007, p. 105.

Sobre el papel de los cargos “de hecho” en el ámbito de la empresa, VERVAELE, J.: “Societas/universitas delinquere ed puniri potest. ¿La experiencia holandesa como modelo para España?, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 115, CGPJ, CENDOJ, 2007.

54 Como sostiene QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, p. 90.

55 A diferencia, por cierto, de lo que se prevé en otros lugares del Código, como los arts. 31, 282 bis, 290, 293, o 294 CP.

3.2. Consecuencias de la supresión de los administradores de hecho

Si se admite la interpretación restrictiva, por la que, en adelante, quedan excluidos los administradores (verdaderamente) de hecho del círculo de sujetos transmisores de RPPI, la reforma tendría efecto directo sobre los supuestos en que el “hombre de atrás” sin cargo formal alguno recurre a *testaferros*, así como en aquellos en que el administrador formal de la empresa matriz o dominante decide sobre lo que deban hacer las filiales o el resto de miembros del grupo⁵⁶.

En tales casos, el administrador de hecho puede incurrir en responsabilidades penales por sus acciones, tanto cuando sean constitutivas de un delito común como la estafa, como especial como la quiebra, pues aunque sólo la persona jurídica reúna las cualidades subjetivas del tipo de delito, el art. 31 CP permite imputar tanto al administrador de hecho como de derecho que actúe en nombre de aquélla⁵⁷.

Además, también pueden responder a título de partícipes el resto de personas físicas que intervienen conscientemente en el delito, como el hombre de paja que actúa a conciencia de la significación delictiva de los hechos. Mientras que, de no ser ese el caso, y el sujeto actuara sumido en el error, podría quedar exento de responsabilidad penal y considerarse un mero instrumento no doloso en manos de la voluntad del administrador de hecho.

Ahora bien, el administrador de hecho, acerca de cuya responsabilidad personal no existen, en principio, dudas, no podría actuar como fuente de transmisión de responsabilidad penal a la persona jurídica, al haber quedado al margen del art. 31 bis. Para declarar la responsabilidad de la empresa debería recurrirse entonces, a otras vías, no exentas de dificultades.

56 Circular FGE 1/2011, pág. 28 ss.

57 Acerca de los problemas para la imputación de responsabilidades al administrador de hecho, véase NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *La responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, 2000.

Una de ellas podría ser la derivación de responsabilidades penales para la empresa por la eventual participación en los hechos del administrador formal o incluso el mando intermedio delegado⁵⁸. Ahora bien, para que puedan derivarse responsabilidades por la primera vía de imputación es preciso que el administrador de derecho pueda considerarse autor del delito, no bastando con su contribución a título de partícipe⁵⁹, pues el art. 31 bis.1, a) CP exige que el representante haya “cometido” el delito en nombre o por cuenta de la empresa, es decir, a título de autor. De modo que, la intervención a mero título de partícipe, si bien no obsta la responsabilidad de la persona física⁶⁰, no permite la de la jurídica.

Por el contrario, no habrá obstáculo a la RPPJ cuando el administrador de derecho intervenga a título de coautor⁶¹. Sin

58 Acerca del problema de la distribución de responsabilidades en los supuestos de delegación de funciones, véase, LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA.: “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, en NIETO MARTÍN, A. (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Valencia, 2015; y GARCÍA CAVERO, P.: “La competencia por el hecho..”, *cit.*, p. 372 ss.

59 No entro aquí en las dificultades de deslindar el terreno propio de la autoría y participación, en especial en el seno de organizaciones. Sobre ello, QUINTERO OLIVARES, G.: “La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación”, *cit.*

60 Y, en ese caso, a la vista de la literalidad de los arts. 28 y 29 CP, difícilmente por omisión. Cuestionando la posibilidad de admitir la participación omisiva, QUINTERO OLIVARES, G.: “Comentario al art. 29”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. I, Cizur Menor, 2011, p. 350; a favor de la admisión de la complicidad en la comisión por omisión, DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en SERRANO-PIEDecasas, J.-DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, Madrid, 2008, p. 81; a favor de la participación por omisión, LASCURAÍN, JA.: “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015, pp. 282 ss. Sobre la posición favorable de la jurisprudencia, véase QUINTERO OLIVARES, G.: “La crisis”, *cit.*, pág. 48.

61 Ello podría suceder en los supuestos descritos por GARCÍA CAVERO, P.: “La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva a la

embargo, ni desde el plano de lo fáctico es fácil afirmar que el administrador de derecho comparte el dominio del hecho con el administrador de hecho⁶², ni en el plano jurídico, apreciar la coautoría cuando ninguno de los dos realiza acto ejecutivo alguno⁶³.

Otra posibilidad, tampoco exenta de obstáculos, pasa por derivar responsabilidades para la empresa a través de la segunda vía de imputación, que atiende a la conducta de los subordinados. El problema, a mi parecer, reside en que los supuestos en que el subordinado actúa bajo las órdenes del administrador de

medida de los delitos cometidos desde la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, J.-MIRÓ LLINARES, F. (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, 2013, p. 389, como “administradores sumisos” (a los designios del administrador de hecho).

62 CHOCLÁN MONTALVO, JA.: “La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre”, *cit.*, pág. 43: citando a la STS 30.11.90, considera que: “*Resultando esencial el dominio fáctico al margen de la posición formal, cuando ese dominio lo ostenta el administrador de derecho, quedará excluida en la mayoría de las situaciones la autoría de los órganos inferiores de la empresa que de ellos dependen jerárquicamente. No obstante cuando el dominio lo ostenta un administrador de hecho, no puede deducirse responsabilidad penal automáticamente al administrador de derecho por el solo hecho de serlo; por el contrario, debe indagarse sobre su real contribución al hecho injusto*”.

63 Sobre la posibilidad de considerar autor del delito al superior jerárquico por los actos del subordinado, MUÑOZ CONDE, F.: “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?”, *Revista Penal*, 9/2002; PEÑARANDA RAMOS, E.: “Autoría y participación en la empresa”, *cit.*, pp. 173 ss.

Sobre las posibilidades de la comisión por omisión en este ámbito, por todos, DEMETRIO CRESPO, E.,: “Sobre la posición de garante del empresario”, *cit.*; el mismo, *Responsabilidad por omisión del empresario*, 2009. Según este autor, la discusión no se centra en la posibilidad de admitir la comisión por omisión del empresario por la no evitación de la actuación de los subordinados, pág. 69, que cabe sin quiebra del principio de responsabilidad por el hecho propio, pág. 71, bajo determinadas condiciones, pág. 79. El problema radica en distinguir los delitos cometidos como consecuencia o en ocasión de la actividad empresarial, y la determinación de la amplitud de la obligación de evitar hechos delictivos por parte de los superiores.

hecho y la tolerancia del administrador formal no se corresponden exactamente con la idea de descontrol, que subyace a esta vía de imputación.

Si, de todos modos, optáramos por esta vía para calificar los hechos en que quien decide es el administrador de hecho, con la tolerancia del administrador formal, la RPPJ derivaría no tanto de la falta de control de los superiores, sino la falta del control “debido”⁶⁴. La duda es si con ello no se fuerza la interpretación de la ley para encajar en la segunda vía de imputación lo que en realidad es una decisión desviada de quienes representan la voluntad social y actúan en su provecho⁶⁵.

En suma, cuando en la decisión delictiva interviene el administrador de hecho, sólo parece posible derivar responsabilidad para la empresa:

a) por los hechos de los administradores formales, cuando puedan considerarse coautores junto con el administrador de hecho, en cuyo caso, a las dificultades de afirmar el condominio del hecho, se suman las relativas a la difícil delimitación entre autoría y participación;

b) por los hechos de los subordinados cometidos bajo las órdenes del administrador de hecho y la pasividad u omisión de los debidos controles de sus administradores formales, aunque al precio de pervertir el significado de la vía de imputación por descontrol⁶⁶.

64 “*por haberse incumplido gravemente por aquéllos (los administradores formales) los deberes de supervisión....*” (art. 31 bis.1, b), y para el supuesto de incumplimiento de menor entidad, art. 66 bis, 2ª, 3er. pár.).

65 Sobre la importancia de la orientación subjetiva para la construcción de la RPPJ, BAIGÚN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, 2000; sobre el significado del “interés o ventaja” en el derecho penal italiano, que ha sido fuente de inspiración directa para el legislador español, véase DE SIMONE, G.: “La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d’imputazione”, en *Diritto penale contemporáneo*, Milano, 2010, pág. 32 y ss. Sobre la muy difícil acomodación de las ideas de interés o ventaja al delito imprudente, en especial, págs. 40 y ss.

66 Aunque, como observa DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante”, cit., pág. 66, esa es una disfunción derivada del propio sistema

3.3. La vana ampliación del círculo de personas jurídicas imputables

Entre las recientes novedades en materia de RPPJ, debe hacerse también mención a la inclusión entre las personas jurídicas imputables de: los partidos políticos y sindicatos (desde 2012), y las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (desde 2015).

La reforma se debe, por un lado, a la LO 7/2012, por la que se suprimió la mención que se hacía a los partidos políticos y sindicatos de la cláusula de excepción del ap. 5 del art. 31 bis CP, hoy en el 31 quinquies CP⁶⁷; por otro, a la LO 1/2015, por la que se amplía la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas⁶⁸ que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (ap. 2 del art. 31 quinquies CP), para las que se limitan las sanciones aplicables a las contenidas en las letras a) y g) del ap. 7 del art. 33 CP⁶⁹.

de doble vía de imputación, en el que cabe la RPPJ por los hechos de los subordinados cuando son sus superiores jerárquicos los que han omitido los deberes de control.

67 Preámbulo de la LO 7/2012: *“En primer lugar, se modifica la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad, suprimiendo la referencia a los mismos que hasta ahora se contenía en la excepción regulada en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal. De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos.”*

68 Nótese que, a diferencia del texto anterior, se sustituye el adjetivo “estatales” por “públicas”, disipando el problema interpretativo que se planteaba respecto de las de carácter autonómico y local, señalado en la Circular FGE 1/2011.

69 Preámbulo de la LO 1/2015: *“Asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se*

El sentido extensivo de la reforma es indiscutible. No obstante, existen motivos para dudar que vaya tan lejos como pudiera parecer, en especial en lo que a la responsabilidad de los partidos se refiere.

El muy limitado alcance del nuevo tipo de financiación ilícita de partidos políticos, introducido en el art. 304 bis CP por LO 1/2015, lleva irremediabilmente a truncar las esperanzas de regeneración a través del Derecho penal.

Como ya se ha empezado a apuntar en la Doctrina⁷⁰, las posibilidades aplicativas del delito se ven recortadas por las previsiones de la Ley de financiación de partidos políticos⁷¹, a cuyo art. 5.Uno⁷² remite el Código penal (art. 304 bis), incorporando al mismo todas sus limitaciones, de las que se deriva la atipicidad de los siguientes supuestos:

- a) *donaciones de bienes inmuebles⁷³ por valor superior a 50.000 Euros (límite cuantitativo ordinario⁷⁴);*
- b) *donaciones a las Fundaciones de los partidos que no cumplan con los requisitos del art. 5.Uno, aps. a) o c)⁷⁵*

podrán imponer las sanciones actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal.”

70 Sobre el tema, por todos: MAROTO CALATAYUD, M.: *La financiación ilegal de partidos políticos”. Un análisis político criminal*, Madrid, 2015.

71 *Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos*, modificada por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo.

72 “Artículo 5. Límites a las donaciones privadas.

Uno. Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente:

a) Donaciones anónimas, finalistas o revocables.

b) Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales.

c) Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.”

73 Art. 5.Uno, 2º pár LFPPP “*Se exceptúan del límite previsto en la letra b) las donaciones en especie de bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4.2, letra e).*”

74 Art. 5.Uno, b) LFPP *supra*.

75 Estos es: superar el límite cuantitativo máximo o proceder de personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica.

LFPP, de acuerdo con la *Disposición Adicional Séptima*. Cuatro de la LOFPP⁷⁶, que las sustrae del régimen de prohibiciones del art. 5 LOFPP;

- c) *las operaciones asimiladas o pagos por el partido*, así como de los *acuerdos sobre condiciones de deuda*, que el art. 4 de la LOFPP⁷⁷ distingue conceptualmente de las donaciones o aportaciones al mismo, que son las únicas incluidas en el art. 5 LOFPP al que se remite el tipo del art. 304 bis CP.

4. Conclusiones acerca del papel del juez ante los peligros de hipertrofia de las compliance.

El reconocimiento de la eficacia exigente de las *compliance* no es incondicionado. Para que la tengan, deben cumplirse los requisitos mencionados en el ap. 5 del art. 31 bis CP, pero sobre todo, ser idóneas para la evitación del delito (aps. 2 y 4 del referido precepto) y estar adecuadamente aplicadas, lo que, como enseña la experiencia de derecho comparado, dependerá de la comprobación de indicadores como la efectiva difusión

76 Las condiciones para la donación a las Fundaciones se contienen en la Disposición adicional séptima de la ley, sobre *Fundaciones y entidades vinculadas a partidos políticos o dependientes de ellos*. (..)

Cuatro. En el caso de las donaciones, estarán sometidas a los límites y requisitos previstos en el capítulo segundo del título II, si bien, no será de aplicación lo previsto en el artículo 5.Uno, letras b) y c).” Es decir, lo relativo al límite cuantitativo máximo y la prohibición de procedencia de una persona jurídica o ente sin personalidad jurídica.

Así, art. 5 de la misma Ley: “*Límites a las donaciones privadas.*

Uno. Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente:

a) Donaciones anónimas, finalistas o revocables.

b) Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales.

c) Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.”

77 Artículo 4 de la Ley: “*Aportaciones, donaciones, operaciones asimiladas y acuerdos sobre condiciones de deuda.*”

e inteligibilidad de las pautas de actuación entre los llamados a seguirlas, la atenta supervisión de su cumplimiento, etc. Por consiguiente, la aplicación judicial del nuevo sistema de RPPJ admite un margen de discrecionalidad en la valoración del cumplimiento de tales condiciones de calidad, evitando caer en automatismos que serían contrarios al fin de evitación del delito.

Los obstáculos con los que se enfrenta el Juez son considerables. Por un lado, está la crónica falta de medios humanos y materiales de la Administración de Justicia. Por otro, las estructurales dificultades con las que tropiezan las compliance para la prevención de los delitos dolosos, que son casi todos los que permiten la RPPJ, con las contadas excepciones de los delitos de quiebra, blanqueo y contra el medio ambiente. A las anteriores dificultades se añade la desazón que puede provocar tener que conceder eficacia eximente a las compliance cuando el delito doloso ha sido directamente impulsado, apoyado o tolerado por los representantes de la voluntad societaria. Tras ese problema se esconde otro, que tiene que ver con la falta de definición del modelo de RPPJ, que, según el Preámbulo de la LO 1/2015 habría dejado de ser vicarial, cuando, en realidad, continúa apoyándose en el hecho de referencia de la persona física.

Por todo ello, la redacción legal no lo pone fácil a los jueces. Sin embargo, la ley les deja un margen de discrecionalidad en la valoración de la idoneidad o eficacia de la compliance, así como en la comprobación de que el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia los modelos de organización y gestión.

Puede ser que el legislador confiara en una aplicación más automática de la ley, capaz de asegurar la absolución prácticamente automática o irreflexiva de las empresas que hubieran adoptado las compliance como instrumento de regulación del mercado. Puede también que nuestra política criminal actual se oriente a la limitación de la RPPJ, a lo que contribuye la supresión de los administradores de hecho del círculo de sujetos

capaces de transferir RPPJ, y las limitaciones aplicativas del delito de financiación ilícita de partidos políticos.

Sin embargo, nada de todo ello podría cercenar la discrecionalidad de la que goza el juez en la determinación de responsabilidades penales de la empresa, directamente relacionadas con la valoración de la idoneidad o eficacia de las compliance para la prevención del delito - que presumiblemente será distinta ante el delito doloso o el imprudente -, y el efectivo compromiso del órgano de administración societaria en su consecución - como acertadamente subraya la Circular FGE 1/2011 -.

5. Bibliografía

- ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, AD. (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Lex nova, Valladolid, 2008.
- BAIGÚN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- CHOCLÁN MONTALVO, JA, “La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre”, en *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 91, CGPJ, Madrid, 2006.
- DARNACULLETA I GARDELLA, MM., “Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias”, en la obra recién citada, ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, AD. (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- DE SIMONE, G., “La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d’imputazione”, en *Diritto penale contemporáneo*, Milano, 2010
- DEMETRIO CRESPO, E., “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en SERRANO-PIEDecasas-DEME-

- TRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008.
- DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009.
- ESTEVE PARDO, en “El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya”, en ARROYO JIMÉNEZ, NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- FARALDO CABANA, P., “Posibilidades de aplicación de la autoridad mediata con aparatos organizados de poder en la empresa”, en SERRANO-PIEDRACASAS-DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?”, en ARROYO JIMÉNEZ, NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2011
- GARCÍA ARÁN, M., “Artículo 31 bis”, en CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- GARCÍA ARÁN (dir.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- GARCÍA CAVERO, P., “La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva a la medida de los delitos cometidos desde la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ-MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- GÓMEZ-JARA, C., “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ARROYO JIMÉNEZ, NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- GÓMEZ-JARA DIÉZ, C., “La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría, necesidad para

- la práctica”, en SILVA SÁNCHEZ-MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, JA, “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, JA., “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant, Valencia, 2015.
- MAGRO SERVET, V., “La responsabilidad penal de los administradores de hecho”, en *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 91, CGPJ, Madrid, 2006.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa: la responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MAROTO CALATAYUD, M., *La financiación ilegal de partidos políticos”. Un análisis político criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MUÑOZ CONDE, F., “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial”, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pág. 501 ss.”Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en

- el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, *Revista Penal*, 9/2002.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. y NIETO MARTÍN, A., “Mucho más que una circunstancia atenuante: contenido y efectos prácticos de los programas de cumplimiento normativo en el Derecho penal comparado”, en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.) y MAROTO CALATAYUD, M. (coord.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Edisofer, Madrid, 2014.
- NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, iustel, Madrid, 2008
- NIETO MARTÍN, A. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en SERRANO-PIEDECASAS-DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008.
- NIETO MARTÍN, A., “Autorregulación, *compliance* y justicia restaurativa”, en ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, AD. (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el derecho penal económico”, en SILVA SÁNCHEZ-MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- PEÑARANDA RAMOS, E., “Autoría y participación en la empresa”, en SERRANO-PIEDECASAS-DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, CYMYS, Barcelona, 1974

- QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Destino, Barcelona, 1984.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 115, CGPJ, CENDOJ, 2007.
- QUINTERO OLIVARES, en “La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación. La entrada de entes y grupos”, CGPJ, Madrid, 2009.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Comentario al art. 29”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- QUINTERO OLIVARES, “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015
- RAMÓN RIBAS, E., *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal en la empresa*, Comares, Granada, 2009.
- SALVO, N., *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*, <http://www.tdx.cat/handle/10803/285167>.
- VERVAELE, J., “Societas/universitas delinquere ed puniri potest. ¿La experiencia holandesa como modelo para España?”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 115, CGPJ, CENDOJ, 2007.
- WELLNER, “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, *Cardozo Law Review*, 27/2005.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

Derecho comparado y Derecho comunitario, Estudios de Derecho Judicial, núm. 115, CGPJ, CENDOJ, 2007.
ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Elcano, 2000.