

LA FUNCIÓN DE LOS *COMPLIANCE PROGRAMS* EN LA RESPONSABILIDAD PENAL-ECONÓMICA DE LA EMPRESA

Sergio PÉREZ GONZÁLEZ

PROFESOR DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

SUMARIO: I. El problema de la autoría en la expansión penal hacia lo económico. II. Herramientas legales proyectadas al ámbito empresarial para la fijación de la autoría. III. La responsabilidad de la persona jurídica como estrategia *ad hoc* para la determinación de una *autoría colectiva*. IV. Los *Compliance Programs* como estrategia preventiva del delito. V. Coda: el *homo-economicus* diligente. VI. Bibliografía.

RESUMEN: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en el Código penal en 2010, puede interpretarse como un intento por hacer eficaces los delitos económicos, siempre problemáticos en materia de autoría. En esa línea, la reciente reforma penal ha introducido los *Compliance Programs*, que proponen un modo de exención de la responsabilidad penal de las empresas vinculado a la asunción de una función preventiva en su propia estructura.

PALABRAS CLAVE: *Compliance Programs*, programas de cumplimiento, penal-económico, empresa, prevención del delito.

ABSTRACT: Criminal liability of legal persons, introduced in Spanish Criminal Law in 2010, can be interpreted as an attempt to make effective economic crimes. In this sense, the recent Criminal Law reform has introduced *Compliance Programs*, which propose a way of exemption from criminal responsibility of companies linked to the assumption of a preventive function in its own structure.

KEY WORDS: *Compliance Programs*, criminal-economic, company, crime-prevention

I. El problema de la autoría en la expansión penal hacia lo económico

En las últimas décadas, el derecho penal ha debido atender a intereses criminológicos que históricamente habían sido marginales. Decía DURKHEIM que «una crisis económica, un golpe bursátil, incluso una quiebra pueden desorganizar mucho más gravemente el cuerpo social, que un homicidio aislado»¹. Aquella intuición del sociólogo

¹ DURKHEIM, E., *De la división del trabajo social*, trad. David Maldavsky, Buenos Aires, Schapire, (1893) 1967, pág. 69.

decimonónico es hoy una evidencia compartida², de tal modo que la lesividad derivada de ciertas acciones económicas ha legitimado la intervención penal en ámbitos diversos, difusos, esquivos, aunque transitados todos por el sujeto jurídico empresarial.

Esta expansión del derecho penal ha estado fundamentada doctrinalmente en varios pilares.³ Desde una perspectiva estrictamente criminológica, la teoría del *daño social*⁴ recoge ese pragmatismo anglosajón por el que la dogmática y su formalidad garantista no deberían interrumpir el orden social en su dimensión material; ese que GRACIA MARTÍN recoge como un modo de hacer cristalizar efectivamente el Estado social.⁵

SILVA SÁNCHEZ recoge exhaustivamente en su celebrada obra sobre la *expansión del derecho penal* las causas por las que los intereses penales desbordan definitivamente el quicio de *lo nuclear* para conformar bienes jurídicos, situaciones protegibles, más allá de su identificación con los cuerpos individuales⁶, y así, en la doctrina penal actual, resultan relativamente desproblematizados los bienes jurídicos de carácter difuso que representan una cierta estabilidad social, imbricados en ocasiones con víctimas concretas, pero, sobre todo –y más allá de esta coyuntura– como proyección de situaciones sociales en equilibrio complejo. MARTÍNEZ-BUJÁN diferencia en este sentido bienes jurídicos colectivos sociales-generales o sectoriales-difusos⁷. Es cierto que la legitimidad de tales bienes jurídicos revierte las viejas interpretaciones garantistas, al punto que el bien jurídico ya no sería un modo de limitar la acción punitiva del Estado, sino un modo de orientar la expansión de tal acción punitiva hacia terrenos no tan obvios como los de los bienes jurídicos visibilizados en el cuerpo de la víctima.⁸ Así es como, desde una perspectiva ontológica, GRACIA MARTÍN

² TERRADILLOS BASOCO advierte que «no se trata de bienes jurídicos artificialmente creados: son tan reales y tan referibles a la persona como los tradicionales bienes jurídicos individuales» (TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico», en J.M. TERRADILLOS BASOCO y M. ACALE SÁNCHEZ, *Temas de Derecho Penal Económico*, Madrid: Trotta, 2004, pág. 228).

³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Reflexiones sobre la expansión del derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del Big Crunch y la selección de bienes jurídico-penales», en J. ROFES MENDIOLOGARIA (dir.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Aletier, 2004, págs. 91-106.

⁴ RIVERA BEIRAS, I. (coord.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social. Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal*, Madrid, Anthropos, 2014.

⁵ GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, 189 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., «La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)», *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 3, 2010, pág. 30.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001, pág. 25. También TERRADILLOS BASOCO recoge un elenco de causas de la expansión de lo penal hacia lo económico que compartimos ampliamente (TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Globalización...» *cit.*, págs. 225 y ss.).

⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 164 y ss.

⁸ TERRADILLOS BASOCO advierte esta complejidad hiperregulativa que determina la acción económica; pero, tras advertirla, sigue abogando por la capacidad práctica limitadora del *ius puniendi* que se desprende de la construcción del bien jurídico, como esa dicotomía posible (lo que es admisible y lo que no) a pesar de la complejidad sobrevenida: «no se puede sostener que, en este ámbito, el legislador haya dejado de lado el principio del bien jurídico, como principio limitador del *ius puniendi*, para tomarlo como exigencia de penalización» (TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Sistema penal y empresa», en J.M. TERRADILLOS BASOCO y M. ACALE SÁNCHEZ, *Nuevas tendencias en Derecho Penal Económico*, Cádiz: UCA, 2008, pág. 26); contestaría, en este diálogo inventado, a HASSEMER: «La protección de bienes jurídicos se transforma así en un mandato para penalizar, en lugar de ser una prohibición condicionada de penalización» (HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, trad. F. Muñoz Conde y M.M. Pita Díaz, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, pág. 20).

considera que el individuo solo puede refrendarse en tanto que sujeto en su proyección social, de tal modo que la fijación de los bienes jurídicos colectivos respondería, estirando esta línea legitimadora, a un intento ético por defender a la víctima individual de los modos en que puede ser atacada su dimensión colectiva (una víctima, por tanto, en sentido extenso que no sería sujeto pasivo del delito en sentido técnico).

Es cierto que bajo esta fórmula la expansión del derecho penal puede resbalar por la pendiente utilitarista y, en siguiendo esa deriva, pueden usarse las herramientas de construcción de bienes jurídicos para la consecución de intereses espurios, incluso meramente simbólicos, en eso que se ha concebido como una suerte de *populismo punitivo* tan ligado al marketing electoral. SILVA SÁNCHEZ apunta, sin embargo, que el *populismo* no desvirtúa la realidad de la demanda social que exige la sistematización de *lo económico*⁹, en nuestro caso, como bien jurídico a proteger, de tal modo que la rotundidad del derecho penal debe convivir con aquellas intenciones sobrevenidas que no empañan su legitimidad.

De este modo, esta legitimidad de nuevo cuño conforma un escenario criminológico complejo que roza con las viejas categorías penales, sobre todo en lo que respecta a la precisión de los perfiles subjetivos intervinientes. Y es que, en esta lógica, el sujeto pasivo ya no recoge en su integridad corporal o sensitiva el bien jurídico, en tanto que, como veíamos, en ocasiones los daños pueden sufrirlos una pluralidad de víctimas y, en esa dispersión del daño, este puede no ser notado individualmente por ninguna de aquellas.¹⁰ Es cierto que la tendencia a la individualización del daño es un modo certero y garantista de medir la intensidad del desvalor y, así, calibrar uniformemente la exigencia de lesividad penal; sin embargo, hay delitos económicos que, de suyo, implican una ausencia de víctima concreta, en tanto que el bien jurídico permanece en un grado de abstracción tal que solo puede recogerse por determinados indicadores supraindividuales. Por todo ello, un primer problema con el que topa la expansión del derecho penal al ámbito económico pasa por notar, precisamente, que esas acciones que dañan el cuerpo social –aquellas de las que hablaba DURKHEIM– no se distinguen con claridad por la criminología en tanto que el *cuerpo del delito* –el resultado vinculado a tal acción y, por tanto, la pista para recomponer la acción– no es un cuerpo físico, sino un resultado difuso codificado por diversos indicadores complejos (*v. gr.* alteración de precios, distorsión de las expectativas de mercado, de las funciones societarias, etc.).

En la misma línea expositiva de los problemas vinculados al (des)perfilamiento criminológico de los sujetos intervinientes, sucede en los delitos económicos que el sujeto activo, en muchas ocasiones, opera en el contexto empresarial. La empresa, decía WEBER, es la creación jurídica que caracteriza al capitalismo occidental (como sistema económico dissociable del capitalismo aventurero, aquel más difuso y atemporal del individuo armado con una idea de negocio)¹¹ en tanto que bajo su nominación, bajo su forma jurídica, se crea un espacio de excepcionalidad en el que, por lo que aquí nos interesa, unos individuos son disciplinados de cara unos fines (los trabajadores en aras de la producción de la mercancía); este disciplinamiento interno se teje en un marco legislativo general, del Estado, pero bajo

⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión... cit.*, pág. 22.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión... cit.*, págs. 35, 42 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, «Globalización...» *cit.*, pág. 226).

¹¹ WEBER, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. J. Pérez, Madrid, Akal, 2015, pág. 86.

unas pautas de relación privada basadas en la servidumbre (finita) a través del contrato (una suerte de *pacta sunt servanda* sistematizada).

Las categorías penales observan esta excepción jurídica de la empresa con cierta dificultad, ya que las lógicas de distinción que determinan la formación de la voluntad del sujeto (necesarias tanto para la conformación de la acción como elemento objetivo del tipo, como para la apreciación del elemento subjetivo del dolo) aparecen reviradas y aun quebradizas en un contexto de relaciones voluntarias/forzadas. En esas relaciones de autonomía y subordinación propias de la empresa, las decisiones pueden construirse en el ámbito propio de la persona física o ser el resultado compositivo de la cadena jerárquica o de la división funcional. Del mismo modo, podemos notar esta complejidad en la reconstrucción de la formación de la voluntad en la toma de decisiones colegiadas, característica igualmente de los ámbitos empresariales.

En concreto, nuestro Código penal debe afrontar el problema de la autoría, ligado con estas complejidades de perfilamiento de los sujetos, a partir de la literalidad del art.28CP, que invita a fijar la responsabilidad penal a partir de la *realización del hecho* «por sí solos, conjuntamente o por medio de otro». Se deduce del literal de la norma penal que el encaje de la autoría material de los hechos con realidades compuestas por situaciones económicas es compleja y aun ineficaz, ya que en muchas ocasiones, en los ámbitos económicos, la materialidad en la realización de los hechos es una información criminológicamente despreciable (*v. gr.*, el papel que tramita un administrativo en los delitos societarios).

Por lo tanto, el punto de partida que tomamos como *leit motiv* para el desarrollo de técnicas jurídicas inéditas en nuestro ordenamiento (§IV) es el que marca la inadecuación entre, por un lado, las formas jurídicas penales que determinan de modo objetivo-formal la autoría material de los hechos y, por otro lado, los intereses criminológicos económicos, que colocan la clave del injusto despegada de hechos sensitivamente relevantes. Dicho sintéticamente, el atolladero del que partimos para explicar, interpretar y proponer variantes a las soluciones jurídicas en curso, es el que pasa por señalar que nuestro Código dispone un marco jurídico pensado para acciones fisiológicas, para manifestaciones físicas, y que se enfrenta a una realidad de acciones normativas solo comprensibles mediante codificaciones anexas al Código.¹²

II. Herramientas legales proyectadas al ámbito empresarial para la fijación de autorías

Sobre el desajuste entre la formalidad jurídica en la fijación de la autoría y las demandas de la criminología económica, emergen una serie de soluciones doctrinales cuya eficacia resulta de difícil valoración. Se trata, en definitiva, de interpretar la literalidad de nuestro Código para estirar su objetividad formal hasta procurar una aplicación de la norma según la doctrina del *dominio del hecho*¹³ que, sin duda, recoge más oportunamente las exigencias de la política-criminal en el terreno económico. Y es que la autoría material – «quienes realizan el hecho»– implica una fórmula poco efectiva para la protección penal de

¹² Se trata del problema que MARTÍNEZ-BUJÁN aborda bajo la idea de «la concepción significativa de la acción» (MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico... cit.*, pág. 29 y ss.).

¹³ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría jurídica del delito*, trad. D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

los bienes jurídicos en juego, en tanto que la efectividad la determinamos por el objetivo final perseguido por la norma¹⁴, más allá del cumplimiento inmediato de su mandato (prohibición) por sus destinatarios.

Algunos autores proponen abiertamente la necesidad de quebrar esta dependencia del derecho penal económico respecto de la autoría general recogida en los artículos 28 y 29 CP: MARTÍNEZ-BUJÁN¹⁵ propone abiertamente una parte general para una ley penal especial relativa al ámbito económico; SILVA SÁNCHEZ y MIRÓ LINARES¹⁶ han apuntado hacia una nueva teoría del delito en la práctica penal-económica. Aún más traumáticamente, otros autores, como HASSEMER¹⁷, apuntan a la confección de un «derecho de intervención», y el propio SILVA SÁNCHEZ ha trazado oportunamente una taxonomía por *velocidades* en la que los delitos económicos parecerían encajar en una suerte de derecho penal de *segunda velocidad*: un contexto regulativo sancionador garantista pero suficientemente flexible como para fijar autorías según la teoría del dominio del hecho: «Un producto que resulte, por un lado, funcional, y, por otro lado, suficientemente garantista», al punto, indica SILVA, que no cabrían penas de privación de libertad.¹⁸

Sin embargo, al margen de estas propuestas –que son enmiendas a la totalidad de la dogmática penal–, las soluciones más reales pasan por una modulación de las normas penales según las herramientas de perfilamiento de la autoría que puedan extender la responsabilidad más allá de la autoría material. En primer lugar, cabe distinguir, en la función de la legislación, el uso de una técnica narrativa del tipo que algunos autores califican como *administrativización* del derecho penal¹⁹. Frente al viejo estilo del penalista, que responde a las exigencias de taxatividad y publicidad tan preciadas en el terreno de la punición gravosa, la expansión del derecho penal parece exigir modos comunicativos adecuados, típicamente administrativos, para contener la complejidad normativa del entorno económico; en concreto, por lo que nos ocupa respecto de la autoría, el legislador penal procura cada vez más construir un sujeto activo a partir de circunstancias especiales que determinan una posición de riesgo (señaladamente la de «administrador de hecho o de derecho» o la de «obligado legalmente») o bien insinuando tal posición a través de una narrativa extensa de las acciones prohibidas. Esta extensión de acciones responde a las exigencias de la política-criminal, que ya no puede vincular de modo cierto una acción singular con la afectación al bien jurídico, sino que necesita ampliar el rango de acciones que, de modo revirado, pudieran generar el desvalor que trata de evitarse. Dicho de otro modo, en la medida en que, en los ámbitos económicos, las acciones concretas que causan el daño social son complejas porque están mediatizadas por normativas económicas, es muy difícil *acertar* la previsión y señalar solo un modo de generar tal desvalor. El resultado de usar esta técnica compositiva son tipos de injusto prolijos y extensos; *v. gr.*

¹⁴ «La efectividad de la norma depende, por su parte, de que quien haya tomado la decisión normativa haya establecido correctamente la relación causal entre el resultado que se persigue y la conducta que se demanda a los ciudadanos» (ZAPATERO, V., *El arte de legislar*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, págs. 33 y 34).

¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Reflexiones sobre...», *cit.*, pág. 98.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M. Y MIRÓ LINARES, F., *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, La Ley, 2013.

¹⁷ HASSEMER, *Persona, mundo... cit.*, pág. 32.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión... cit.*, pág. 160.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ *La expansión... cit.*, pág. 121.

art.301CP sobre blanqueo de capitales: «El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado...». Con este método, en cierto modo el legislador integra en la tipicidad misma las causas de *ampliación* de la autoría contenidas en el art.29CP, a tal punto que el juicio sobrevenido sobre la inducción o cooperación con el autor material en muchos delitos económicos resulta irrelevante, ya que en esa relación de acciones prohibidas se integra cualquier modo de participación con el supuesto autor material. Se trata, sin duda, de una técnica polémica, ya que no procura tanto la imputación del *hombre de atrás* o de quien tiene *dominio del hecho*, sino que de manera más rotunda procura la imputación de todo sujeto participante, autor material o no, en una síntesis extensiva que sustancia a todos en una suerte de coautoría unitaria. Y es que para disociar las formas de cooperación de la autoría material sería necesario notar la no realización de acciones ejecutivas²⁰, posibilidad dificultada por la ampliación de supuestos de hecho recogidos en la pluralidad de acciones.

En este mismo sentido, la autoría mediata también queda restringida, como se sabe, a los casos en los que el sujeto que realiza materialmente los hechos lo sea sin que concurren en él las características necesarias para la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad. Puede suceder con cierta frecuencia en el entramado empresarial que el conocimiento o la voluntad de realizar los elementos típicos no concurren, por tanto, en un sujeto que conforma su voluntad a partir de órdenes o protocolos, más allá de contrastar su trascendencia social o jurídica, reducida al cumplimiento de la disciplina de empresa. El manejo de la información respecto de riesgos que, en último término, se consuman por la acción material de un sujeto que no manejaba *ex ante* la información debida, parece un supuesto común en la esfera empresarial; y es que la división laboral *enajena* al sujeto implicado, que no reconoce el sentido de sus acciones al margen del segmento concreto que implica su función. Si en torno a ese sujeto no culpable se dan las características de culpabilidad en otro que, por definición, no sería el autor material, estaríamos ante una autoría mediata, categoría apropiada, por tanto, para los delitos en la empresa.

Una opción más refinada pasa por poner en práctica el art.11CP, también especialmente útil en los entornos empresariales, como nota MARTÍNEZ-BUJÁN²¹. Y es que la fórmula de la comisión por omisión parece especialmente oportuna en estos contextos económicos, ya que las características doctrinales exigidas para que, según establece nuestro código, «la no evitación» del resultado lesivo «equivalga (...) a su causación», se dan con cierta facilidad en las relaciones de dependencia y división funcional de las empresas. De este modo, cuando la doctrina exige para la verificación de la comisión por omisión la causalidad hipotética de la acción, parece verificarse en las prácticas empresariales la situación por la que el encargado o aun el órgano directivo podrían haber hecho algo para evitar el daño al bien jurídico, independientemente de que se condensen los requisitos de

²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico...*, cit., pág. 486.

²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico...* cit., págs. 498 y ss.

culpabilidad en el autor material y, por tanto, sin perjuicio de poder constatar una coautoría²².

De este modo, y a partir de la relación de posibilidades teóricas que ofrece la ley penal respecto de las autorías de las personas físicas, sucede, sin embargo, desde una perspectiva criminológica, que resulta difícil verificar la posibilidad de manejar estas herramientas dogmáticas para la eficiencia de la norma penal. Y es que los requisitos legales para su aplicación topan con obstáculos probatorios de primer orden. Es complicado, en este sentido, marcar las relaciones de jerarquía o dependencia respecto de acciones concretas; es dificultoso señalar la información conocida por el subordinado o por el encargado; o es casi imposible encajar los escenarios de improvisación empresariales en el reparto funcional interno de las sociedades.

III. La responsabilidad de la persona jurídica como estrategia *ad hoc* para la determinación de la autoría

La solución legal más rotunda que introdujo el legislador como forma alternativa – aunque no excluyente – a la fijación de autorías de personas físicas fue la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal). El art.31bisCP introdujo una modalidad de autoría inédita en nuestro derecho penal, regido hasta entonces por el principio *societas delinquere non potest*. La responsabilidad penal de las empresas, así, irrumpiría en nuestro ordenamiento a través de una habilitación de atribución de los hechos reprobables independiente y, por tanto, complementaria con la responsabilidad penal de las personas físicas. De este modo, en la línea de nuestra narración, el art.31bisCP sería un modo de evitar la impunidad derivada de las dificultades criminológicas en ámbitos empresariales, aunque en convivencia estable con las vías clásicas de atribución de responsabilidad a las personas físicas.

Una de las características fundamentales que posibilita esta convivencia en la alternancia es que para determinar la responsabilidad de la empresa como persona jurídica no es necesaria la identificación concreta de la persona física que, en beneficio de la empresa, haya realizado los hechos; es decir, con esta vía, el legislador no irrumpe en detrimento de la dogmática clásica sobre la autoría, sino que inventa una suerte de atribución que, necesariamente, escapa a la fisicidad deducida de la «realización de los hechos» recogida en el art.28CP. Y es que el art.31bisCP se sacude tal modo de atribución para apuntar a la empresa por «los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas» por «sus representantes legales» o, «en el ejercicio de actividades sociales», por «quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas (...) han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control». Es decir, mediante este tipo de responsabilidad, el legislador evita la impunidad por acciones realizadas en entornos tan inciertos como el empresarial, apuntando a la *caja negra* que recoge una co-formación de voluntades cruzadas que el derecho penal clásico no es capaz de desmadejar.

²² Damos vuelo, en este sentido, a las constataciones de MARTÍNEZ ALCAÑIZ («La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder», *Revista de derecho penal y criminología*, 2012, nº8, págs. 145-194).

Según nuestra narración que problematiza la fijación de autorías individuales físicas, esta alternativa pragmática de corte anglosajón²³ sería un intento por dotar de eficacia a buena parte de los delitos económicos que, de otro modo, serían inaplicables conforme a los principios que informan la interpretación del art.28CP. Sin embargo, algunos autores consideran que la categorización de esta vía de responsabilidad como penal sería meramente nominal²⁴; de hecho, un breve análisis de los modos concretos de tal atribución desvelan problemas que el legislador tendría que atajar, como veremos, con nuevas soluciones que parecen escapar, tendencialmente, del perímetro dogmático clásico.

Como notábamos, el art.31bisCP propone una doble vía de atribución de la responsabilidad por unos hechos delictivos a la persona jurídica. Esto ha sido entendido por buena parte de la doctrina como un sistema vicarial de atribución de responsabilidad, en tanto que no se trata de un modelo de responsabilidad automático (la empresa no responde indiscriminadamente por el injusto)²⁵ ni un modelo garantista de culpabilidad jurídica, conforme al cual la empresa respondería según las garantías de completitud del delito en la formación de la voluntad y atribución de los hechos a la persona jurídica como tal.²⁶ De este modo, bajo un sistema vicarial de atribución de responsabilidad, la empresa es responsable en unos contextos que modulan la automaticidad en la atribución de la culpa, aunque no la someten a las garantías de imputación de los hechos, propias de las personas físicas.

En este sentido, el problema radica en conjugar la literalidad del art.31bisCP con el resto de presupuestos dogmáticos recogidos positivamente en el Código, a tal punto que la fijación de la responsabilidad empresarial puede componerse, en estricta aplicación de la norma concreta que regula tal responsabilidad penal, de modo relativamente ágil y práctico; sin embargo, desde una interpretación sistemática –que no autonomice la especificidad del art.31bisCP respecto de los principios y garantías penales–, la responsabilidad penal de la persona jurídica seguiría siendo un asunto de compleja fijación. Y esta tesis viene abonada por la circunstancia de que no es necesaria la identificación de la persona física que realiza los hechos ni, por tanto, es vinculante para la atribución de responsabilidad a la empresa la culpabilidad previa de ninguna persona física.

La asunción del sistema vicarial invita a pensar, por lo tanto, que la razón de punibilidad de la empresa no radica en la comisión de hechos delictivos, sino en la creación del riesgo, a modo de una cooperación *sui generis* necesaria *ex ante*; casi a modo de *actos*

²³ CARUSO FONTÁN, M.V., «Prevención y criminalidad de empresa. Una mirada hacia el derecho norteamericano», en J.M. TERRADILLOS BASOCO y M. ACALE SÁNCHEZ, *Temas de Derecho Penal Económico*, Madrid, Trotta, 2004, págs. 321-338.

²⁴ CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Revista electrónica de la AIDP*, 2011, pág. 15.

²⁵ No se trata de un modelo de transmisión de responsabilidad automático, aunque algunas literalidades del Código ponen en duda esta afirmación, como el modo en que el mismo art.31bisCP refiere que «las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos (...) por» ciertas personas físicas. Redunda en esta idea el literal del art.66bis cuando, a propósito de las reglas para la aplicación de las penas, refiere que «la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales», lo que técnicamente implicaría su impunidad como instrumento atendiendo a la dogmática general y que, no siendo así, apuntaría a una transmisión automática, sin miramientos garantistas.

²⁶ Si debieran calibrarse la antijuridicidad y culpabilidad concretas de la persona jurídica, sería necesaria una renovación dogmática de la teoría del delito, ya que legal y doctrinalmente esta se sustenta sobre presupuestos humanos, sobre capacidades cognitivas y sensitivas analizadas en sujetos físicos. Estaríamos, por tanto, verificando un sistema de normas general alternativo al actual.

preparatorios no dirigidos, necesariamente, a la realización del injusto. Y aun dando por válida tal legitimidad, la cuestión de su aplicabilidad no queda del todo despejada:

En primer lugar, la aplicación del sistema vicarial del art.31bisCP queda hipotecada a la verificación de los requisitos del *contagio* –porque su transmisión no libera de carga a quien transmite– de la responsabilidad penal. Es decir, debe verificarse que determinadas personas que han cometido un delito lo han hecho «en beneficio directo o indirecto de la empresa», pero, sobre todo, lo han hecho desde determinadas posiciones vacilantes: que sean «representantes legales» o que estén «autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y ostentan facultades de organización y control dentro de la misma». Es cierto, por tanto, que se construye en torno a estas situaciones una suerte de responsabilidad objetiva de la empresa vinculada, en cierto modo, a un cuadro de mandos y funciones previo y de implantación común según la normativa de sociedades; más difícil es la precisión de la situación de los sujetos físicos previstos en el art.31bis.b)CP, que transmite la responsabilidad a la empresa por la conducta de subordinados que pudieron delinquir en función del incumplimiento grave de «los deberes de supervisión, vigilancia, y control». Y, como es lógico, esta segunda vinculación resulta totalmente incierta en el entramado empresarial, en tanto que la normativa societaria no atiende a la fijación de un sistema de deberes de vigilancia y control respecto de la comisión de delitos.

En conclusión, podemos afirmar que, a efectos prácticos, resulta altamente indeterminado el sistema de atribución de responsabilidad a las personas físicas, ya que no hay establecida una dogmática que marque las intensidades y sentidos en la atribución de la culpa empresarial: esta abarca posibilidades desde un sistema con garantías propias de la persona física (antijuridicidad y atribución de los hechos culpable) hasta una suerte de responsabilidad objetiva a partir de una interpretación laxa de las relaciones plasmadas en el art.31bisCP.

A esta problemática estructural, debemos añadir que la responsabilidad penal de la empresa solo queda establecida respecto de una relación cerrada de delitos, de tal modo que la observación de la dogmática general es patente en tanto que solo parece adecuarse la reprobación a las empresas por razón de la naturaleza del delito concreto, y no por razón de la conformación de tal responsabilidad en sí, que podría ser, en su caso, genérica y apreciable respecto de cualquier delito. El *numerus clausus* de delitos revela, por tanto, que el legislador delimita la responsabilidad empresarial según cierto criterio de oportunidad respecto de ciertos hechos; tal *numerus clausus* sería innecesario si la conformación de la atribución de la responsabilidad se generara en una estructura dogmática, en una parte general propia, cerrada y cierta.

Estas inseguridades que rodean la responsabilidad penal de las personas jurídicas parecen apuntar, según algunos autores, a la conformación de hitos reprobatorios meramente simbólicos. Por un lado, el derecho penal no debe renegar de esta función en tanto que es una rama del ordenamiento jurídico privilegiada en la comunicación con la ciudadanía; pero, por otro lado, no parece que reducir a esta las funciones del art.31bisCP sea demasiado eficiente, sobre todo teniendo en cuenta que en el sujeto activo (la empresa)

tampoco radican los mecanismos sociales y emocionales propios de las personas físicas, a tal punto que el efecto estigmatizante del derecho penal se diluye en estos casos²⁷.

IV. Los *Compliance Programs* como estrategia preventiva del delito

La solución que propone el legislador en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, procura remendar estas escapatorias sobre la aplicabilidad del art.31bisCP con una suerte de protocolo de prevención; en los apartados 2 a 5 del citado artículo, el legislador propone una posibilidad compleja de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tal exención está vinculada a la adopción y ejecución eficaz de «modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos». De este modo, la prolijidad de la reforma del art.31bisCP recoge las causas del *contagio* de la responsabilidad que van del subordinado en la empresa a la empresa misma y las reconfigura, paralelamente, como referencia para la exención de responsabilidad si queda afianzado un sistema que las haga formalmente previsibles.

Por lo tanto, según nuestra lectura, tal prevención no lo es tanto de la comisión de delitos por parte de la empresa –o aun por parte de empleados de la empresa–, sino que es una prevención ante la incierta interpretación que un juez puede hacer de las líneas de *contagio* de responsabilidad que van del empleado a la empresa.

A partir del sistema vicarial del art.31bisCP, el *Compliance Program* debe entenderse como un modo de asumir que la formación de voluntad de la acción delictiva es propia de la persona física, pero que solo toma sentido en el marco empresarial.²⁸ Por ello, la regulación privada del marco adquiere una relevancia difícilmente asimilable por las garantías penales (como si el derecho penal tuviera que abrir sus herramientas a los entornos del delincuente común, a esos factores que la criminología localiza como factores de riesgo para la comisión del delito).

La diferencia es que la empresa es un entramado organizado con el que el derecho puede *comunicarse* (a diferencia del entorno propicio pero nebuloso que describe la criminología clásica en función de la extracción social del sujeto, por ejemplo), de tal modo que la empresa, según las diversas dogmáticas que explican el art.31bisCP sería, a la luz de esta posibilidad de exención de responsabilidad, un sujeto responsable por la creación de un entorno de riesgo para la comisión de acciones delictivas por personas físicas.

Esto nos coloca en una zona gris de difícil definición: el derecho penal no debería asumir un adelantamiento de la barrera punitiva hasta el punto de castigar la creación sistemática de riesgos, pero, por otro lado, los resultados lesivos o puestas en peligro

²⁷ Esto parece una evidencia que recogemos de la indolencia con que ciertas empresas asumen el pago de sanciones administrativas por comportamientos pretendidamente ilícitos pero rentables. Sin embargo, a medida que el art.31bisCP se pone en práctica, parece que en determinadas personas jurídicas especialmente sensibles a cierta *comunicación social*, la responsabilidad penal alberga esa función simbólica estigmatizante aun más intensamente que en las personas físicas; nos referimos a los casos de investigación de las personas jurídicas del F.C. Barcelona (Auto del Juzgado Central de Instrucción n°5, de 20 de febrero de 2014) o del Partido Popular (Auto del Juzgado de Instrucción n°32 de Madrid, de 19 de enero de 2016), cuyos *negocios* están especialmente fundamentados en la *limpieza* de sus marcas.

²⁸ Vid. *supra* lo referido sobre la *concepción significativa de la acción* (MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico... cit.*, pág. 29 y ss.).

concretas que se verifican encajan perfectamente, por su gravedad, en la idea de la expansión del derecho penal, en tanto que los bienes jurídicos afectados son centrales en las economías de mercado y su reparación es, además, compleja.

Para articular la reprobación ante estas situaciones, la norma penal no propone una remisión a otras normativas establecidas, como norma penal en blanco, sino que deja la significación de la acción empresarial como dependiente –en negativo, a modo de exención– de la propia estructura de la empresa, vale decir, del perfil del sujeto activo.

Con los *Compliance Programs*, el legislador generaliza un método de construcción de la norma penal ya presente, por ejemplo, en materia de prevención del blanqueo de capitales²⁹. (No sucede lo mismo en materias afines, como la prevención de riesgos laborales, en tanto que la normativa legal es extensa y prolija, al punto que la adopción de planes de prevención y, por tanto, la facilitación de las preceptivas medidas de seguridad queda detallada en la ley de prevención de riesgos laborales).

En el caso de los *programas de cumplimiento*, la autorregulación es absoluta, de tal modo que es el propio sujeto jurídico quien debe determinar sus propias estrategias de control y vigilancia, confiando en que la diligencia por confeccionar y aplicar estos programas sea valorada positivamente por el juzgador. La propia norma penal ofrece en el art.31bis.5CP una serie de requisitos que apuntan una estructura básica del *sistema de cumplimiento*, pero que en ningún caso agotan el detalle de su implementación según las características concretas de la empresa y el delito que se procura evitar.³⁰ Rescatamos, por relevancia para nuestra argumentación, dos características de los modelos de prevención: el punto 2º exige la previsión del proceso de formación de voluntad al interior de la empresa, de tal modo que quedan prefiguradas así las implicaciones de las personas físicas en la toma de decisiones, participaciones, vinculaciones, etc. Por otro lado, el punto 5º establece la necesidad de contar con un sistema disciplinario de sanciones que, de suyo, conlleva una suerte de *subcódigo* (código de buenas prácticas o código ético, podríamos decir a rebufo de la *responsabilidad social empresarial*) que, a efectos prácticos, va a funcionar como un adelantamiento de la barrera punitiva que detecte riesgos rutinarios, aun mínimos, de comisión de delitos por personas físicas; es decir, si el art.31bisCP.

Esta es, por tanto, la reconstrucción del itinerario que seguíamos desde el inicio de estas líneas: la norma penal que atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas fundamenta su legitimidad en la defensa de bienes jurídicos centrales para la sociedad, pero tal defensa pasa por una modulación de los principios y garantías básicos que, al no poder articularse en sede penal, proponen una apertura del Código –incentivada mediante la exención de pena– para que, con la referencia simbólica del *ius puniendi*, sean las propias

²⁹ La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, insta a ciertos sujetos de riesgo (abogados, auditores, notarios, etc.) a observar ciertas medidas preventivas con implicaciones penales respecto del art.301CP. En nuestro caso, el sujeto de riesgo es una persona física al interior de la empresa.

³⁰ En el entorno europeo, a modo de referencia para una estandarización no vinculante, se ha confeccionado la norma ISO 19600 sobre *Compliance Management Systems* (CMS). Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, persiste sin embargo la indeterminación de la estructura del *programa de cumplimiento*. Tan es así que la Fiscalía General del Estado ha publicado recientemente una circular (Circular 1/2016 FGE) con la que procura unificar el criterio de los fiscales en cuanto a la validación del modelo de cumplimiento y, por tanto, en cuanto a la oportunidad de la exención de responsabilidad penal para la empresas –cfr. especialmente el epígrafe 5.6 de la circular (págs. 51 y ss.)–.

empresas quienes *legislen* internamente y adelanten la barrera punitiva en modo desorbitado, mediante prohibiciones de generación de riesgos mínimos que el derecho penal no podría abordar.

V. Coda: el *homo-economicus* diligente

A modo de conclusión, pretendemos describir críticamente en lo que sigue la proyección socio-económica que, mediante esta estrategia legislativa inédita, procura el legislador penal. Podemos proyectar, a partir de lo argumentado en este breve estudio, que de los *programas de cumplimiento* se deriva una suerte de prevención general pero proyectada a sujetos específicos, que, por un lado, es negativa –porque amenaza– pero por otro es positiva –porque transmite confianza en tanto que se implementan las prevenciones necesarias–; en esta encrucijada comprendemos la función de los *Compliance Programs* en el derecho penal económico.

Los *programas de cumplimiento* proponen, por tanto, una dinámica novedosa en las relaciones económicas que presuponen la concurrencia de dos sujetos: de un lado el actor económico, el *homo-economicus*, y, de otro lado, el Estado, que cada vez asume más implicaciones económicas.

El perfilamiento de estos sujetos se concreta, a su vez, en ciertas especificidades que se deducen del diálogo mediado por los *sistemas de cumplimiento*; y es que bajo el rótulo de *homo-economicus* debe quedar interpelada toda persona física que sea representante legal o esté autorizada para tomar decisiones, pero también toda persona física que, en el entramado empresarial, esté sometida a la observación del código de conducta derivado del *Compliance Program*.

Con esta estrategia novedosa, el legislador penal evita la implementación de medidas jurídicas administrativas o laborales, en una suerte de comunicación entre la representación más amedrentadora del *soberano* (el derecho penal) y todos los sujetos participantes de la empresa (empresarios, encargados o subordinados) que, ante tal presencia, se regulan sin necesidad de prolijas normativas externas.

Parece evidente, por tanto, la invitación a la autorregulación del empresario, que adopta medidas para evitar la punición de la forma jurídica que él mismo participa con intereses personales.³¹ Más revirado es el diálogo con el empleado subordinado, ya que este no queda especialmente afecto por la posible responsabilidad de la empresa (incluso puede ser un modo de adquirir una posición de fuerza en la relación laboral la posibilidad de que sus malas acciones recaigan sobre la empresa y no sobre él mismo). Sin embargo, los efectos derivados del *programa de cumplimiento* en un probable proceso penal contra la persona física del empleado implican esta aceptación de la observación del protocolo interno también por parte de los subordinados. Y es que si el protocolo de prevención apunta *ex ante* a un determinado empleado por la comisión de un delito, no es extraño proyectar tal previsión como indicio (aunque nada se deduce de la legislación procesal sobre

³¹ A estos efectos, es pertinente notar la diferencia que establece la norma penal entre empresas de grandes y pequeñas dimensiones («son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada») de tal modo que, en estas, las funciones de supervisión podrán ser asumidas «directamente por el órgano de administración», como modo de facilitar, suponemos, la implementación de los programas.

ello) de su autoría. El empleado, por tanto, tomaría el *sistema de cumplimiento* y, en concreto, el código disciplinario, como un modo de evitar tal presunción material sobre la responsabilidad penal de las personas físicas. El empresario, así, debe ser diligente y *vigilar*; el empleado, en el mismo juego, debe ser diligente y cumplir el código ético, aunque no por principios, sino por evitar su imputación como persona física.

Sin embargo, el sistema de diligencias debidas solo será posible cuando la validación pública del *programa de cumplimiento* recoja los factores reales que apunten a la teoría del *dominio del hecho*, que, recordemos, parecía el objetivo inicial del recorrido legislativo analizado. Se trata, en definitiva, de evitar impunidades de quienes también *dominan el hecho* en la elaboración del *programa de cumplimiento*.³² La diligencia, por tanto, debe estar estructurada con independencia para que sea funcional.

De este modo, queda reconstruido, mediante la herramienta penal, el sujeto económico, que deberá ser diligente y, aun desde lejos, barruntar los delitos posibles en el escenario de riesgo que es la empresa. Evidentemente, los desajustes posibles son muchos, pero todo apunta a que el legislador penal ha conformado un escenario novedoso para la acción empresarial. Un escenario de sujetos que se comportan conforme a estándares éticos no ya por una presencia sofocante de la Administración, sino por un aviso amenazante del penalista, tan lejano en el Código penal como cercano en las rutinas de empresa.

VI. Bibliografía

- ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (dir.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013
- ARTAZA VARELA, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013
- CAMACHO, A. y URÍA, A., «El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de corporate compliance de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, n° 8542, 2015, págs. 13-16.
- CARUSO FONTÁN, M.V., «Prevención y criminalidad de empresa. Una mirada hacia el derecho norteamericano», en J.M. TERRADILLOS BASOCO y M. ACALE SÁNCHEZ, *Temas de Derecho Penal Económico*, Madrid, Trotta, 2004, págs. 321-338.
- CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Revista electrónica de la AIDP*, 2011.
- DURKHEIM, E., *De la división del trabajo social*, trad. David Maldavsky, Buenos Aires, Schapire, (1893) 1967.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial», *InDret, Revista para el análisis del derecho*, n°2, 2009
- GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- GRACIA MARTÍN, L., «La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)», *Revista de Derecho penal y criminología*, n° 3, 2010, págs. 27-72.

³² CAMACHO, A. y URÍA, A., «El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de corporate compliance de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, n° 8542, 2015, pág. 15.

- HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, trad. F. Muñoz Conde y M.M. Pita Díaz, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999.
- MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., «La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder», *Revista de derecho penal y criminología*, 2012, n°8, págs. 145-194.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Reflexiones sobre la expansión del derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del Big Crunch y la selección de bienes jurídico-penales», en J. ROFES MENDIOLOGARIA (dir.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Aletier, 2004, págs. 91-106.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- NIETO MARTÍN, A., LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., BLANCO CORDERO, I., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. y GARCÍA MORENO, B., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- RIVERA BEIRAS, I. (coord.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social. Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal*, Madrid, Anthropos, 2014.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría jurídica del delito*, trad. D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. Y MIRÓ LINARES, F., *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, La Ley, 2013.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico», en J.M. TERRADILLOS BASOCO y M. ACALE SÁNCHEZ, *Temas de Derecho Penal Económico*, Madrid: Trotta, 2004, págs. 219-240.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Sistema penal y empresa», en J.M. TERRADILLOS BASOCO y M. ACALE SÁNCHEZ, *Nuevas tendencias en Derecho Penal Económico*, Cádiz: UCA, 2008, págs. 13-37.
- TIEDEMANN, K., «El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico», *Revista chilena de derecho*, 1983, vol. 10, n° 1, págs. 59-68.
- WEBER, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. J. Pérez, Madrid, Akal, 2015