

ESTÁNDARES DE EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO: ANÁLISIS INTEGRADO DE CONDICIONES Y REQUISITOS (ARTÍCULO 31 BIS C.P.)

Ángela Matallín Evangelio

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Valencia

***Title:** Standards of effectiveness of compliance programmes: integrated analysis of conditions and requirements (article 31 bis) of the Criminal Code)*

Resumen: Los criterios de evaluación de un programa de prevención de delitos adoptado y ejecutado por la persona jurídica no vienen establecidos en el Código penal. De forma distinta, iniciado el procedimiento contra la entidad nos encontramos con un escenario de inseguridad en el que debe decidirse si el modelo presentado reúne los requisitos esenciales para considerarlo eficaz, en cuyo caso se podrá acordar el sobreseimiento. En este contexto, el objeto del presente trabajo es establecer una guía que protocolice los indicadores de eficacia de los programas de cumplimiento, desde una visión integrada de las condiciones y requisitos fijados en el art. 31 bis del Código penal, para, sobre su constatación, decidir su posible efecto en el proceso.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas; programas de cumplimiento penal; estándares de eficacia; requisitos de los modelos de organización; condiciones del programa

***Abstract:** The criteria for evaluating a crime prevention programme adopted and implemented by the legal person are not established in the Criminal Code. In a different way, when proceedings are initiated against the entity, we are faced with a scenario of uncertainty in which it must be decided whether the model presented meets the essential requirements for it to be considered effective, in which case it may be decided to dismiss the case. In this context, the aim of this paper is to establish a guide that records the effectiveness indicators of compliance programs, from an integrated*

viewpoint of the conditions and requirements set out in art. 31 bis of the Criminal Code, in order to decide their possible effect on the proceedings on the basis of their verification.

Keywords: *corporate criminal liability; criminal compliance programs; standards of effectiveness of criminal compliance programs; requirements of organisational models; programme conditions.*

Sumario: 1. Introducción. – 2. Indicadores de eficacia del compliance. – 2.1. Mapa de riesgos (identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos). – 2.2. Establecimiento de protocolos de formación de la voluntad y de toma de decisiones de la persona jurídica. – 2.3. Establecimiento de modelos de gestión de los recursos financieros para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. – 2.4. Obligación de informar de los riesgos e incumplimientos al órgano encargado de vigilar el modelo. – 2.5. Régimen disciplinario y verificación periódica. – 3. Conclusiones. – 4. Bibliografía.

1. Introducción

Como advierte Del Moral García¹, son escasos los pronunciamientos judiciales que tratan de esclarecer cuáles son los estándares de eficacia de los programas de cumplimiento y muchos los interrogantes a los que se enfrenta el operador judicial, lo que repercute negativamente en la necesaria seguridad jurídica.

Nieto Martín, por su parte, señalaba² recientemente, haciéndose eco de las palabras de Miller, que «seguramente puedan desarrollarse argumentos de política criminal sólidos tanto a favor como en contra de la creación de una causa de exclusión de la responsabilidad (*affirmative defense*) para los programas de cumplimiento eficaces. Pero, considerando todos los argumentos en juego, probablemente sea preferible que el legislador no proporcione una *affirmative defense* (es decir, no tipifique una exclusión de responsabilidad), sino que tenga en cuenta la existencia de un programa de cumplimiento eficaz en relación con cuestiones como la acusación, los acuerdos y la determinación de la pena»³.

Lo cierto es que no es tarea fácil determinar si un programa de cumplimiento tiene el contenido mínimo que legitima tal consideración, por

¹ Del Moral García, C., «Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del TS; presente y perspectivas», en J.L. Gómez Colomer (dir.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, 2019, p. 676.

² Nieto Martín, A., «La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n.º 1/2023, Cizur Menor, 2023, p. 2.

³ Miller, G., «An economic Analysis of Effective Compliance Programs», en Arlen (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2015, p. 20.

que no hay escalas o parámetros sobre los que asignar valores a cada uno de sus elementos⁴, analizando su correcta implementación⁵, y, sobre todo, no lo es, porque ese análisis de eficacia parte del reconocimiento indubitado de su contrario, es decir, de la constatación de que el programa que se trata de evaluar, realmente, no ha podido evitar la comisión delictiva, lo que, en sí mismo, ya refleja la problemática que encierra valorar la eficacia de un programa que *en principio* se ha demostrado ineficaz⁶.

Los escasos los pronunciamientos judiciales que tratan de esclarecer cuáles son los estándares de eficacia de los modelos de organización y gestión se limitan con carácter general a realizar afirmaciones apriorísticas, que normalmente reproducen el contenido del art. 31 bis 5) C.P., aplicado al supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento⁷, pero sin llegar a desarrollar su contenido a modo de guía, y, mucho menos, su enlace y relación con las condiciones del art. 31 bis, según el distinto hecho de conexión ante el que nos encontremos⁸.

En este sentido, y por poner un ejemplo, podemos citar los contenidos del Auto del JCI número 6, de 2 de junio de 2022, que, aun sin mucho detalle, al menos, pormenoriza el contenido del art. 31 bis 5), sin limitarse, como se realiza en otras resoluciones, a sobreeser, fundamentando tal decisión en el solo hecho de que la entidad disponía de un programa

⁴ Cfr. Villegas García, M. A./Encinar Del Pozo, M. A., «Hacia una guía de valoración de los programas de ‘compliance’ para el proceso penal», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 142, 2020.

⁵ En este sentido, señala Arangúez Sánchez que «el legislador se limita a exigir un contenido mínimo, de una forma absolutamente ambigua, en el art. 31 bis CP» («El diseño de programas de prevención de delitos para personas jurídicas», *RECPC 22-20 (2020)*, p. 21).

⁶ De cualquier forma, la propia Circular 1/2016 señala «que el hecho de que en efecto se haya cometido un delito no basta sin más para descalificar al plan de cumplimiento. Siempre hay un riesgo que no puede ser anulado. En un orden de cosas inverso también han de rechazarse los planes de cumplimiento puramente formales». En el mismo sentido, entre otros, vid. el Auto 179-2022, de 14 de marzo, fundamento jurídico sexto. Además, la Circular admite como eficaz un programa que solo permite «reducir de forma significativa» el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido.

⁷ En esta línea, y de forma premonitoria, el Tribunal Supremo ha remarcado desde el principio la dificultad que encierra el objeto de análisis al señalar que «en pocas materias como la que ahora nos ocupa, las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate permanece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas hayan rectificado sus planteamientos iniciales es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal solo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema» (STS 221/2016, de 16 de marzo, fundamento jurídico 5).

⁸ Cfr., Del Moral García, C., «Compliance...», op. cit., p. 676.

de cumplimiento eficaz en los términos marcados por el Código penal⁹. Concretamente, el fundamento jurídico 4 del Auto citado considera que las dos personas jurídicas investigadas, Caixabank y Repsol, «contaban con un Modelo de Prevención de delitos que cumplía con los requisitos previstos en el artículo 31 bis en su redacción dada por la reforma del año 2015, con las consecuencias jurídico penales que, ello conlleva, incluso con las directrices fijadas por la FGE en su circular 1/2016», avalando tal conclusión sobre la realización de los siguientes indicadores:

- evaluación de los riesgos propios de la actividad;
- implementación de controles eficaces de prevención de los delitos concretamente cometidos;
- canal de denuncia adecuado y conocido por los empleados bajo cuya cobertura podía comunicarse cualquier infracción del marco de control y prevención;
- indicación de acciones de formación a sus empleados en materia de cumplimiento normativo;
- referencia a la necesidad de evaluación mejora del programa según los indicadores que se fueran apreciando en su desarrollo;
- establecimiento de una Unidad de Cumplimiento encargada de la vigilancia y control del Modelo implantado;
- previsión de actuación de asesores externos para la confección y mejora continua de sus programas¹⁰.

En consecuencia, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia encontramos parámetros generales sobre los que asignar valores a cada uno de los elementos del compliance, analizando su correcta implementación, razón por la cual existe mucho margen de discrecionalidad en la determinación de si un programa es eficaz, y tratar de ofrecer una guía que permita su valoración en abstracto es una tarea no está exenta de dificultad.

⁹ En esta línea, vid., por ejemplo, la escueta argumentación contenida en el fundamento jurídico séptimo del Auto del JCI número 6, de 23 de marzo de 2021, donde se confirma que en el presente caso (sobresimiento provisional de INDRA) «la documentación aportada permite constatar que los mecanismos de prevención normativos implantados en la empresa permitieron localizar, identificar y erradicar a los responsables de los hechos aparentemente delictivos (...), que el programa implantado en el ente corporativo, conforme a una valoración del mismo 'ex post facto', funcionó, y que, en conciencia, que el sistema existente en la mercantil cuya implantación ya se reconoció en los autos 136/20 y 137/20 de 7 de mayo de 2020, era eficaz para cumplir el fin perseguido».

¹⁰ Finalmente, se concluye en el Auto que ambas compañías, reguladas, supervisadas y auditadas, cumplían con sus obligaciones de vigilancia y control, sin que se pueda achacar a un déficit en esta materia la presunta comisión de los delitos que han sido investigados por este Instructor, aunque no resuelve los interrogantes a los que se enfrenta el operador judicial, lo que repercute negativamente en la necesaria seguridad jurídica.

Así, el art. 31 bis C.P. plantea un problema, aún no resuelto¹¹, «en torno a cuáles son los estándares con base a los que analizar la eficacia de los compliance»¹², y el punto de partida no puede ser otro que la afirmación del subjetivismo imperante en la materia, a falta de un cuerpo de doctrina, que, aunque fuera de modo breve o incipiente, tomara conciencia del problema y elaborara unas pautas que protocolizaran con carácter general el problema de los estándares de eficacia de tales programas¹³. Lo que, realmente, no sorprende, ya que hasta la propia nomenclatura utilizada para concretar el objeto de análisis es confusa, sin que tampoco en este punto existan prácticas estables.

En efecto, la terminología para referirse a los denominados programas de cumplimiento o modelos de organización y gestión es plural, razón por la cual hemos considerado necesario reflejar algunas de las expresiones de más frecuente utilización para referirse a dichos modelos, a saber:

- Modelo de cumplimiento y prevención de delitos (Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional número 35/2023, de 30 de enero).
- Modelo de prevención de delitos (Autos del Juzgado de Central de Instrucción número 6, de 2 de junio de 2022, y 35/2023, de 30 de enero).
- Modelo de organización y gestión para la prevención de delitos (Auto del Juzgado Central de Instrucción, número 6, de 2 de junio de 2022).
- Modelo de cumplimiento normativo (Autos del Juzgado Central de Instrucción, número 6, de 2 de junio de 2022, y número 35/2023, de 30 de enero).

¹¹ Del Moral García, A., «Compliance...», op. cit., p. 676.

¹² Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones relativas a los programas de cumplimiento penal: los criterios para medir su eficacia y el diseño de los mapas de riesgos», en A. Matallín Evangelio, A. Fernández Hernández (dirs.), *Criminal Compliance Programs y Mapas de Riesgos*, Valencia, 2023, p. 68.

¹³ En esta línea, señala Neira Pena que «podría resultar técnicamente más correcto, bien regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas en una ley especial, como en Italia y Chile, bien diseñar el debido control como una norma penal en blanco, cuyo contenido se complementase con las correspondientes regulaciones mercantiles o administrativas en la materia, según el tipo de persona jurídica, de actividad social, de riesgo delictivo a prevenir, etc. Desde luego la solución española, que recoge en el propio CP este tipo de normas sobre la estructura organizativa de las personas jurídicas, no parece la más adecuada desde el punto de vista de la técnica legislativa» («La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal», *Polít. crim.* Vol. 11, n.º 22 (diciembre 2016), p. 475; http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf).

- Programas de cumplimiento normativo (Auto de la Audiencia Nacional, número 36/2023).
- Manual de compliance (Auto del Juzgado Central de Instrucción, número 4, de 11 de mayo de 2017).
- Sistemas de organización y gestión (UNE 19601).

Realizada esta consideración previa, que abona una imagen de confusión e inseguridad, que, paradójicamente, contrasta con la ingente masa bibliográfica existente la materia¹⁴, debemos pasar a protocolizar los parámetros que, a nuestro juicio, y en el marco del art. 31 bis C.P. (cualquiera que sea la persona física que realiza el delito objeto de enjuiciamiento, esto es, tanto si delito de referencia es cometido por un representante, directivo o administrador -art. 31 bis 1 a) C.P.- como si es cometido por un subordinado -art. 31 bis 1. b) C.P.-), debería comprobar el órgano judicial¹⁵ para decidir si, constatada la concurrencia general de los 6 requisitos establecidos en el art. 31 bis 5 C.P., confluyen, asimismo, indicadores que, en el marco de la regulación total del art. 31 bis¹⁶, avalen una decisión favorable al reconocimiento de eficacia en un determinado *criminal compliance program*¹⁷.

2. Indicadores de eficacia del *compliance*

Los requisitos legales de los programas de cumplimiento¹⁸, cuya concurrencia debe comprobar el órgano judicial para reconocer la existencia

¹⁴ En este sentido, señala Acale Sánchez que «si con carácter general desde que en 2010 llegó al Código penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los estudios doctrinales que la han sometido a examen son numerosísimos, hasta el punto de haber convertido al Derecho penal económico en una disciplina con mayor predicamento que el tradicional Derecho penal de las personas físicas, los estudios sobre los *compliance* superan todas las estadísticas» («Derecho penal urbanístico, persona jurídica y *compliance*», *La Ley Compliance penal*, n.º 6, julio-septiembre 2021, p. 6).

¹⁵ O el Ministerio Fiscal en fase de investigación.

¹⁶ En donde se encuentran reguladas las condiciones de los programas, según los hechos de conexión.

¹⁷ Por ejemplo, determinando el sobreseimiento de la causa.

¹⁸ «Con carácter previo, debe comprobarse la concurrencia de tres presupuestos (a) la previa actuación ilícita del sujeto persona física que legalmente se considera idóneo para desencadenar el proceso de transferencia de responsabilidad; b) que el delito cometido por la persona física se encuentre dentro de los delitos que expresamente la ley habilita para poder transferir la responsabilidad a la persona jurídica, y, c) que la sociedad posea personalidad jurídica. Una vez comprobados los tres presupuestos comunes, el art. 31 bis describe dos diferentes hechos de conexión para habilitar el mecanismo de transferencia de responsabilidad penal desde la actuación ilícita de algunas personas físicas hasta la persona jurídica. Es decir, contempla dos posibles y diferentes 'hechos de conexión' en consideración al rango y facultades de las personas físicas que cometieron el delito de referencia. El primer hecho de conexión es el descrito en el apartado 1 a) del art.

misma del programa, y, por lo tanto, cualquier posible eficacia¹⁹, se encuentran tipificados en el art. 31 bis 5 C.P.²⁰, a saber:

1. Mapa de riesgos (identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos).
2. Establecimientos de protocolos de formación de la voluntad y de toma de decisiones de la persona jurídica.
3. Establecimiento de modelos de gestión de los recursos financieros para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
4. Obligación de informar de los riesgos e incumplimientos.
5. Régimen disciplinario.
6. Verificación periódica.

Si falta alguno de los requisitos del 31 bis 5, el programa no podrá tener efecto alguno, ni atenuante ni eximente²¹.

31 bis CP, donde se definen personas físicas con poder y representación societaria de máxima autoridad y nivel que, al cometer un delito, desencadenan la transferencia de responsabilidad criminal (representantes, directivos y administradores). Y el segundo hecho de conexión, desarrollado en el apartado 1 b) del art. 31 bis CP, se refiere a la actuación ilícita de personas físicas que están sometidas a la autoridad de las antes referidas, y que han incumplido gravemente sus obligaciones de vigilancia y control (subordinados). Por tanto, la primera clave en el análisis de la responsabilidad penal de una sociedad en el marco legal español es constatar si concurren los presupuestos de transferencia y luego uno de los hechos de conexión contenido en la ley. En consecuencia, el debate jurídico acerca de si un programa de cumplimiento posee eficacia eximente o atenuante solo es posible después de la comprobación de los presupuestos y hechos de conexión, siempre que la sociedad alegue estar en posesión de un programa de cumplimiento. Por último, los requisitos que han de tener los programas de cumplimiento, descritos en el art. 31 bis 5, son iguales para todos los supuestos anteriores» (González Cussac, J. L., «La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019), pp. 595-598).

¹⁹ Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones...», op. cit., pp. 79-80; Villegas García, M.^a A., Encinar Del Pozo, M.A., «Hacia una guía de valoración de los programas de compliance para el proceso penal», *La Ley Penal*, n°142, 2020, p. 5; González Cussac, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia, 2020, pp. 221-223; Fernández Teruelo, J. G., *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (Compliance)*, Cizur Menor, 2021, p. 206. En contra, vid. Gutiérrez Pérez, E., «Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La 'eficacia e idoneidad' como principios rectores tras la reforma de 2015», *Revista General de Derecho Penal*, n° 24, 2015, pp. 11-12.

²⁰ Pero sin olvidar que para que los programas puedan producir cualquier efecto, atenuante o eximente, no basta con el cumplimiento de los requisitos contenidos en el apartado 5 del art. 31 bis C.P., sino que deben cumplir, además, las condiciones establecidas en los apartados 2 y 4 de dicho precepto.

²¹ Señala Fernández Hernández a tales efectos que los requisitos del 31 bis 5) C.P. se configuran como *conditio sine qua non* de un compliance («Dos cuestiones...», op. cit., p. 79); vid., asimismo, González Cussac, J. L., «Eficacia...», op. cit. En sentido diverso, considerando que la ausencia de algún requisito o elemento de los implicados en el

A partir de aquí, integrando el contenido del art. 31 bis 5, con el resto de disposiciones del art. 31 bis (condiciones), y, además, con las directrices interpretativas ofrecidas por la Circular 1/2016 de la FGE y con los pronunciamientos judiciales relevantes existentes en la materia, por ejemplo, los de la Audiencia Nacional, que toman como base los criterios que se siguen en EEUU para valorar los programas de *compliance*, podemos elaborar una guía sobre los indicadores de eficacia e idoneidad de los modelos de organización y gestión, que, a falta de resolución jurisprudencial de esta materia, formalicen *con carácter general*²² los ítems que deberían comprobarse en un procedimiento judicial²³ para reconocer o rechazar la eficacia del programa de cumplimiento presentado por una persona jurídica²⁴.

mismo, por ejemplo, ausencia de canal de denuncia en algún caso concreto, no elimina la posibilidad de actuación de la eximente, vid. Gutiérrez Pérez, E., «Los compliance...», op. cit., p. 12.

²² Cfr. Nieto Martín, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», en Kuhlen, L., Montiel J.P. y Ortiz De Urbina, I., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid, 2013, p. 38.

²³ Se ha planteado la posibilidad de pedir un archivo *preprocesal* a favor de la persona jurídica que se haya dotado de un adecuado programa de cumplimiento normativo si el Ministerio Fiscal en el marco de la investigación así lo considera. El programa debería valorarse analizando la realización de los indicadores establecidos en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas (Villegas García, M. A./Encinar Del Pozo, M. A., «Hacia una guía...», op. cit., p. 3).

Sobre este particular, y para no hacer a la persona jurídica de peor condición que a la persona física, consideramos que del juego combinado de los arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim se infiere la posibilidad de que el Ministerio Fiscal acuerde el archivo de la causa para la persona jurídica si considera acreditada la eficacia del programa, una vez comprobados los indicadores de cumplimiento y el hecho de que la entidad hizo todo lo posible para la correcta implementación del programa en los términos de exigencia establecidos en la Circular 1/2016 y en el marco de la legalidad vigente. Así se desprende de la Circular sobre la actividad extraprocésal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal, Circular 2/2022, de 20 de diciembre, cuando señala «que en aquellos casos en los que la noticia criminal recibida no presente relevancia bien por fundarse en meras hipótesis carentes de verosimilitud y de todo sustento objetivo, bien por tratarse de hechos no constitutivos de delito, los fiscales se hallarán facultados para acordar su archivo de plano. Para ello deberán incoar diligencias de investigación a fin de ofrecer un soporte procedimental adecuado, sin perjuicio de que en el mismo decreto de incoación se acuerde su archivo de plano. En estos casos los fiscales se limitarán a acordar el archivo mediante decreto que expresará las razones por las que los hechos denunciados no pueden ser indiciariamente incardinados en ningún tipo penal o, en su caso, resultan manifiestamente inconcebibles».

De cualquier forma, en opinión de los autores citados, en el actual marco procesal español, aun cuando una entidad se haya dotado de un programa de cumplimiento normativo aparentemente eficaz, tendrá muy difícil evitar una imputación judicial (*idem*).

²⁴ En este sentido, partimos del reconocimiento de que el art. 31 bis 5) «contiene una regulación general o global de la estructura y elementos de cualquier programa de cumplimiento, si bien es cierto que estos 'requisitos' están explícitamente referidos al cumplimiento de la condición examinada de idoneidad» (González Cussac, J. L., «La eficacia...», op. cit., p. 621). Como señala León Alapont deben distinguirse dos planos: «1) el de la idoneidad de las concretas medidas que se establezcan para la prevención

Veamos dicho protocolo desde el análisis de los requisitos establecidos en el art. 31 bis 5 C.P.²⁵, que constituye el primer nivel de control en cualquier enjuiciamiento de una persona jurídica, integrado con otros indicadores de eficacia, derivados de los contenidos de la Circular 1/2016 y del resto de normativa vigente (las condiciones).

2.1. Mapa de riesgos (identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos)

Este requisito es comúnmente conocido como mapa de riesgos²⁶.

de cada una de las conductas delictivas en las que se pueda incurrir, lo cual sólo podrá ser objeto de valoración por el juez o tribunal de forma casuística e individualizada; y, 2) el del contenido o medidas en abstracto que se contemplen con carácter general para la prevención y descubrimiento de cualquiera de los delitos atribuibles a una persona jurídica. Así, respecto del primer plano, un parámetro básico para valorar su idoneidad será que éstas resulten proporcionadas al riesgo en cuestión y a la actividad de que se trate. Así en ningún caso podrá calificarse de idóneo un programa de cumplimiento que no contemple todas y cada una de las exigencias previstas en el art. 31 bis 5 C.P.» (León Alapont, J., «Criminal Compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 *quater* CP», *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, mayo, 2019, p.11).

En el modelo español se regulan de modo diferente el juicio de idoneidad sobre las medidas preventivas para eximir o atenuar, y el examen de los requisitos del programa (estructura y elementos del programa). En realidad, el art. 31 bis 5 describe los elementos estructurales mínimos que ha de revestir un programa para ser jurídico-penalmente valorado como idóneo. Pero que una sociedad posea un programa estructurado con todos estos requisitos legales no es suficiente para cumplir la condición de idoneidad. Son «requisitos» necesarios, pero no suficientes para obtener la exención o atenuación de la responsabilidad penal (González Cussac, J. L., *ibídem*, p. 622).

De cualquier forma, conviene tener presente el limitado objeto de nuestro trabajo, que es, únicamente, ofrecer una guía general y primaria referida a si el programa presentado por la entidad reúne los requisitos esenciales que debe tener un modelo de prevención corporativo (requisitos y condiciones), sin prejuzgar la conclusión final de idoneidad y eficacia que pueda resultar; en concreto, tras la realización de la actividad probatoria específica correspondiente, momento en el que, de haber llegado la causa a dicho estado del procedimiento, se decidirá por el juzgador, si la empresa adoptó su programa de prevención, idóneo y eficaz y cuáles son los efectos del mismo.

²⁵ Señala Carratalá Valera que «el primer estadio de control viene referido a la comprobación de que la persona jurídica cuenta con un programa de cumplimiento propiamente dicho, esto es, la verificación del cumplimiento completo de los requisitos fijados en el apartado quinto del art. 31 bis C.P. De no ser así, no podrá afirmarse que existe un compliance como tal» (Carratalá Valera, V. M., «Las condiciones eximentes de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio a la luz del artículo 31 bis del Código Penal», Exposición presentada en: V Edición Premios Susana Huerta, Madrid, 2023. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=CZOc6Yuv2IY>).

²⁶ Dicho requisito enlaza con la condición de idoneidad del programa de cumplimiento, respondiendo a las características y naturaleza propias de la persona jurídica, sus protocolos y procedimientos, que deberán estar actualizados e implementados realmente, debiendo verificarse su ejecución en tiempo real.

Se deben identificar en el mapa las actividades de la empresa en cuyo desarrollo puede producirse una infracción penal, especificando la forma concreta en la que puede tener lugar esa comisión delictiva específica²⁷.

Es un indicador de ineficacia del modelo que el delito concretamente investigado no figure en el mapa, de manera que, a *sensu contrario*, será un indicador de eficacia que se hayan relacionado aquellos delitos que son objeto de investigación, con señalamiento de las actividades de la entidad en cuyo desarrollo podría haberse determinado la comisión del delito en concreto²⁸.

Asimismo, deben señalarse los controles que se establecen, también llamados medidas de control, con relación a cada una de las modalidades delictivas incluidas en el mapa, y, muy especialmente, las relacionadas con los delitos que están siendo investigados.

El requisito mapa de riesgos es el elemento fundamental del *compliance* y debería tener una estructura mínima estandarizada, sin la cual no habría de reconocerse eficacia o idoneidad al modelo, a saber:

1. Identificación del delito/s señalando el/los precepto/s del C.P. en el/los que se encuentran tipificados, indicando, asimismo, la razón por la que ciertas infracciones no figuran en la matriz de riesgos²⁹.
2. Descripción típica del delito o grupo de delitos según los elementos establecidos en el texto punitivo.
3. Descripción de la conducta a través de la cual puede realizarse el delito, ejemplificando situaciones concretas (fuentes de peligro).
4. Identificación de las normas que regulan esa actividad (internas de la empresa y externas³⁰).

La legislación en ámbitos como la prevención de riesgos laborales, la protección de datos, el blanqueo de capitales, el abuso de mercado, etc., impone a las empresas la obligación de adoptar

²⁷ Señala Montaner Fernández que hay que hacer un análisis de la persona jurídica concreta «atendiendo a la que sea su configuración societaria, orgánica, su/s área/s de negocio, su territorio de actuación, sus clientes, sus socios de negocio, las relaciones que pueda tener con el sector público y la regulación que le sea aplicable» («Compliance», *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, J. M. Silva Sánchez (dir.), Barcelona, 2020, p. 104).

²⁸ En este sentido señala Fernández Hernández que será un criterio de eficacia del programa, al que deberá atender el órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento, que el modelo de organización y gestión haya reflejado la concreta actividad generadora del delito cometido («Dos cuestiones...», op. cit., p. 81).

²⁹ Por no poder ser cometidos en el seno de la empresa, en nombre de la misma, por su cuenta o en el ejercicio de las actividades que se llevan a cabo en la realización de su objeto social, tal y como se exige en el C.P.

³⁰ Górriz Royo, E. M., «Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo», *Indret*, octubre, 2019, p. 46.

controles internos con el fin de prevenir determinadas infracciones. Todas estas normas referidas a la actividad de la empresa ante la que nos encontremos deberán integrarse en los programas de cumplimiento, en el marco de la denominada *autorregulación regulada*, en cuanto que, como señala Darnaculleta I Gardella, los fines de la autorregulación son impuestos y controlados por el Estado como estrategia de regulación estatal³¹. A su juicio, «la autorregulación regulada es, pues, un nuevo instrumento de regulación ensayado por el Estado en una fase de transformación del mismo en el que, con carácter general, los instrumentos imperativos de actuación son sustituidos por técnicas indirectas de regulación donde los sujetos y organizaciones privadas ordenan su actividad, dotándose voluntariamente de las normas y controles más adecuados para la consecución de un determinado fin, siendo los poderes públicos los que supervisan la actuación privada de aprobación, aplicación y control del cumplimiento de tales normas»³².

5. Antecedentes, señalando si ha ocurrido antes alguna situación semejante. Departamentos/personal afectados.
6. Valoración de la probabilidad de realización del delito, de su impacto y del riesgo inherente.

Tras la identificación de las actividades en cuyo seno pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, la adecuada

³¹ Darnaculleta I Gardella, M. M., «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 20, 2009, p. 22. En la misma dirección, señala Nieto Martín «que la denominada *self regulation* o autorregulación regulada se trata de un ‘intervencionismo a distancia’ basado en la cooperación entre los poderes públicos, sujetos regulados y otros agentes sociales (sindicatos, ONGs...) con el fin no solo de generar o perfilar normas de comportamiento, sino también encargarse de su *enforcement*. Los ejemplos son muy numerosos, el moderno derecho del medio ambiente, el relativo a la protección de la salud de los trabajadores, consumidores, accionistas, inversores o las obligaciones administrativas del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo descansan en la *self regulation*» («Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de la empresa», *Política Criminal*, Vol 3, n.º 5 (2008), op. cit. p. 4). En parecidos términos Navarro Cardoso indica «que la autorregulación regulada no es más que otra muestra del continuo proceso de expansión del Derecho Penal, en el que el Estado, en el mejor de los casos, fija el marco regulatorio, y cede a los entes privados la concreción normativa vía códigos internos, reservándose, en algunos casos, la capacidad sancionadora. Las razones, se aduce, son la complejidad técnica de la materia, buscándose así la eficacia y la eficiencia, así como la incapacidad del Estado para hacer frente con solvencia, conforme a esos criterios, a la regulación que la moderna y sofisticada actividad empresarial precisa», aunque, continúa el citado autor «no es que se haya generado un espacio para autorregularse (en parte consustancial al Estado liberal de Derecho), sino para autoexcluirse penalmente» («A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas», en E. Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal económico y Teoría del delito*, Valencia, 2020, pp. 271-272).

³² Darnaculleta I Gardella, M. M., «La autorregulación...», op. cit., p. 22.

gestión del riesgo exige la asignación de una probabilidad de ocurrencia para cada uno de ellos³³.

La forma concreta de evaluar esta magnitud puede articularse por la empresa de formas diversas, cuya oportunidad deberá evaluarse judicialmente.

Así, por ejemplo, y como una de dichas formas de cálculo de probabilidad, podría resultar idóneo atribuir una magnitud numérica en función de los datos históricos del sector; concretamente, sobre la base de las sentencias y autos existentes al respecto, que arrojarán un resultado concreto que refleje la frecuencia real de realización general.

			Actividades/fuentes peligro sector				
			1	2	3		...
Probabilidad o frecuencia							
81-100%	Muy probable	5					
61-80%	Altamente probable	4					
41-60%	Probable	3					
21-40%	Posible	2					
0-21%	Improbable	1					

Otra forma de cálculo probabilístico podría implementarse atribuyendo un resultado sumatorio a diversas magnitudes, como, por ejemplo, y entre otras, las siguientes:

³³ El Código penal no exige que se cuantifique el riesgo, solo que se *identifiquen las actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos*, pero ello nos proporciona una valiosa información sobre los delitos de más probable realización a partir de estas actividades que precisan mayor control, como áreas prioritarias de intervención (León Alapont, J., «La prevención de delito ambientales en la era compliance: mapa de riesgos», en J. L. González Cussac (dir.), León Alapont (coord.), *Estudios jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, 2020, p. 477). Esto es así hasta el punto de que, como afirma Casanovas Ysla, no llevar a cabo dicha medición de riesgos puede comportar una clara pérdida de eficacia del modelo («La norma UNE 19601 y los requisitos del Código Penal», en Gómez-Jara Díez (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Navarra, 2018, p. 903).

Frecuencia del riesgo/Situación Económica/Antecedentes/
Existencia de cultura de cumplimiento o no con normativa interna de actuación...

7. Impacto

La determinación del impacto podría realizarse en función de la penalidad del delito que se esté evaluando en el mapa, a la que se podría sumar, en su caso, el daño reputacional.

Penalidad (de 1 a 5)

- Multa (1)
- Inhabilitación para obtener subvenciones (2)
- Suspensión de actividades (3)
- Clausura locales/intervención judicial (4)
- Disolución (5)

La metodología para la evaluación de los riesgos penales o, si se prefiere, para la elaboración del mapa de riesgos puede ser plural³⁴, sin que exista una específica y suficiente³⁵ para merecer el calificativo de eficaz³⁶.

³⁴ Al respecto vid. Jiménez Carbayo, V., «La valoración de los delitos en un programa de compliance. El método Mosler como método de análisis y evaluación de riesgos penales», *Diario La Ley*, n° 8973, de 5 de mayo de 2017, pp. 1 a 14; Villanueva Fernández, M., «La certificación y la gestión de riesgos», *Economía Industrial*, n° 396, 2015, pp. 73 a 80. Disponible en <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/396/VILLANUEVA%20FERNÁNDEZ.pdf>; Sánchez Sánchez, L. R., «Coso ERM y la gestión de riesgos», en *Quipukamayok, Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, Vol. 23, n° 44, 2015, pp. 43-45. Disponible en <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/quipu/article/view/11625/10435>.

³⁵ Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones...», op. cit., p. 69.

³⁶ La gestión del riesgo como el conjunto de actividades coordinadas para controlar los riesgos debe seguir una metodología que permita estimar el riesgo de que se produzcan unas determinadas consecuencias. Con respecto a la cuestión de la/s metodología/s que se han desarrollado para realizar análisis de riesgos, todas ellas pueden entenderse adecuadas si procuran la consecución del objetivo común cifrado en analizar el riesgo de una organización a partir del peligro asociado, siendo necesario y garantía de eficacia del programa que se constate judicialmente que conste la información documentada de la metodología y criterios utilizados. En este sentido se debería verificar por el juzgador que el programa de cumplimiento esté implementado siguiendo algún estándar concreto, nacional (UNE 19601) o internacional (ISO 37301), y, en el segundo caso, que en el alcance figure claramente la legislación española relativa a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La norma UNE 19601 se elaboró específicamente para dar cumplimiento a la Ley Orgánica 1/2015 (se explica en el apartado 0 Introducción y en el apartado 1 Objeto y Campo de Aplicación), por lo que si el programa de cumplimiento cumple con la totalidad de la UNE, se puede inferir inicialmente que está alineado con las exigencias del Código Penal.

No obstante, se deberá comprobar judicialmente que existe y se aplica una determinada metodología documentada para realizar la gestión de los riesgos, ya que de no ser así no debería calificarse de eficaz el programa.

De esta manera, cualquiera que sea la opción metodológica elegida, de entre las variadas posibles, deberá establecer como mínimo:

- la forma en que se identifican las actividades en cuyo ámbito se materializan los riesgos penales, es decir, las situaciones de peligro o escenarios de riesgo penal;
- qué criterios se emplean para asignar niveles de probabilidad de ocurrencia y de severidad de las consecuencias de la forma más objetiva posible;
- qué categorización se otorga a los riesgos en función de los valores anteriores y qué criterios se establecen para decidir cuándo se implementan controles para mitigar los riesgos (es decir, cuál es el umbral de riesgo que la organización está dispuesta a aceptar³⁷). Estos criterios deberían tener en cuenta el daño personal y/o ambiental, pérdidas económicas, daño reputacional y responsabilidades administrativas y/o penales³⁸;
- resulta fundamental como indicador de eficacia del programa señalar específicamente en el protocolo cómo se implementa y con qué periodicidad el seguimiento de los controles (tanto nivel de implementación como de eficacia);
- cuándo y cómo se actualiza la gestión del riesgo;

En el programa debe documentarse todo lo anterior, comprobando que existen actas de reunión del equipo de riesgo y de las personas responsables del cumplimiento.

8. Cálculo del riesgo inherente

Valoración de probabilidad multiplicado por valoración de impacto.

³⁷ El nivel de riesgo aceptable debe ser acordado por el órgano de administración.

³⁸ «6.2.2 Análisis de los riesgos penales UNE 19601. La organización (3.20) debe analizar los riesgos penales (3.29) considerando las causas y las fuentes de incumplimientos de compliance penal (3.5) y la gravedad de sus consecuencias, así como la probabilidad de que ocurran incumplimientos de compliance penal (3.5) y las consecuencias asociadas.

NOTA Las consecuencias pueden incluir, por ejemplo, daño personal y ambiental, pérdidas económicas, daño reputacional y responsabilidades administrativas y/o penales».

9. Identificación de las medidas de mitigación y control³⁹ que se establecen con relación a los riesgos cuantificados⁴⁰.
 - deben encontrarse evidencias de que los controles realmente han sido implementados con informes de valoración en los que se documente la causa por la cual determinados delitos se han considerado no aplicables, y, por tanto, no figuren en la matriz de riesgos;
 - informes de seguimiento de los controles, suministrados por las personas responsables en el departamento correspondiente, en los que se evidencie qué acciones se han realizado y qué efectos se han obtenido;
 - y resúmenes globales de la gestión del riesgo, con análisis de consecuencias y propuestas de mejora.
10. Especificación de los resultados finales mediante tabla indicativa clara que identifique el riesgo final, medio, alto o bajo, de realización delictiva.

En definitiva, para comprobar la realización de este primer requisito del programa será necesario comprobar que se han implementado y desarrollado los contenidos mínimos del mapa en la forma señalada⁴¹.

³⁹ Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones...», op. cit., p. 82. En el mismo sentido, vid. Nieto Martín cuando señala que «deben identificarse los riesgos penales que pueden afectar a la organización, así como los sectores de actividad que se verían afectados y la efectividad de las medidas de control adoptadas para prevenirlos» (Nieto Martín, A., «Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo», *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, A. Nieto Martín (dir.), Valencia, 2015, p. 129).

⁴⁰ Este requisito se relaciona con la condición 1º del art. 31 bis 2), de tal forma que, aunque de conformidad con lo dispuesto en el art. 31 bis 2, dicha condición solo se debería aplicar a las personas implicadas en el primer hecho de conexión (delito cometido por representantes...art. 31 bis 1 a), de cara a apreciar una posible exención de responsabilidad, lo cierto es que su contenido (de la condición) puede considerarse incluido en el significado del requisito primero del art. 31 bis 5 (identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, que, a nuestro juicio, también exige el establecimiento de medidas de control), de necesaria concurrencia también para las personas de la letra b) del art. 31 bis 1), razón por la cual podemos concluir que *el establecimiento de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión* se relaciona directamente con el primer requisito del art. 31 bis 5, siendo, por lo tanto, un requisito mínimo de necesaria comprobación en el momento inicial del procedimiento para reconocer eficacia al modelo de prevención, cualquiera que sea el hecho de conexión. Sin duda, esta condición remite al mapa de riesgos en sentido estricto, ya que demanda un cálculo del riesgo (riesgo inherente) y la posterior aplicación de medidas reductoras de riesgos.

⁴¹ La realización del primer y segundo requisito del art. 31 bis 5) C.P. es fundamental para el cumplimiento de la condición establecida en los apartados 2 y 4 del art. 31 bis C.P., referida a la adopción de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos

2.2. *Establecimiento de protocolos de formación de la voluntad y de toma de decisiones de la persona jurídica*

«El segundo requisito que se le exige a un modelo de organización y gestión para considerarlo tal es la determinación de quién toma las decisiones, de cómo se toman, de cómo se transmiten, a través de quién se transmiten, de quién termina ejecutándolas y de cómo se llevan a cabo. Es decir, un modelo de organización y gestión, para serlo, debe ser capaz de indicar a un tercero quién decide qué se hace, cómo se transmite esa decisión y cómo se ejecuta la misma. Con ello, de nuevo, se logra la traslación de la responsabilidad de la persona jurídica a las concretas personas físicas que han intervenido, de alguna manera, en la comisión del hecho penalmente relevante»⁴².

En este sentido, resultará un indicador de eficacia del programa que la entidad cuente con una normativa interna en la que se refleje con precisión el proceso y órganos encargados de la toma de decisiones y de su ejecución⁴³, también con relación a actividades concretas, por ejemplo, determinando el procedimiento establecido para contratar con empleados públicos, la forma de realizar los contratos, las cláusulas de confidencialidad, etcétera⁴⁴.

de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, en la medida que, evidentemente, si no se consigue identificar los riesgos (actividades e intervinientes) no habrá forma de prevenirlos (Cfr. Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones...», p. 83).

⁴² Fernández Hernández, A., *ibídem*, p. 82.

⁴³ Vid. 5.1. 1.g) UNE 19601, cuando señala lo siguiente: «5.-Liderazgo. - 5.1 Liderazgo y compromiso.

El liderazgo dentro de la organización (3.20) debe desempeñar un papel fundamental en la formación e implementación con éxito del sistema de gestión de compliance penal (3.31).

5.1.1 Órgano de gobierno

El órgano de gobierno (3.22) debe demostrar su liderazgo y compromiso en relación con el sistema de gestión de compliance penal (3.31). A tal fin, el órgano de gobierno (3.22) debe:

(...) g) asegurar que se establecen los procedimientos (3.25) que concreten el proceso (3.26) de formación de la voluntad de la organización (3.20), de toma de decisiones y de ejecución de las mismas promoviendo una cultura (3.8) de compliance que garantice altos estándares éticos de comportamiento».

⁴⁴ Sobre este requisito señala Aguilera Gordillo que se trataría de desarrollar un escrupuloso organigrama en el que se haría indicación de todos los individuos que intervienen o desempeñan funciones no triviales en los ámbitos decisorios o ejecutivos, prestando especial atención a aquellos sujetos que detentan normativamente las facultades de representación, decisión y control («Los modelos de organización y gestión o 'compliance programs': requisitos del 31 bis 5 del Código Penal, la Circular 1/2016 FGE y consideraciones para la implementación», *Compliance Penal en España [Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Lógica predictiva y requisitos del «compliance program penal»]*, Madrid, 2018).

Dicha normativa o protocolo de actuación puede estar incluido en el documento final del programa o estar separada del mismo.

Como se especifica en la Circular 1/2016 la clave para valorar la verdadera eficacia del programa «no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento»⁴⁵. Este criterio general es fundamental «para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales»⁴⁶.

La evaluación de la ejecución del programa de cumplimiento, por tanto, también debe formar parte de sus requisitos⁴⁷.

No basta con diseñar e implementar un programa, sino que debe someterse a supervisión, vigilancia y control para asegurar su desempeño eficaz en mitigar los riesgos de incumplimiento. Se trata de una atribución a la que alude expresamente la Circular de la FGE, determinando que esa labor deberá «asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del artículo 31 bis C.P.»⁴⁸.

Esta supervisión, vigilancia y control puede implementarse de varias maneras:

- 1) Vigilancia interna: existen herramientas de supervisión interna que permiten que las organizaciones puedan hacer una evaluación objetiva de cumplimiento del programa. Sin ir más lejos, la norma UNE 19601 propone varias:
 - a. El uso de indicadores de desempeño, que permiten un seguimiento y medición de los procesos que forman parte del programa, por ejemplo, el porcentaje de personal que ha sido formado de manera eficaz, el nivel de utilización de los canales éticos, las incidencias identificadas y comunicadas, por tipo, área y frecuencia.
 - b. Los informes de cumplimiento, que permiten reportar de forma sistemática y periódica tanto a la alta dirección como al órgano de gobierno los resultados sobre el desarrollo del programa, promoviendo activamente una cultura de información completa y transparente.

⁴⁵ Vid. p. 52.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Y para la decisión de cumplimiento de las condiciones (*supra*, nota 40).

⁴⁸ Vid. p. 47.

- c. La auditoría interna, cuyo objetivo es evaluar que el programa de cumplimiento es conforme con los requisitos del Código penal, está correctamente implementado y se desarrolla de forma eficaz.
 - d. La revisión del sistema por parte de la alta dirección y/o del órgano de gobierno, en la cual los roles de máxima autoridad de la organización (habitualmente el Consejo de Administración, Junta Directiva, CEO, Director General...) asumen la responsabilidad de monitorizar la información que les proporciona la persona designada como responsable del programa y toman decisiones relacionadas con su mejora de forma continua, o sobre la necesidad de realizar cambios y ajustes derivados de las lagunas o carencias que hayan podido ser identificadas en el funcionamiento y en su capacidad para mitigar los riesgos de incumplimiento penal.
- 2) Otra opción de seguimiento y control del programa de cumplimiento es someterlo a una auditoría externa⁴⁹ o a certificación, actuaciones que, en consecuencia, también constituyen indicadores de eficacia del programa⁵⁰.

⁴⁹ Vid. Auto JCI Audiencia Nacional, 35/2023, fundamento jurídico segundo, cuando señala que «todo ello nos lleva a concluir que la voluntad de REPSOL YPF SA al encargar a una entidad externa la verificación de su modelo de prevención de delitos era asegurarse de su adecuación a la legislación vigente y de adecuarlo a ella en el caso de que no fuera así, pues no se entiende que encargarán semejantes informes si el interés fuera otro».

En este sentido señala Aránguez Sánchez que «también es un dato objetivo sobre la calidad del modelo de prevención de delitos que la empresa contrate a distintos auditores (distintos de quienes realizaron inicialmente la labor de consultoría para la puesta en marcha del sistema) y que pase sus certificaciones anuales con distintas empresas certificadoras. Evidentemente si expertos de distintas empresas validan un sistema, se tiene una mayor garantía» («El diseño...», op. cit., p. 22).

⁵⁰ Sobre la importancia de las certificaciones, señala Aránguez Sánchez que ante «la pregunta obvia que se plantea sobre ¿Cómo podemos evaluar la calidad de un modelo de prevención de delitos? Esta cuestión debe responderse de forma distinta dependiendo del momento en el que queramos medir la eficacia del sistema de compliance: 1.— Antes de que se comenta un ilícito penal en el seno de la entidad no podemos acudir a un organismo público para que (tras el pago de la correspondiente tasa) valide nuestro sistema de compliance (...). Por tanto, no cabe sino en confiar en la Certificación que entidades privadas ofrecen sobre normas ISO (ISO-UNE 19601 e ISO 37001, fundamentalmente). Tener tal sello de garantía es fundamental para validar el trabajo que una consultora (independiente de la certificadora) ha realizado o las actualizaciones que haya desarrollado el *compliance officers* de esa persona jurídica» (ibidem., p. 21).

En el mismo sentido, vid. Ballesteros Sánchez, J., *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021, p. 416; Rayón Ballesteros, M. C., «Cuestiones controvertidas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el proceso penal y la eficacia de los programas de cumplimiento», *Foro Nueva época*, vol. 22, n.º 1 (2019), p. 246.

Por lo que se refiere a las certificaciones, la existencia de una certificación externa e independiente, emitida por una entidad acreditadora, es, evidentemente, un indicio de eficacia del modelo, en la medida que con ella se manifiesta la adecuación del *compliance* a los requisitos establecidos en la norma correspondiente⁵¹, «pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial»⁵².

En este sentido, existe alguna resolución judicial que pone las certificaciones en valor, aunque sin establecer pautas claras al respecto, más allá del hecho de que representan un indicador de eficacia, que por sí solo no sirve para fundamentar la exención. Así, podemos apreciar *su consideración judicial* en el reciente caso referido a la imputación de CaixaBank y Repsol en una pieza separada de la investigación realizada sobre la empresa CENYT (el famoso «caso Villarejo») por parte de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y su posterior sobreseimiento⁵³. En este supuesto, CaixaBank presentó su modelo de prevención, incluyendo el código ético, la matriz de riesgos, el plan de formación, la política de investigación interna y el estatuto de órgano de cumplimiento, pero, sobre todo, presentó su certificación UNE 19601:2017, así como la certificación ISO 37001:2016 de sistemas de gestión antisoborno, ambas emitidas por Aenor. Repsol también presentó un informe elaborado por la consultora KPMG en el que se analizaban y evaluaban las medidas implantadas por la empresa para la prevención de delitos, cultura y cumplimiento normativo en el que se incluía la evaluación del programa de prevención de riesgos penales auditado por un servicio externo. La Sala indicó en su resolución que ambas empresas contaban con un modelo de prevención de delitos acorde al Código penal.

⁵¹ La norma española UNE 19601 surge para desarrollar los requisitos del 31 bis C.P., incorporando buenas prácticas mundialmente aceptadas (Rayón Ballesteros, M. C., «Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, LI 2018, 197-222, p. 213).

⁵² Vid. la p. 52 de la Circular 1/2016, cuando señala expresamente que «las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial».

⁵³ Vid. el Auto del Juzgado Central de Instrucción, de 2 de junio de 2022 (fundamentos jurídicos 2 y 4).

La existencia de un código ético o de conducta⁵⁴ que refleje la cultura de cumplimiento⁵⁵ es otro indicador de eficacia⁵⁶.

En este documento, que se integrará en el programa, se pueden reflejar los procedimientos de toma de decisiones.

Otro indicador de idoneidad o eficacia, enmarcado en la propia cultura de cumplimiento de la entidad, además del código ético, puede ser su propia actitud de colaboración tras conocer la posible realización delic-

⁵⁴ Normalmente el estándar común de comportamiento exigido, tanto a los miembros de la organización como a los socios de negocio, constará en la política de compliance penal, aunque también pueden encontrarse referencias al respecto en un código de conducta, código ético, código de valores o documento análogo en la organización (UNE 19601.- 7.1).

⁵⁵ Los códigos de conducta, en una aproximación general, constan de «un conjunto de reglas y principios que la corporación asume voluntariamente, como algo distinto de las reglas que impone el derecho» (Malem Seña, J., «Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción», en L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2006, p. 413).

⁵⁶ En este sentido, vid. el Auto JCI Audiencia Nacional, de 2 de junio de 2022, fundamento jurídico segundo. Doctrinalmente se ha reclamado la exigencia específica de un código ético o de conducta, aunque algunos autores lo suelen considerar incluido tácitamente en este segundo requisito del 31 bis 5) (Gutiérrez Pérez, E., «Los compliance...», op. cit., p. 6).

Por su parte, la Circular 1/2016 enfatiza la importancia de este elemento, destacando que el objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa, sino promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento, debiendo analizarse si los programas de prevención establecidos expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales (p. 52). En la misma línea se señala por la Fiscalía que «la obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento, así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto» (p. 45).

También se refleja la importancia de la cultura de cumplimiento en la UNE 19601 (7 Elementos de apoyo. - 7.1 Cultura de compliance) en los siguientes términos: «El compliance penal (3.5) es el resultado de que una organización (3.20) cumpla con sus objetivos de compliance penal (3.19), a través del cumplimiento de los requisitos (3.27) que se derivan de su política de compliance penal (3.24) y del resto del sistema de gestión de compliance penal (3.31), y se hace sostenible introduciéndola en la cultura (3.8) de la organización (3.20) y en el comportamiento y en la actitud de las personas que se vinculan con ella. El desarrollo de una cultura (3.8) de compliance exige que el órgano de gobierno (3.22) y la alta dirección (3.2) tengan un compromiso visible, consistente y sostenido en el tiempo con un estándar común y publicado de comportamiento que se requiera en todas y cada una de las áreas de la organización (3.20), así como a sus socios de negocio (3.32)».

tiva⁵⁷, o su propio comportamiento en situaciones semejantes, pues pone de manifiesto en qué medida el delito representa un acontecimiento puntual y ajeno a su cultura ética o, por el contrario, evidencia la ausencia de tal cultura, «desnudando el modelo de organización como un mero artificio exculpatorio»⁵⁸.

En este sentido, las circunstancias y hechos precedentes sobre la permisividad o intolerancia en relación con el incumplimiento coadyuvan a valorar si el hecho delictivo fue una excepción o una muestra de un clima de incumplimiento y descontrol⁵⁹.

La existencia de un compromiso inequívoco y el apoyo de la alta dirección de la compañía⁶⁰ también es fundamental. El comportamiento y la implicación del consejo de administración y de los principales ejecutivos son, según la Fiscalía, claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía y garantía de eficacia del programa⁶¹.

⁵⁷ Vid. el Auto de la Audiencia Nacional 36/2023, de 30 de enero, fundamento jurídico 8. Vid., asimismo, a este respecto, el fundamento jurídico 7 del Auto del JCI de 23-03-2023, cuando explica el sobreseimiento de la causa contra INDRA, indicando que, «por el contrario, puede concluirse de las alegaciones y razonamientos de la defensa, de la actitud de colaboración seguida por la mercantil, de las acciones realizadas en orden a identificar y reconocer el delito contra la hacienda pública, y sobre todo, de los informes presentados por la Unidad de Cumplimiento, que el programa implantado en el ente corporativo, conforme a una valoración del mismo ‘ex post facto’, funcionó, y que, en conciencia, que el sistema existente en la mercantil cuya implantación ya se reconoció en los autos 136/20 y 137/20 de 7 de mayo de 2020, era eficaz para cumplir el fin perseguido».

Sobre este particular, y por su parte, la Circular señala que «las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas. La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento. Del mismo modo, la restitución, la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia» (p. 55, Novena).

En sentido diverso, sin embargo, parece manifestarse el Auto 179/2022, de 14 marzo, cuando señala que la colaboración que ha venido mostrando «Deloitte, S.L.» a lo largo del procedimiento, constituye una circunstancia atenuante independiente de la existencia de los programas de cumplimiento, tal y como se reconoce en el artículo 31 *quater* b) (fundamento jurídico quinto).

⁵⁸ Circular 1/2016, p. 54.

⁵⁹ Circular 1/2016, p. 54.

⁶⁰ Nieto Martín, A., «La eficacia...», op. cit., p. 29.

⁶¹ En este sentido, señala la Circular 1/2016 que «cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía. El comportamiento y la implicación del Consejo de Administración y de los principales ejecutivos son claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Por el contrario, su hostilidad hacia estos programas, la ambigüedad, los mensajes equívocos o la indiferencia ante su implementación traslada a la compañía la idea de que el incumplimiento es

En esta misma línea, la Circular incide en la importancia de una adecuada selección de directivos y empleados como vía para prevenir ilícitos, de manera que se debe valorar de manera especial que los modelos de organización y control de la compañía establezcan altos estándares éticos para su contratación y promoción⁶².

Por otro lado, y, además, señala la Circular que aunque la detección de delitos no está expresamente incluida entre los requisitos de los modelos de organización y gestión, forma parte, junto con la prevención, de su contenido esencial. De esta forma, entiende que la capacidad de detección de los incumplimientos del programa será un elemento sustancial de su validez.

En consecuencia, se concederá especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación, de tal manera que los fiscales, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, «deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo, sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo»⁶³.

La gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal son también, según la Circular, circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta para valorar la eficacia del modelo⁶⁴.

Por último, resulta fundamental que el programa de compliance penal se encuentre disponible para todos los miembros de la entidad como información documentada, debiendo comprobarse como indicador de

solo un riesgo que puede valer la pena para conseguir un mayor beneficio económico. Si los principales responsables de la entidad incumplen el modelo de organización y de prevención o están recompensando o incentivando directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse *que* exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa» (pp. 52-53).

Por su parte, en distintas resoluciones judiciales también se destaca el valor de la implicación de la alta dirección en orden a valorar la eficacia de los programas de cumplimiento (vid. el fundamento jurídico segundo del Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional 35/2023, de 30 de septiembre).

⁶² Vid. p. 53.

⁶³ Vid. la p. 64 de la Circular 1/2016. En este sentido, la aplicación de mecanismos de detección y reacción que permitan descubrir un delito y revelar al autor, así como la comunicación del mismo a las autoridades, son determinantes para solicitar la exención de responsabilidad al ente.

⁶⁴ Específicamente señala la Circular «que la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, mas también es cierto que este puede quedar seriamente en entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal. Todas estas circunstancias deberán ser tenidas en cuenta para valorar la eficacia del modelo» (p. 54).

eficacia que ha sido comunicado eficazmente tanto al personal interno como a los grupos de interés externos (ej. proveedores y clientes), por correo electrónico, tabloneros de anuncios, web corporativa, intranet, charlas y formaciones, siendo también esencial el idioma empleado, si se trata de una empresa multinacional⁶⁵.

La propia existencia de una web corporativa publicitando el *compliance* penal es una garantía e indicador de eficacia.

2.3. *Establecimiento de modelos de gestión de los recursos financieros para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos*

La alta dirección y los órganos de supervisión deberán asegurar la asignación de los recursos apropiados para la gestión de los riesgos penales⁶⁶; asignación de recursos⁶⁷ que deberá plasmarse, como indicador de eficacia, en la contabilidad de la organización⁶⁸.

Ello incluirá, entre otros mecanismos, los siguientes:

- reflejo contable de los recursos asignados para la implementación del programa;

⁶⁵ Vid., especialmente, los apartados 5.2 (Política de compliance penal) y 7.5.2 (Comunicación de la política) de la UNE 19601.

⁶⁶ Este requisito del art. 31 bis 5) se relaciona con la condición segunda del art. 31 bis 2, de manera que, indirectamente, debe comprobarse en este momento inicial (cualquiera que sea el hecho de conexión) que el órgano de cumplimiento dispone de los recursos necesarios para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos (De La Mata Barranco, N. J., «El órgano de compliance penal: algunas cuestiones», en A. Matallín Evangelio (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, 2018, p. 39; González Cussac, J. L., *Responsabilidad penal...*, op. cit., p. 187; Palma Herrera, J. M., «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de 'compliances'», en Palma Herrera, J. M./Aguilera Gordillo, R., *Compliances y responsabilidad corporativa*, Pamplona, 2017, p. 67).

⁶⁷ «No se trata de establecer únicamente medidas internas que eviten la comisión de hechos delictivos relacionados con una defectuosa gestión de los recursos económicos de la organización, sino de que ésta cuente con una 'dotación presupuestaria adecuada para la implementación de los programas de cumplimiento'» (Montaner Fernández, R., «Compliance...», op. cit., p. 115).

⁶⁸ Vid. la UNE 19601, apartado 5.1.2 c), y en ese mismo punto, vid. el apartado 5.1.2.-, como NOTA, en el que se indica «que el órgano de compliance debería, además:

— contribuir a la identificación de las obligaciones de compliance penal (3.5), con el apoyo de los recursos necesarios, y colaborar para que esas obligaciones se traduzcan en políticas, procedimientos (3.25) y procesos (3.26) viables».

Vid., asimismo, «5.1.3 Alta dirección (...) debe: (...) c) garantizar la disponibilidad de recursos adecuados y suficientes para la ejecución eficaz (3.11) del sistema de gestión de compliance penal (3.31)».

- designación de las personas con habilidades, experiencia y competencias necesarias para asegurar el cumplimiento de los protocolos y del propio programa de gestión de riesgos penales;
- identificación de las herramientas de la organización a utilizar para gestionar el riesgo;
- establecimiento de sistemas de gestión de la información y del conocimiento;
- aseguramiento del desarrollo profesional y de las necesidades de formación que reafirmen el cumplimiento del código de conducta y del programa de prevención de riesgos penales.

Quizás en un momento inicial bastara con la comprobación formal del modelo de gestión financiera de la persona jurídica, dejando para un momento ulterior, de cara al análisis más completo de la idoneidad material del modelo y a la aplicación de una posible causa de exención de responsabilidad, la comprobación del efectivo uso de los recursos económicos allí previstos, en la forma que acabo de referir en las líneas precedentes⁶⁹.

2.4. *Obligación de informar de los riesgos e incumplimientos al órgano encargado de vigilar el modelo*

La existencia de un órgano de vigilancia se comprueba implícitamente en este primer nivel de control, como parte de este cuarto requisito del apartado quinto del art. 31 bis CP), el cual, recordemos, es aplicable a ambos hechos de conexión. Por lo tanto, en el caso de que el ilícito penal se cometa por un subordinado habrá de comprobarse, igualmente, el cumplimiento de todos los requisitos del apartado quinto del art. 31 bis CP, entre los que se encuentra la «obligación de información» (primer nivel de control), lo que presupone la existencia de un órgano de cumpli-

⁶⁹ Coincidimos con Carratalá Valera en el hecho de que para ejecutar de manera adecuada tales medios «deviene necesario que el oficial de cumplimiento cuente con la capacitación necesaria; surge la duda, entonces, de cómo podría entenderse acreditada la misma. En la actualidad, podría considerarse que una opción viable sería comprobar si se posee algún curso de especialización al respecto, siendo igualmente conveniente que se cuente con una trayectoria profesional suficiente. No obstante, de *lege ferenda* estimamos oportuno encontrar otra alternativa que aporte mayor seguridad a la hora de analizar si concurre esta competencia» («Las condiciones...», op. cit.). En este sentido, podría plantearse la creación de un registro público de expertos de compliance (Magro Servet, V., «Hacia la creación del registro de expertos en programas de compliance», *Diario La Ley*, n.º 9362, 2019), si bien, para acceder al mismo deberá constatarse que se cumplen con los requisitos mínimos de formación. El objetivo no sería otro que acreditar que se ha recibido el aprendizaje debido.

miento⁷⁰, aunque sus características particularizadas y funcionamiento concreto podrán no valorarse *in extenso* en este primer momento, sino, a posteriori, a efectos de la exención (segundo nivel de control).

Este requisito 4º del art. 31 bis 5 (así como el 6^o⁷¹, e, incluso el 5⁷²) se relaciona y corresponde significativamente con la condición 2ª del art. 31 bis 2, razón por la cual también resultará necesario comprobar en un primer momento del procedimiento *la existencia de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica*.

Con ello, y ciertamente, podemos afirmar que la creación (o adaptación) del órgano de vigilancia ya se verifica, aunque sea implícitamente, a la hora de examinar el cumplimiento de los requisitos del apartado quinto del art. 31 bis CP (muy especialmente, en los requisitos cuarto y sexto).

A partir de lo dicho, y situados concretamente en la exposición general de los indicadores que deben comprobarse en el procedimiento para reconocer *a priori* que se ha realizado este requisito 4º del art. 31 bis 5), podemos señalar que resulta necesaria la comprobación de existencia de dicho órgano, acompañada del establecimiento e implementación de un adecuado canal de denuncia⁷³, pues, con ello, se podrá garantizar:

- la investigación de incumplimientos e irregularidades, asegurando el análisis de todas las comunicaciones;
- que el órgano de *compliance* penal actúa oportunamente en cada fase del procedimiento de denuncia y consulta, así como de que está debidamente informado de todas las cuestiones que pueden afectar a cada investigación, garantizando los derechos del denunciante y del denunciado;

⁷⁰ Vid. Pérez Ferrer, cuando señala que el Código Penal, al describir los requisitos para que el modelo de prevención de delitos tenga la virtualidad deseada, hace una referencia indirecta a la figura del *compliance officer* cuando prevé en el artículo 31 bis 2, la existencia de un «órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control («Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (*compliance*)», *R.E.D.S.* n.º 13, Julio-Diciembre 2018, p. 132).

⁷¹ «Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios».

⁷² Vid. *infra*.

⁷³ Sobre el significado y alcance de este requisito del *compliance*, vid., por todos, León Alapont, J., *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del Compliance Penal Corporativo*, Valencia, 2023. Vid., asimismo, Gimeno Beia, J., Recensión a León Alapont, José (2023), «Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del *compliance* penal corporativo. Valencia, Tirant lo Blanch, 442 Páginas», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 30 (julio 2023).

- la adopción de las medidas reactivas adecuadas y oportunas, en caso de incumplimientos o irregularidades, en función de la severidad del supuesto, pudiendo incluir sanciones disciplinarias (desde la amonestación hasta el despido disciplinario, si concurren las exigencias normativas para ello);
- la comunicación a las autoridades, de ser necesario, y la mejora y actualización de los controles del modelo para prevenir que se produzcan situaciones similares. En este sentido, declara expresamente la UNE 19601, que «los recursos con capacidad, autonomía e independencia para realizar las investigaciones pertinentes podrán ser los del órgano de compliance penal, pues éste es por definición un órgano dotado de poderes autónomos de iniciativa y control. No obstante, es posible también que la organización cuente, por una parte, con un órgano de compliance penal y, por otra, con recursos distintos para realizar las investigaciones pertinentes; en tal caso, la organización debería garantizar que el órgano de compliance penal esté oportunamente informado del estado y resultados de cada investigación».
- la legitimidad del canal, que exige que los trabajadores estén informados de la existencia del sistema de denuncias y del tratamiento de los datos que conlleva la formulación de una denuncia.

El carácter fundamental de que el programa de cumplimiento disponga de un canal de denuncia, como indicador de eficacia del programa, se reconoce expresamente en la UNE 19601, en la Circular 1/2016⁷⁴, y también en diversas resoluciones judiciales que se han ocupado del tema⁷⁵.

Específicamente se establece en la UNE 19601 lo siguiente:

«8.7 Comunicación de incumplimientos e irregularidades.

La organización (3.20) debe implantar procedimientos (3.25) adecuados para:

- facilitar canales de comunicación para que tanto los miembros de la organización (3.17) como terceros (3.33) comuniquen de buena fe y, sobre la base de indicios razonables, aquellas circunstancias que puedan suponer la materialización de un riesgo penal (3.29)

⁷⁴ Expresamente se indica que «la existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (whistleblower), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias» (p. 45).

⁷⁵ Vid., entre otros, el Auto JCI 2/06/2022 (fundamento jurídico 2); Auto JCI 35/2023, fundamento jurídico sexto; o el Auto JCI 36/2023, fundamento jurídico séptimo.

- para la organización (3.20), así como incumplimientos o debilidades del sistema de gestión de compliance penal (3.31);
- garantizar la confidencialidad o el anonimato de la identidad de las personas que hagan uso de dichos canales de comunicación;
 - permitir la realización de comunicaciones de manera anónima o confidencial;
 - prohibir cualquier tipo de represalia, tomando las medidas necesarias para proteger a aquellos miembros de la organización (3.17) o terceros (3.33) que realicen comunicaciones de buena fe y, sobre la base de indicios razonables, a través de dichos canales de comunicación;
 - facilitar asesoramiento a aquellas personas que planteen dudas o inquietudes relacionadas a través de los canales de comunicación establecidos por la organización (3.20);
 - garantizar que los miembros de la organización (3.17) conocen los canales de comunicación existentes y los procedimientos (3.25) que regulan su funcionamiento;
 - fomentar el uso de los canales de comunicación entre los miembros de la organización (3.17⁷⁶)».

2.5. Régimen disciplinario y verificación periódica

Se debe comprobar que existe indicación en el programa del procedimiento establecido para la imposición de sanciones⁷⁷ por incumplimiento de cualquiera de los criterios de actuación contenidos en el código ético y de conducta, o en el propio programa⁷⁸, en su caso⁷⁹, por ejemplo, por omisión de la obligación de informar de posibles riesgos e incum-

⁷⁶ Vid. asimismo el punto 5.1.2 de la UNE 19601.

⁷⁷ Este requisito también se relaciona con el contenido de la condición segunda del art. 31 bis 2).

⁷⁸ Nieto Martín, A., «Código ético, evaluación de riesgos y formación», *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, A. Nieto Martín (dir.), Valencia, 2015, p. 150.

⁷⁹ Vid. Auto JCI 2/06/2022. En el mismo sentido, vid. la UNE 19601.- 5.1.3. Alta dirección. Apartado d) Relativo a hacer cumplir, tanto interna como externamente, la política de compliance penal (3.24)//5.2. Política de compliance penal Apartado k) Relativo a exponer las consecuencias de no cumplir con los requisitos de la política de compliance penal (3.24) y del sistema de gestión de compliance penal (3.31)//7.3.2.1. Diligencia debida común a todos los miembros de la organización Apartado d) Relativo a la adopción de acciones disciplinarias proporcionales.

Por su parte, la Circular 1/2016 señala «la obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento, así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto» (p. 45).

plimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (—requisito 4º del art. 31 bis 5—⁸⁰).

Asimismo, deberá documentarse en el programa la necesidad de verificación periódica⁸¹, aunque con respecto a este indicador, como señala la Circular 1/2016, «el texto no establece plazo ni procedimiento alguno de revisión»⁸².

La actividad sancionadora sobre los incumplimientos habrá de adecuarse a lo establecido en el correspondiente convenio colectivo regulador, en el Estatuto de los Trabajadores y en el resto de la normativa, laboral o de otro tipo que resulte de aplicación⁸³.

Las sanciones que se impongan en aplicación del régimen disciplinario deberán graduarse en atención a su gravedad a fin de que merezcan el calificativo de proporcionadas, de tal forma que en ningún caso podrán imponerse las sanciones máximas ante cualquier supuesto incumplimiento. También las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas como indicador de eficacia del programa de cumplimiento.

La Fiscalía destaca que la adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento⁸⁴.

⁸⁰ Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones...», op. cit., p. 84.

⁸¹ Sobre este aspecto del compliance, la UNE 19601 señala lo siguiente: «6.2.4 Revisión de la evaluación de riesgos penales. La evaluación del riesgo penal (3.29) debe revisarse: a) de manera regular, de modo que los cambios y la nueva información puedan ser adecuadamente considerados según la frecuencia definida por la organización (3.20); b) en caso de cambios significativos en la estructura o actividades de la organización (3.20); c) en caso de incumplimientos de compliance penal (3.5); d) en caso de que aparezca jurisprudencia o se produzcan cambios legislativos relevantes».

⁸² Vid. p. 45.

⁸³ Particularmente, el art. 58 del Estatuto de los trabajadores señala que: «1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.

2. La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción social. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan.

3. No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber».

⁸⁴ Específicamente indica lo siguiente: «La obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo

La existencia de actividades de formación especificadas en el programa⁸⁵, preferentemente externalizadas, también puede ser un indicador de eficacia, y, en este sentido, la Circular 1/2016 remarca la trascendencia de las acciones de formación de directivos y empleados⁸⁶.

3. Conclusiones

El art. 31 bis contiene una regulación profusa y confusa, más propia de un texto reglamentario que de un Código penal, donde se entremezcla la terminología de los elementos esenciales de un *compliance*, siendo un punto fundamental de confusión la común utilización del vocablo *requisitos* con relación a las condiciones de los modelos de organización y gestión (distintas según el hecho de conexión ante el que nos encontremos) y también con referencia a las exigencias mínimas de existencia del propio programa cumplimiento.

En este marco normativo, no encontramos escalas o parámetros sobre los que asignar valores a cada uno de los elementos del *compliance*, analizando su correcta implementación, razón por la cual existe mucho margen de discrecionalidad en la determinación de eficacia del programa, lo que abona la necesidad de protocolizar su valoración *en abstracto* para reducir el subjetivismo existente en la materia. Con ello avanzaremos en el objetivo final de conseguir prácticas estables que permitan a las personas jurídicas conjurar los riesgos de imputación en un proceso penal.

En consecuencia, nos encontramos con una página casi en blanco sobre cuáles deben ser los indicadores de idoneidad y eficacia de los programas de cumplimiento, que exige de la realización de estudios doctrinales integradores, avalados por la praxis jurisprudencial y por los contenidos de la Circular 1/2016 de la FGE, con el propósito de ofrecer una guía que oriente la actuación del Ministerio Fiscal y la del órgano judicial

contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento, así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto».

⁸⁵ Auto JCI de 2 de junio de 2022, Auto JCI 35/2023, fundamento jurídico segundo; o el Auto JCI 36/2023, fundamento jurídico séptimo.

En este mismo sentido, vid. Ballesteros Sánchez, J., *Responsabilidad penal...*, op. cit., p. 419.

⁸⁶ Expresamente señala la Circular «que lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupan es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano. Muchas de ellas incluso resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad» (p. 48).

en la decisión de mantener a la persona jurídica en el proceso o, en caso de que se haya comprobado rigurosamente que la misma dispone de un programa de cumplimiento que pueda considerarse idóneo y eficaz en los términos de exigencia que hemos ido reflejando en este trabajo, acordar el archivo o sobreseimiento, evitando con ello los daños asociados a su posible encausamiento, cuando el mismo no resulte necesario ni oportuno, eliminado con ello, y muy especialmente, los daños reputacionales de la entidad.

4. Bibliografía

- Acale Sánchez, M., «Derecho penal urbanístico, persona jurídica y compliance», *La Ley Compliance penal*, n° 6, julio-septiembre 2021.
- Aguilera Gordillo, R., «Los modelos de organización y gestión o ‘compliance programs’: requisitos del 31 bis 5 del Código Penal, la Circular 1/2016 FGE y consideraciones para la implementación», *Compliance Penal en España [Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Lógica predictiva y requisitos del «compliance program penal»]*, Madrid, 2018.
- Aránguez Sánchez, C., «El diseño de programas de prevención de delitos para personas jurídicas», *RECPC*, 22-20, 2020.
- Ballesteros Sánchez, J., *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021.
- Carratalá Valera, V. M., «Las condiciones eximentes de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio a la luz del artículo 31 bis del Código Penal», Exposición presentada en: V Edición Premios Susana Huerta, Madrid, 2023. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=CZOc6Yuv2IY>).
- Casanovas Ysla, A., «La norma UNE 19601 y los requisitos del Código Penal», en Gómez Jara Díez (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Navarra, 2018.
- Darnaculleta I Gardella, M. M., «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 20, 2009.
- De La Mata Barranco, N. J., «El órgano de compliance penal: algunas cuestiones», en A. Matallín Evangelio (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, 2018.
- Del Moral García, A., «Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: presente y perspectivas», en J. L. Gómez Colomer (dir.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad Penal*

- de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia, 2019.
- Fernández Hernández, A., «Dos cuestiones relativas a los programas de cumplimiento penal: los criterios para medir su eficacia y el diseño de los mapas de riesgos», en Fernández Hernández, A./Matallín Evangelio, A. (dirs.), *Criminal Compliance Programs y Mapas de Riesgos*, Valencia, 2023.
- Gimeno Beia, J., Recensión a León Alapont, José (2023), «Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, n^o 30 (julio 2023).
- González Cussac, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia, 2020.
- «La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019).
- Górriz Royo, E. M., «Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo», *Indret*, octubre, 2019.
- Gutiérrez Pérez, E., «Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La 'eficacia e idoneidad' como principios rectores tras la reforma de 2015», *Revista General de Derecho Penal*, n^o 24, 2015.
- Jiménez Carbayo, V., «La valoración de los delitos en un programa de compliance. El método Mosler como método de análisis y evaluación de riesgos penales», *Diario La Ley*, n^o 8973, de 5 de mayo de 2017.
- León Alapont, J., *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del Compliance Penal Corporativo*, Valencia, 2023.
- «La prevención de delito ambientales en la era compliance: mapa de riesgos», en González Cussac (dir.), León Alapont (coord.), *Estudios jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, 2020.
- Magro Servet, V., «Hacia la creación del registro de expertos en programas de compliance», *Diario La Ley*, n^o 9362, 2019.
- Malem Seña, J., «Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción», en Arroyo Zapatero, L., y Nieto Martín, A., *Fraude y corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2006.
- Maroto Rodríguez, Z. M., «Los programas de cumplimiento como forma de exoneración o atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Gabilex*, n^o 30, Junio 2022, <http://gabilex.castilla-lamancha.es>.

- Miller, G., «An economic Analysis of Effective Compliance Programs», en Arlen (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2015.
- Navarro Cardoso F., «A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal económico y Teoría del delito*, Valencia, 2020.
- Neira Pena, A. M., «La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal», *Polít. crim. Vol. 11*, n° 22 (Diciembre 2016); http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol-11N22A5.pdf.
- Nieto Martín, A., «La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración», *Revista de Responsabilidad penal de personas jurídicas y Compliance*, Volumen 1, abril 2023.
- «Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo», *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, A. Nieto Martín (dir.), Valencia, 2015.
- Palma Herrera, J. M., «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de 'compliances'», en Palma Herrera, J.M., Aguilera Gordillo, R., *Compliances y responsabilidad corporativa*, Pamplona, 2017.
- Pérez Ferrer, F., «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (compliance)», *R.E.D.S.*, n° 13, Julio-Diciembre 2018.
- Rayón Ballesteros, M. C., «Cuestiones controvertidas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el proceso penal y la eficacia de los programas de cumplimiento», *Foro, Nueva época*, vol. 22, n° 1 (2019).
- «Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LI 2018, 197-222.
- Sánchez Sánchez, L. R., «Coso ERM y la gestión de riesgos», en *Qui-pukamayok, Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, Vol. 23, n° 44, 2015.
- Villanueva Fernández, M., «La certificación y la gestión de riesgos», en *Economía Industrial*, n° 396, 2015.
- Villegas García, M. A./Encinar Del Pozo, M. A., «Hacia una guía de valoración de los programas de 'compliance' para el proceso penal», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n° 142, 2020.