

## REFLEXIONES ACERCA DE LOS EFECTOS SANATORIOS DE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE PENAL RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA: ¿REALIDAD O MITO?

SOME IDEAS ABOUT SANATORIUM EFFECTS OF CRIMINAL  
COMPLIANCE ON CRIMINAL LIABILITY OF CORPORATIONS:  
MYTH OR REALITY?

Alfredo Liñán Lafuente

Profesor Titular de Derecho Penal de la UNED

**Sumario:** I. Introducción II. El devenir del compliance penal: Del «debido control» a las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos III. Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento penal IV. Cánones valorativos del compliance penal: ¿Quién debe acreditar su existencia? ¿Cuándo puede aportarse? ¿Qué se ha de evaluar? V. ¿El plan de compliance penal puede desplegar sus efectos sanatorios durante la instrucción? VI. Conclusiones: Los efectos sanatorios de los planes de compliance penal como realidad. Bibliografía.

**Resumen:** El programa de compliance penal, como medio de acreditar el cumplimiento del deber de supervisión, vigilancia y control de riesgos penales por parte de la empresa, representa un elemento que incide directamente en el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Su ausencia facilita la condena del ente jurídico, pero su existencia puede provocar, si cumple con los requisitos normativos formales y materiales, la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En el presente artículo se exponen las distintas tesis sobre la naturaleza jurídica de estos programas de

cumplimiento y se analiza la conveniencia de que éstos —siempre que puedan ser considerados como idóneos y eficaces para prevenir el delito investigado, o reducir significativamente el riesgo de su comisión—, desplieguen sus efectos exoneratorios durante la fase de instrucción.

**Palabras clave:** Compliance penal, responsabilidad penal de la persona jurídica, sobreseimiento, exención de responsabilidad penal, fase de instrucción.

**Abstract:** The criminal compliance program, as a means of accrediting compliance with the duty of supervision, vigilance and control of criminal risks by the company, represents an element that directly affects the grounds for the criminal liability of the legal entity. Its absence facilitates the punishment of the legal entity, but its existence may lead, if it complies with the formal and material regulatory requirements, to the exclusion of the criminal liability of the legal entity. This article sets out the different theses on the legal nature of these compliance programs and analyses the appropriateness of these programs —provided they can be considered as suitable and effective to prevent the crime under investigation, or significantly reduce the risk of its commission— causing the exemption of legal person's criminal liability during the pre-trial phase.

**Key words:** Criminal compliance, criminal liability of the legal person, dismissal, exemption of criminal liability, pre-trial phase.

## I. INTRODUCCIÓN

Partamos de un supuesto práctico para exponer el objeto del presente artículo: Una persona jurídica —una empresa con cierta complejidad estructural— ha invertido recursos económicos, materiales y personales para implantar un plan de *compliance* penal<sup>1</sup>. El programa de prevención de riesgos penales ha sido redactado con asesoramiento experto, incorporado al sistema interno de control de la empresa y los referentes éticos que propugnan la cultura de cumplimiento han sido asumidos por el Código de Conducta de la empresa. Se ha encargado a un órgano de la persona jurídica, con poderes autónomos de iniciativa y control, la vigilancia y supervisión de la efectividad

<sup>1</sup> Se utilizará este término, junto con programas de prevención de riesgos penales, programas de cumplimiento penal y programas de prevención de delitos para referirnos a los «modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos» a los que se refiere el artículo 31. bis 2.1<sup>a</sup> y 31. bis. 5 CP.

## Reflexiones acerca de los efectos sanatorios de los...

del modelo. El sistema es evaluado periódicamente por una entidad externa que certifica el cumplimiento de los requisitos normativos y la adecuación a las mejores prácticas de cumplimiento normativo. A pesar de ello, un empleado de la empresa comete un delito en el ámbito de su ejercicio profesional, que le ha proporcionado un beneficio indirecto a la persona jurídica. Tras esto se incoan unas Diligencias Previas contra el empleado y contra la persona jurídica.

En estos supuestos, una de las principales preguntas que se plantean los administradores de la persona jurídica es si la acreditación de la existencia de un programa de *compliance* penal les servirá para que, una vez sea presentado ante el juez instructor y acreditada su eficacia, se sobresea la causa contra la persona jurídica. Y la respuesta no es sencilla, pues junto con las específicas circunstancias de cada procedimiento penal, existen posiciones encontradas en donde se cuestiona que los efectos sanatorios de los programas eficaces de *compliance* penal, en caso de ser acreditados, deban desplegar sus efectos desde la instrucción, o por el contrario, si esta valoración se ha de reservar para la fase de juicio oral.

En parte, la solución dependerá de la naturaleza dogmática que se le otorgue a los programas de *compliance* penal, pero también, de otras razones procesales y extraprocesales que pueden influir para diferir la decisión de la valoración de la eficacia de los programas de prevención de riesgos penales hasta la celebración del juicio oral.

En este artículo se expondrán determinados posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales que se aplican en la actualidad, y se valorarán las razones por las que, tanto desde el análisis dogmático penal de la responsabilidad de la persona jurídica, como desde una perspectiva procesal, no existen razones para diferir la decisión de sobreseer la causa frente a una persona jurídica cuando ha quedado acreditado, en un momento inicial de la instrucción, que contaba con un programa de *compliance* penal que *ex ante*, debía ser considerado adecuado y eficaz para reducir de forma significativa el riesgo de la comisión del delito que finalmente se perpetró.

## II. EL DEVENIR DEL COMPLIANCE PENAL: DEL «DEBIDO CONTROL» A LAS MEDIDAS DE VIGILANCIA Y CONTROL IDÓNEAS PARA PREVENIR DELITOS

Fue en la Ley Orgánica 5/2010, donde por primera vez apareció un concepto en el Código Penal que estableció la base sobre la que actualmente se asienta toda la construcción jurídica del *compliance*

penal. Ese concepto era «el debido control» y estaba enunciado en el artículo 31. bis CP del modo siguiente: *En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*

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

Este término provocó que los operadores jurídicos se preguntasen a qué se estaba refiriendo el legislador con ese «debido control»<sup>2</sup>, que parte de la doctrina mirara a países de tradición jurídica anglosajona<sup>3</sup> para explicar e importar términos como «compliance», «corporate defense» o «criminal compliance» y que las empresas comenzaran a desarrollar programas de prevención de riesgos penales. Recordemos que en ese momento inicial —que comprende desde diciembre de 2010 hasta julio de 2015— no se contemplaba expresamente la posibilidad de que la acreditación del debido control eximiese de pena a la persona jurídica en la que en su seno se había cometido un delito y en donde concurrían los criterios de imputación del artículo 31. bis CP. Sin embargo, parte de la doctrina<sup>4</sup> interpretaba que, de una lectura lógica del precepto y de la finalidad de la reforma, la acreditación del debido control cuando el delito lo había cometido un empleado debía conllevar la exención de responsabilidad penal de la persona

<sup>2</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. «Compliance, debido control y unos refrescos», en ARRUYO ZAPATERO, L; NIETO MARTÍN, A. *El Derecho penal económico en la era del compliance*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013. Pp.111 a 135.

<sup>3</sup> MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. «Programas de cumplimiento efectivo en la experiencia comparada», en, ARRUYO ZAPATERO, L; NIETO MARTÍN, A. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Pp. 212 a 230.

<sup>4</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B; GÓMEZ JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters, 2012. 1<sup>a</sup> ed. P. 106; JUANES PESES, A; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. «La responsabilidad penal de la persona jurídica y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adaptar antes de su entrada en vigor». Diario La Ley. N°.7501. 2010. P. 5. ; LIÑÁN LAFUENTE, A. «El control preventivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica », en, AGÚNDEZ, M; MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (Dir). *Cuadernos de derecho para ingenieros. Cumplimiento normativo. Compliance*. La Ley. 2012. PP.48 y 49;

jurídica<sup>5</sup>. De este modo, se preconizaba la necesidad de premiar con la exención de responsabilidad penal a la empresa que acreditase que no había descuidado sus deberes de control y supervisión, para evitar que este nuevo tipo de responsabilidad penal se concibiese de un modo objetivo derivado de la transferencia del delito cometido por un tercero.

Esta interpretación fue acogida en la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En su exposición de motivos se aclaraba que: *La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.*

Así, en el artículo 31 bis 2 y 4 CP se establece expresamente la posibilidad de que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal si se cumplen una serie de requisitos<sup>6</sup> que tienen como eje central, que antes de la comisión del delito, la persona jurídica haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Es cierto que en la aplicación de la exención el legislador diferenció dos situaciones. La primera sería la aplicable a los supuestos en los que el delito lo cometan los sujetos referenciados en el artículo

<sup>5</sup> Incluso la Circular el a FGE 1; 2011 lo reconocía en su página 50,( aunque de un modo contradictorio con lo afirmado en otros apartados de la Circular) del modo siguiente: ... la mera ejecución defectuosa del control debido por parte de , por ejemplo de un cuadro medio o de cualquier otro empleado, cuando quede acreditado que los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos, no deberá en principio determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

<sup>6</sup> Sobre los elementos y finalidad del programa de cumplimiento, Vid. BALLESTEROS SÁNCHEZ, J. *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 407<sup>a</sup> 548.

31 bis a) CP, que son aquellos que tienen la mayor responsabilidad y capacidad de decisión en la estructura empresarial<sup>7</sup>. La segunda sería la aplicable cuando el delito lo comete un empleado o subordinado a las directrices de la empresa en un ámbito concreto de actuación, aunque carezca de una relación laboral (becarios, aprendices en prácticas, agentes vinculados, etc.).

En el primer supuesto, se exigen cuatro circunstancias que deben concurrir para que pueda aplicarse la exención de responsabilidad, que se cifran en: i) que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia un modelo de control y vigilancia idónea para prevenir delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; ii) que la supervisión del modelo se haya encargado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control (*compliance officer*, comité de cumplimiento normativo, etc.); iii) que el autor individual haya cometido el delito eludiendo los controles del modelo de supervisión y control; iv) que no se haya producido una supervisión negligente por parte del *compliance officer* o del órgano de cumplimiento normativo (en función de la opción elegida por la empresa).

En el segundo supuesto, el artículo 31.bis 4 CP solo exige que se haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

No obstante, aunque parezca de esta diferenciación estructural que los requisitos son diferentes, esta conclusión es más formal que material<sup>8</sup>. Me explico. La exigencia en el segundo supuesto de que exista con antelación a la comisión del hecho delictivo un plan de prevención de delitos adecuado y eficaz, requiere que éste cumpla los requisitos del primer supuesto, pues estos se encuentran implícitos en la necesidad de que el programa de prevención sea adecuado y eficaz. Ello implica que el modelo de *compliance* penal ha debido ser adop-

<sup>7</sup> Representantes legales de la persona jurídica o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de ésta.

<sup>8</sup> De opinión contraria es DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, quien argumenta que en el primer supuesto el modelo es específico de vigilancia sobre los administradores y el segundo no exige que deba haber un organismo de vigilancia específica, por lo que bastarían los resortes habituales del poder de dirección del empresario para acreditar la adecuada supervisión. Vid en DE LA MATA BARRANCO, N; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; DOPICO GÓMEZ ÁLLER, J; NIETO MARTÍN, A. *Derecho penal económico y de la empresa*. Dykinson. 2018. P. 146.

tado por el órgano de administración, que haya sido encomendada su supervisión a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control<sup>9</sup>, que éste haya llevado a cabo su función de manera diligente, y ello implica, que el autor para cometer su delito, lo haya hecho sorteando las normas, procedimientos o controles que el sistema impuso para prevenir el riesgo de la comisión del delito.

Por ello, la valoración judicial tanto en los supuestos de autoría del artículo 31 bis. a) o b) CP se deberá centrar en analizar el plan de *compliance* penal y decidir si éste, aplicado al caso concreto, era adecuado *ex ante* para prevenir o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. Es cierto que este juicio valorativo puede verse condicionado por quién haya cometido el delito, pues en el supuesto en que sea el administrador único<sup>10</sup>, que coincide con quien ha aprobado el programa de *compliance* penal y es el último responsable de su supervisión y control —por más que haya delegado la función en el *compliance officer*—, cabe interpretar que toda la estructura de cumplimiento normativo y cultura ética nace herida de muerte, pues es el máximo responsable del sistema quien traiciona los principios que él mismo aprobó<sup>11</sup>.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PENAL

La determinación de la calificación dogmática de los programas de cumplimiento penal es un asunto discutido en la doctrina y en la jurisprudencia, pues es un instrumento ajeno a nuestra tradición jurídico penal que ha sido insertado —exportado— desde otras legislaciones. No obstante, resulta fundamental exponer las teorías que hasta el momento han sido acogidas por la jurisprudencia, para, en un momento posterior, plantear si la naturaleza jurídica del elemen-

<sup>9</sup> Con la especialidad aplicable a las empresas de pequeñas dimensiones contemplado en el artículo 31. Bis. 3 CP.

<sup>10</sup> No así cuando nos encontramos ante un consejo de administración con varios miembros y uno de los consejeros es el que traiciona los principios y valores aprobados por el órgano con su actuación delictiva.

<sup>11</sup> Pues tal y como advierten RODRÍGUEZ RAMOS, L; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J en el *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia*. La Ley. 2023. 7<sup>a</sup> ed. P.274: *Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección*; En sentido similar, FERNÁNDEZ TERUELO, J. «El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: Las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2y ss. CP», en GÓMEZ COLOMER, J. L. *Tratado de sobre compliance penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. P. 191.

to normativo permite su valoración durante la instrucción o si debe diferirse hasta la práctica de la prueba en el seno del juicio oral.

No se ha de perder de vista que la interpretación de la naturaleza jurídica de este elemento se encuentra vinculada a la teoría sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica que se acoja, ya sea la del hecho propio o la de la heteroresponsabilidad, o la vicarial matizada. Sea cual sea la opción que se defienda, la virtualidad de los efectos sanatorios de la responsabilidad de la persona jurídica se han de examinar desde un plano diferente, que se centra en la valoración del sistema de *compliance* penal que exista en la empresa, el efecto que produce y cuándo debe desplegarlo.

### **III.A. Primera tesis. El programa de cumplimiento es parte del tipo objetivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica**

Esta tesis, defendida por parte de la doctrina<sup>12</sup>, fue acogida en la primera sentencia que se ocupó de valorar la responsabilidad penal de la persona jurídica a modo de *obiter dicta*. La paradigmática STS 154/2016 nos enseñó lo difícil que resulta tomar postura sobre este particular, ya que la mayoría del pleno —8 magistrados— optaron por esta solución, frente a 7 magistrados que firmaron un voto concurrente donde se optaba por otra solución (que examinaremos en el siguiente apartado). La sentencia en su Fundamento Jurídico Octavo parte de la premisa de que toda valoración sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica ha de partir del análisis de si el delito de la persona física —presupuesto para su responsabilidad— ha sido posible o facilitado por la *ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de cada una de las personas que la integran*.

Partiendo de esta premisa, la mayoría del pleno del Tribunal Supremo optó por interpretar que la naturaleza jurídica de los planes de cumplimiento penal, se corresponde con el tipo objetivo de la conducta, *lo que sería quizás lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física*<sup>13</sup>. La interpretación de que la

<sup>12</sup> Vid, BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B; GÓMEZ JARA, C. *Tratado...* op. cit. pp. 126 a 143.

<sup>13</sup> STS 154; 2016. FJ. Octavo.

ausencia de los planes de *compliance* penal son elementos del tipo, lleva a concluir que si se acredita la existencia de estos, antes de la comisión del delito por la persona física, y su idoneidad, adecuación y eficacia para prevenir *ex ante* la comisión del delito perpetrado, nos encontraremos que no ha existido infracción alguna, por ausencia de un elemento fundamental del tipo objetivo.

Esta interpretación, si bien resulta sugerente, choca en mi opinión con un obstáculo de base. Nótese que el concepto que se baraja de tipicidad objetiva se refiere a la propia conducta de la persona jurídica, es decir, a los criterios de imputación por los que surge su responsabilidad penal. Si se analiza el artículo 31. bis. a) CP se ha de colegir que en esa descripción típica del injusto no se encuentra referencia alguna a las medidas de vigilancia y control o a los deberes de supervisión, sino que únicamente exige el presupuesto —la comisión de un delito por determinados sujetos, en ejercicio de sus funciones y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica— para considerar que esta tendrá responsabilidad penal (núcleo del injusto). Nada hay en el tipo objetivo de la conducta en referencia a los programas de cumplimiento normativo ni los deberes de supervisión vigilancia y control. Por lo que cometido el delito, con los criterios imputatorios del artículo 31. bis a) CP la responsabilidad se transfiere a la persona jurídica<sup>14</sup>. No obstante, para paliar los efectos nocivos de una responsabilidad objetiva por transferencia, el artículo 31. bis. 2 CP contiene un remedio que puede utilizar la empresa para sanar su responsabilidad penal, pero este remedio, a mi entender, no se encuentra en el tipo objetivo, sino que su naturaleza es otra.

Podría argumentarse que en el párrafo b) del artículo 31.bis 1 CP sí se contempla como elemento del tipo que la causa facilitadora del delito de la persona física sea incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de aquellos que se encuentran obligados. Y en esta línea podría plantearse que en esta segunda vía de imputación la ausencia de una adecuada supervisión y control representa un elemento del tipo objetivo cuando el delito lo cometen los empleados.

### **III.B. Segunda tesis: El programa de cumplimiento es una circunstancia eximiente de la responsabilidad penal**

Los 7 magistrados discrepantes de la STS 154/2016 optan por dotar a los programas de cumplimiento penal de la naturaleza de una

<sup>14</sup> En sentido similar, FERNÁNDEZ TERUELO, J. «El control de la responsabilidad..» op. cit. p.197.

eximente, apartándose de este modo —y ahí radica el motivo de la discrepancia— de su consideración como elemento del tipo. El voto particular concurrente no cuestiona que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno, pero lo que no comparten es que dicha ausencia pueda ser tenida como el núcleo de la tipicidad objetiva o como un elemento autónomo del tipo.

Para estos 7 magistrados: *Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal. Lo cierto es que el Legislador establece expresamente esta exención, y la configura en unos términos muy específicos, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso.* De este modo, parece que se opta por la naturaleza de la eximente de responsabilidad penal, aunque en determinados pasajes del voto particular se deje entrever su calificación como una excusa absolvatoria<sup>15</sup>.

En mi opinión, en caso de que se otorgue la naturaleza de eximente a esta circunstancia<sup>16</sup>, el fundamento de la misma se encontraría en la ausencia de antijuridicidad de la conducta de la persona jurídica, pues habiendo concurrido el presupuesto para el nacimiento de su responsabilidad penal —hecho delictivo cometido por la persona física que cumple con los criterios imputatorios— el comportamiento de la persona jurídica no puede considerarse contrario a derecho, pues ha puesto todos los medios necesarios para prevenir, y en todo caso, atenuar el riesgo de la comisión del delito. La persona jurídica ha actuado cumpliendo con su deber de mantener controlados los focos de peligro, por lo tanto su actuación no puede ser considerada antijurídica.

<sup>15</sup> En opinión de Antonio del Moral, firmante del voto concurrente. Vid. DEL MORAL, A. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B.; MÁRQUEZ LOBILLO, P.; OTERO COBOS, M (Coord). *Los acuerdos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. P.1804.

<sup>16</sup> A favor, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. «Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante», en GÓMEZ COLOMER, J. L. *Tratado de compliance penal*. Tirant lo Blanch. 2019. P. 339.

### III.C. Tercera tesis: El programa de cumplimiento es una excusa absolvatoria

Las excusas absolvitorias son circunstancias cuya concurrencia excluyen la consideración de una conducta como delictiva<sup>17</sup>, pero se representan en sede de punibilidad, lo que implica que la infracción penal ya ha sido cometida, pero que por determinadas razones de política criminal se contempla excluir el castigo de la conducta si concurre un requisito o circunstancia concreta. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 otorga a los programas de cumplimiento normativo esta naturaleza, al interpretar que la responsabilidad penal surge cuando la persona física comete el presupuesto —el delito con los criterios de imputación del artículo 31. bis CP— que transfiere a la persona jurídica. Afirma la citada Circular que: *los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolvatoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 quater*<sup>18</sup>.

Esta solución es rechazada por la STS 154/2016 debido a que según su interpretación, la existencia del modelo eficaz de control y supervisión de delitos conllevaría a la inexistencia del defecto de organización, por lo que al no concurrir un elemento del tipo no puede ni siquiera plantearse que la persona jurídica haya cometido un delito, por ausencia de tipicidad. Esta interpretación es coherente con el modelo de responsabilidad por el hecho propio por el que opta la citada sentencia.

No obstante, analizando la redacción de los artículos 31. bis 2 y 4 CP y el fundamento político criminal de la inclusión de estas causas de exención en la reforma del Código Penal de 2015, me inclino por otorgar esta naturaleza a los planes de *compliance* penal, pues representan el remedio que pone en manos de las empresas el legislador para que, a pesar de que se haya cometido un delito en su seno, por sus administradores, directivos o empleados en beneficio de la persona jurídica, pueda excluirse de la sanción penal si demuestra que antes de la comisión del delito adoptó medidas idóneas para prevenir y atenuar en lo posible el riesgo de comisión del delito relacionado con una actuación concreta. Y me convence más esta calificación porque

<sup>17</sup> GIL GIL, A, et al. *Parte General. Derecho Penal*. Dykinson, Madrid, 2015, 2ª ed. p. 687.

<sup>18</sup> Circular FGE p. 56.

la punibilidad es una consecuencia jurídica que no se puede poner en duda su existencia, lo que no ocurre a mi entender con otras categorías de la teoría jurídica del delito que fueron construidas para las personas físicas y se intenta forzar su aplicación —de un modo ciertamente ficticio— a las personas jurídicas.

#### IV. CÁNONES VALORATIVOS DEL COMPLIANCE PENAL: ¿QUIÉN DEBE ACREDITAR SU EXISTENCIA? ¿CUÁNDO PUEDE APORTARSE? ¿QUÉ SE HA DE EVALUAR?

Expuestas las distintas teoría sobre la caracterización dogmática de los programas de cumplimiento, procede dar un paso más y aterrizar en la práctica forense. Y en este campo existen tres aspectos fundamentales que se han de tener en cuenta por las empresas que se planteen hacer valer su plan de *compliance* penal en un proceso penal.

Antes de ello, una advertencia. Un plan de *compliance* penal adecuado puede (y debe) servir para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica que lo tenga, pero también puede agravar su situación en el proceso penal. Pondré un ejemplo. Si un programa de cumplimiento normativo identifica un riesgo penal concreto, pongamos de corrupción, y establece procedimientos específicos de control para atenuar el riesgo (como podría ser una doble firma para autorizar pagos soportados por facturas para asegurarse que el servicio fue real y se prestó), ese procedimiento debe cumplirse. Pongamos que se inicia un procedimiento penal contra la empresa por corrupción, y ésta se da cuenta que a pesar de estar ese procedimiento de control aprobado nunca se implantó. La aportación del programa de *compliance* penal al proceso sería devastadora, pues acreditaría que la empresa conocía el riesgo, lo valoró, aprobó las medidas idóneas para controlarlo, pero por alguna razón ese procedimiento no lo implementó. Es decir que siendo consciente del riesgo y de las medidas que lo prevenían optó por no controlarlo adecuadamente. En ese caso, la aportación del programa lo único que demostraría es que se ha incurrido conscientemente en el riesgo, pues se conocía, se pudo controlar y se optó por no hacerlo. Es cierto que el artículo 31.bis.2 y 4 CP (último párrafo) advierten que la acreditación parcial de la existencia de un plan de *compliance* penal será valorada a los efectos de la atenuación de la pena, pero no lo es menos que el incumplimiento generalizado de un procedimiento de control diseñado para prevenir precisamente el riesgo que se materializa en un delito dará alas (y con razón) a las acusaciones. Por ello, antes de presentar el programa de *compliance* penal hay que asegurarse que puede ser defendido con solvencia que

éste se ha cumplido de manera generalizada por los integrantes de la persona jurídica.

#### IV.A. ¿Quién debe acreditar la existencia del plan de *compliance* penal?

La respuesta a esta pregunta tiene dos planos, el teórico y el práctico. Comencemos con el teórico. Todo dependerá de la categoría dogmática que se le haya otorgado a los programas de cumplimiento normativo. Si se ha optado por considerarlos como un elemento del tipo objetivo —como hizo la STS 154/2016— será la parte acusadora la que deberá probar su inexistencia o falta de idoneidad, pues le compete a ésta probar la concurrencia de todos los elementos del tipo. La STS 221/2016, siguiendo esta tesis<sup>19</sup>, al plantearse qué debe probar la acusación para que una persona jurídica sea condenada advierte lo siguiente: [...] *el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.*

Si por el contrario se optase por considerar que los planes de *compliance* penal tienen la naturaleza de eximente o de una suerte de excusa absolutoria,—voto particular concurrente STS 154/2016— el desafío probatorio correrá a cargo de quien lo alega. En el citado voto particular, los magistrados firmantes advierten que: *Ahora bien no apreciamos razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia. No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable,*

<sup>19</sup> Esta interpretación de la autorresponsabilidad por el hecho propio y la de la exigencia de que la acusación sea la obligada a detectar el defecto estructural es la mayoritaria. Vid. STS 516; 2016; 744; 2016; 780; 2026; 827; 2016; 3; 2027; 121; 2017; 260; 2017; 759; 2019; 7575; 2019;...

*salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación.*

Vayamos al plano práctico. La alegación y acreditación de la existencia de un plan de cumplimiento penal, idóneo y eficaz *ex ante* corresponde a la persona jurídica, no al Ministerio Fiscal. Éste como mucho podrá solicitar su aportación a la causa y la persona jurídica decidir si lo entrega o no<sup>20</sup> (si es que lo tiene). Pero una vez aportado por la persona jurídica y argumentada su eficacia e idoneidad, corresponde a la acusación intentar contrarrestar esta evidencia y probar que la comisión del hecho delictivo se produjo por un incumplimiento grave (no leve) de los deberes de supervisión vigilancia y control. Desde este punto de vista, la alegación de los programas de *compliance* penal actuarían como una suerte de eximiente o excusa absolutoria, una vez que la parte la alega y aporta evidencias de su existencia, es la acusación la que adquiere el desafío probatorio de contrarrestar su validez<sup>21</sup>.

En este sentido se pronuncia DEL MORAL GARCÍA, al exponer que: *En principio, producido el delito, el Fiscal no ha de probar que no existía un plan de cumplimiento. Si la entidad no lo alega podrá deducirse legítimamente su inexistencia. La carga de alegar su existencia y presentarlo corre a cuenta de la empresa, aunque no en virtud de un principio dogmático inatacable, sino por razones más prosaicas. Alegada la implementación de un programa de cumplimiento al que se le quiere atribuir eficacia exoneradora, acusación y defensa deberán articular las pruebas que consideren oportunas para acreditar que los protocolos se seguían o no, que el plan tenía o no una vigencia real, que están cubiertos todos los requisitos que exige el Código Penal para que bolquee la condena de la persona jurídica...*<sup>22</sup>

Por lo tanto, debe ser la persona jurídica que cuente con un programa de *compliance* penal quien valore si aportarlo y, en caso afirmativo, cuándo hacerlo para intentar una pronta exoneración de la responsabilidad penal.

<sup>20</sup> Sobre el derecho de la persona jurídica a la no autoincriminación, vid. LIÑÁN LAFUENTE, A. *La Ley 2/2023, de protección del informante, vs. el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica*. LA LEY Penal, N° 162, Mayo de 2023.

<sup>21</sup> Tal y como se desprende del Auto del Juzgado Central de Instrucción n° 6 de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2021 (DD.PP 85; 2014): *Quien suscribe esta resolución entiende que de la documentación aportada hasta el momento se desprende que la mercantil .... tenía implantado, al tiempo de producirse los hechos objeto de la presente pieza separada un sistema de prevención y cumplimiento eficaz, sin que se haya aportado por el Fiscal elementos de cargo que permitan concluir la existencia de un defecto estructural en el modelo de prevención, vigilancia y supervisión vigente en la sociedad.*

<sup>22</sup> DEL MORAL GARCÍA, A. *Responsabilidad ...* op. cit. p. 1806.

#### IV.B ¿Cuándo puede aportarse el plan de *compliance* penal?

El programa de *compliance* es una prueba documental, que en ocasiones puede ir acompañada de una pericial, por lo que puede aportarse desde que la persona jurídica sea llamada al procedimiento penal como investigada hasta el inicio del juicio oral (con las particularidades que podrán existir en los distintos tipos de procedimiento donde se le enjuiciase).

Si lo que se persigue es una pronta exoneración, y se tiene la seguridad de que el programa de *compliance* penal cumple con los estándares necesarios, se debe aportar en el momento inicial de la instrucción. Incluso con anterioridad a la declaración del representante especialmente designado de la persona jurídica, para que éste pueda exponer en su declaración los aspectos más importantes de la prevención y control, en relación con el delito concreto que se está investigando.

Asimismo, a la hora de aportarlo resulta esencial explicar en el escrito en que se acompañe, qué medidas de supervisión y control han sido adoptadas para el riesgo concreto que está relacionado con el hecho delictivo que se está investigando, pues su valoración se ha de hacer respecto del hecho concreto, una vez evaluada la adecuación formal del documento.

#### IV.C ¿Qué se ha de evaluar por parte del juez?

La función principal del programa de cumplimiento penal es que sirva para controlar los riesgos que, indefectiblemente debe asumir la empresa al desarrollar su actividad en el mercado. El plan de *compliance* penal debe servir para mantener los focos de peligro de la actividad empresarial identificados, dentro del ámbito del riesgo permitido, a los efectos de intentar evitar que estos se descontrolen y puedan materializarse en comportamientos delictivos. SILVA SÁNCHEZ lo resume del modo siguiente: ... *la existencia de un programa de compliance determina que, aunque haya riesgo y no se esté en condiciones de reducirlo a cero, concurre un estado de cosas de riesgo permitido*<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. *El riesgo permitido en Derecho penal económico*. Atelier. 2022. P. 167; en sentido similar GALLEGOS SOLER, refiriéndose a los programas de *compliance*, afirma que: *Esas reglas sirven para determinar el riesgo permitido en un sector de actividad, el deber de cuidado permitido (y por tanto para delimitar el no permitido) en una empresa*. Vid. GALLEGOS SOLER, J. I. «Criminal compliance y proceso penal: Reflexiones iniciales», en MIR PUIG, S.; CORCOY DIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V (Dirs). *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas*

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos publicó en marzo de 2023 la última actualización de la guía de evaluación de los modelos de cumplimiento y de prevención de delitos<sup>24</sup>. En esta versión, el Departamento de Justicia se aparta del establecimiento de rígidos criterios tipo *checklist* y aboga por realizar la evaluación adaptada al contexto específico de la investigación criminal y de la idiosincrasia de la empresa sobre la base de tres cuestiones: a) ¿Está el programa bien diseñado?; b) ¿Está siendo el programa aplicado de manera seria y de buena fe?, o en otras palabras ¿Está siendo implementado el programa de manera efectiva?; c) ¿Funciona el programa en la práctica?<sup>25</sup>

Desde el punto de vista formal, el juez deberá analizar que se cumplen, como mínimo, los 6 requisitos que se contemplan en el artículo 31. bis. 5 CP, ya que son condiciones que según el legislador deben cumplir los modelos de organización y gestión de prevención de delitos. Una vez superado el examen formal, se deberá evaluar la idoneidad material del programa en relación con los riesgos penales concretos que son objeto de instrucción<sup>26</sup>.

Así, si se está investigando un hecho que indiciariamente podría ser calificado como delito —por ejemplo blanqueo de capitales—, se habrá de analizar, en primer lugar, si el delito concreto se había identificado en el mapa de riesgos. Este deberá contemplar los riesgos previsibles en relación con la actividad desarrollada en el mercado por la empresa. Si así hubiera sido, el paso siguiente será analizar si respecto a ese riesgo concreto se adoptaron procedimientos de supervisión y control para mantener controlado ese foco de peligro. En esta fase se debe valorar la idiosincrasia propia de la persona jurídica, pues si ésta era un sujeto obligado según el artículo 2 de la Ley 10/2010 de Prevención de Blanqueo de Capitales tendría que cumplir unas obligaciones de control reglamentaria que no son aplicables a otras empresas que no son sujetos obligados. Ello servirá para evaluar la idoneidad de

*de prevención, detección y reacción penal*. BdF, Buenos Aires, 2014,. P. 217; PEREZ MACHÍO, A. I. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia preventiva*. Comares, Granada, 2017. Pp.122 a 125.

<sup>24</sup> Evaluation of Corporate Compliance Programs, accesible en <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/page/file/937501>

<sup>25</sup> Para una explicación más extensa de este documento, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L. et. al. *Código Penal...* op. cit. pag. 276.

<sup>26</sup> Interesante resulta el test de idoneidad abstracto-concreto expuesto por NIETO MARTÍN, en «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal español», en KHULEN; MONTIEL; ORTÍZ DE URBINA, *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Marcial Pons. Madrid 2013. Pp.39 a 40.

las medidas *ex ante* para prevenir o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Una vez analizado el foco de peligro y las medidas de prevención adoptadas, el juzgador debería hacerse la siguiente pregunta: ¿Las medidas de prevención y control adoptadas han reducido el riesgo de la comisión del delito de forma significativa en el seno de la empresa? Si la respuesta fuese positiva, se habrá de colegir que el programa de prevención de delitos era idóneo y eficaz para, *ex ante*, reducir el riesgo de la comisión de delitos. Si la respuesta fuese negativa, la conclusión será que el programa no ha cumplido su función respecto a ese riesgo concreto, y por lo tanto solo deberá ser tenido en cuenta a efectos atenuatorios de la pena<sup>27</sup>.

Esta valoración será más sencilla cuanto más normativizado se encuentre la regulación del riesgo con normas extrapenales que son aplicables a la empresa<sup>28</sup>. Así sucederá en supuestos de utilización de datos personales, prevención del blanqueo de capitales, obligaciones para con la Hacienda Pública, actuación en el mercado de valores, medio ambiente, etc. En estos ámbitos, el cumplimiento de la normativa administrativa o regulatoria debe conllevar a la convicción de que el riesgo se ha reducido significativamente, pues la persona jurídica ha cumplido con la regulación extra penal que detalla las obligaciones concretas establecidas para actuar en el mercado. Respecto a otros delitos, donde no existe un desarrollo extra penal, se habrá de valorar la idoneidad *ex ante* teniendo en cuenta que las posibilidades de prevención de la persona jurídica se han de limitar a los actos realizados en ejercicio de actividades sociales. Tal y como interpreta DOPICO GÓMEZ-ALLER: *Son exigibles las medidas proporcionadas al riesgo en cuestión y a la actividad de la que se trate; y no lo son las irrazonables*

<sup>27</sup> Sin embargo, en el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional nº 35; 2023, de 30 de enero de 2023 (dictado en las DD.PP.96; 2017) que confirma el sobreseimiento de REPSOL y LA CAIXA en una pieza separada del conocido caso «Villarejo», adopta un criterio incluso más laxo que el expuesto al afirmar que: *Para valorar el modelo de cumplimiento de prevención de delitos ha de tenerse en cuenta que toda la normativa que incide en ello, sin focalizarlo en el incumplimiento de una única y concreta norma, pues para que la actividad de control y cumplimiento cumpla su misión, es preciso que funcione de una manera colectiva*.

<sup>28</sup> Como gráficamente defiende NIETO MARTÍN: *La empresa que cumpla con la normativa administrativa sobre blanqueo de capitales no debiera ser sancionada por un delito de blanqueo de capitales, e igual debe ocurrir con la empresa que cumpla con las indicaciones que da la Ley del Mercado de Valores para evitar el abuso del mercado, la ley de protección de datos, la normativa sobre protección de riesgos laborales, etcétera. Vid. NIETO MARTÍN, A. «Problemas fundamentales...» op. cit. P. 28.*

*o exageradas, ni las que puedan paralizar la actividad empresarial, ni aquellas que por su coste carezcan de lógica empresarial<sup>29</sup>.*

En este sentido, y para expresar plásticamente el equilibrio que la empresa debe encontrar y que ha de servir como canon de valoración al juzgador, hace tiempo plantea el siguiente axioma: *Todo plan de compliance es manifiestamente mejorable hasta la ruina absoluta de la empresa<sup>30</sup>.* Con ello, quiero insistir en que el canon de valoración judicial debe focalizarse en un análisis racional de lo que se le puede exigir a la empresa para que mantenga controlados sus focos de riesgo y las medidas implantadas sean compatibles con su actividad diaria, pues de nada servirían unas medidas tan estrictas y extremas que conllevarasen a la imposibilidad fáctica de desarrollar su actividad mercantil.

Esta interpretación racional de valoración es la que está acogiendo la jurisprudencia, como muestra el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2021 (DD.PP 85/2014 – caso INDRA), donde concluye que: *La existencia de un sistema de cumplimiento normativo no puede medirse desde la exigencia de una eficacia absoluta, de suerte que su mera existencia impida la aparición de cualquier delito, sino desde la capacidad del ente corporativo de prevenir, y en su caso, reaccionar de forma eficaz frente a la comisión del delito.*

En el mismo sentido, el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional nº 35/2023, de 30 de enero de 2023 advierte que: *En el momento en que se produjeron las contrataciones con ..... a que se refiere este procedimiento, ..... SA contaba con un Modelo de Prevención de delitos que cumplía con los requisitos previstos en el artículo 31 bis CP. Ningún modelo es infalible, y si un delito se comete por alguno de los sujetos que contempla el precepto citado, no implica necesariamente que el modelo de prevención de delitos adoptado por la persona jurídica sea inadecuado, incumpla la normativa vigente o falle, pues bastaría con adoptar un modelo que cumpliera todas las normas para impedir la comisión de delitos, lo que no se ajusta a la realidad y precisamente*

<sup>29</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Derecho Penal Económico....* op. cit. p. 148; en sentido similar NIETO MARTÍN, A. «Problemas...» op. cit. p. 45. Considera este autor que: *La evitación de riesgos imprevisibles no debe considerarse exigible para la empresa. Obligar a la empresa a que prevenga todo tipo de riesgo es, además altamente ineficiente, pues le compelle a gastar recursos en riesgos que tienen una baja incidencia. Es mejor un sistema que haga que las empresas concentren sus esfuerzos en riesgos relevantes.*

<sup>30</sup> LIÑÁN LAFUENTE, A. *La necesaria racionalidad de los programas de compliance penal.* Lex Mercatoria. N°. 3. P.45.

*por eso los modelos de prevención de delitos están sujetos a revisiones periódicas.*

#### V. ¿EL PLAN DE COMPLIANCE PENAL PUEDE DESPLEGAR SUS EFECTOS SANATORIOS DURANTE LA INSTRUCCIÓN?

Una de las cuestiones que genera más controversia en la práctica forense es el momento procesal oportuno para valorar la eficacia de los planes de prevención de delitos y si esta evaluación puede hacerse por el juez de instrucción a los efectos de decidir si procede, o no, el sobreseimiento. Es habitual encontrarse los intereses contrapuestos entre la persona jurídica investigada, que al contar con un plan de *compliance* penal lo aporta durante la instrucción y solicita el sobreseimiento, y el Ministerio Fiscal o las acusaciones que se oponen a su concesión, intentando dilatar la valoración de este elemento al ámbito del juicio oral.

No obstante, se ha de tener en cuenta que el remedio sanatorio que representan los modelos de supervisión, vigilancia y prevención de delitos surgen, tanto para mejorar la cultura de cumplimiento y el control interno de la persona jurídica, como para evitar que, en caso de que se cometiera un delito con los criterios imputatorios del artículo 31. bis CP la empresa cumplidora sufra las consecuencias de un proceso penal. O eso es al menos la idea que subyace de la autorregulación regulada de las empresas como política criminal para disminuir los riesgos de la comisión de delitos corporativos.

Ya en la primera Sentencia del Tribunal Supremo que se ocupó de interpretar la responsabilidad penal de las personas jurídicas —nº 154/2016—, al referirse al programa de prevención de delitos, advertía que suponía una: *Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad.* Y ahí reside la importancia de este tipo de programas de *compliance* penal, en transmitir el mensaje a la empresa cumplidora, que invierte recursos y esfuerzos en auto organizarse y generar una auténtica cultura de cumplimiento, que en el caso de que una persona que forma parte de la empresa delinca de conformidad con el artículo 31 bis CP, su esfuerzo en cohonestar la función del Estado para impedir delitos será recompensada. De poco sirve que esa recompensa se obtenga tras una larga instrucción, donde el daño reputacional que

puede generar para una empresa su imputación sea más perjudicial que la propia multa que al final del proceso se le podría imponer.

Ante ello, debemos preguntarnos si existen razones, procesales o penales, para defender que la valoración sobre la efectividad del *compliance* penal no puede realizarse durante la instrucción. Vayamos por orden:

#### V.A. Aspectos procesales

Que el sobreseimiento se puede acordar respecto de la persona jurídica no es discutible, pues ni el artículo 637 ni el 641 LECr hacen distinción o exclusión respecto de su aplicación. Es cierto que su interpretación deberá adaptarse a la configuración específica de la persona jurídica, pero todos los supuestos podrían ser aplicados, como expondré a continuación.

Según el artículo 637 LECr, procederá el sobreseimiento libre:

- 1º. *Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa:* Para la aplicación de este supuesto surgen dos posibilidades, derivadas de la interpretación que se acoja respecto al fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si se adopta la tesis de la responsabilidad vicaria (limitada) o por transferencia, el hecho que provoca la formación de la causa será el de la persona física, por lo que procedería el sobreseimiento cuando no existiera el presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica (por ejemplo, cuando no existan indicios de que se engañó a un tercero ante un procedimiento por delito de estafa). Obviamente, esta situación también provocaría el sobreseimiento libre aunque se adoptase la tesis de la responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica (por ausencia de presupuesto objetivo), pero utilizando esta teoría, también podría ser aplicable cuando existiese un hecho delictivo previo cometido por la persona física, pero existieran evidencias de las herramientas de prevención y control del delito, que como tales probarían la atipicidad del hecho propio de la persona jurídica<sup>31</sup>. La STS 154/2016, que es la que marca la senda de la tesis de la autorresponsabilidad por el hecho propio llega a afirmar: *que a nuestro juicio la presencia de ade-*

<sup>31</sup> «Núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica» según la STS 154; 2016.

*cuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.* La asunción de esta tesis mayoritaria debería llevar a aplicar el sobreseimiento libre en estos supuestos, pues al no existir la infracción, desaparecen los indicios de la comisión del hecho delictivo de la persona jurídica.

- 2º. *Cuando el hecho no sea constitutivo de delito:* Aplicando el mismo razonamiento que el expuesto en el apartado anterior, este precepto debería aplicarse cuando el hecho de la persona física (presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica) no es constitutivo de delito (por ejemplo, en un supuesto de tráfico de drogas, si se demuestra que la sustancia no era cocaína, sino un compuesto similar e inocuo), pero también, si se aplica la tesis de la autorresponsabilidad, cuando no concurren los elementos del tipo objetivo de la responsabilidad de la persona jurídica. Ello puede suceder porque no concurra el beneficio directo o indirecto, porque el hecho delictivo no se haya realizado en ejercicio de las actividades sociales, o porque exista un plan de *compliance* penal adecuado y eficaz para prevenir ese tipo delictivo.
- 3º. *Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores:* Al aplicar este precepto se ha de tener claro que según el artículo 31. ter.2 CP, la concurrencia de causas de exención de responsabilidad en los autores del hecho, no se trasladará a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por ello, con independencia de que concurran causas de exención de la responsabilidad en el autor (persona física) del delito según los criterios de imputación del artículo 31. bis CP (presupuesto), persistirá la responsabilidad penal del ente. Si se opta por la tesis que considera que los programas de *compliance* penal son causas que eximen de responsabilidad penal a la persona jurídica, este apartado es el que debería ser aplicado al poder ser tenido como una causa de exención propia del ente.

Por otro lado, el artículo 641 LECr establece que procederá el sobreseimiento provisional:

- 1º. *Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa:* Este artículo será de aplicación tanto en lo que se refiere al hecho de la persona física (presupuesto) como al de la persona jurídica. De hecho, es el tipo de sobreseimiento que hasta la fecha se ha identificado como el más utilizado por los jueces de instruc-

ción cuando consideran que el plan de prevención de delitos es idóneo y eficaz para prevenir los delitos investigados. En ocasiones puede resultar un contrasentido, pues el fundamento se encuentra en la ausencia de tipicidad de la conducta, pero por el se opta sin embargo por el sobreseimiento provisional, y no libre. No obstante, ello también sucede respecto a las personas físicas en la mayoría de los casos, donde el juez suele optar por el sobreseimiento provisional, que con el paso del tiempo se convertirá en definitivo, pues le deja la puerta abierta a una reapertura de la causa si fuera necesario en un momento posterior, que en caso del sobreseimiento libre le vedaría la naturaleza de la propia resolución (efecto de cosa juzgada).

- 2º. *Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.* En este supuesto, la crisis del proceso surge por la ausencia de motivos (normalmente indicios de participación delictiva) para imputar un hecho a determinadas personas y acusarles por su comisión. El precepto no excluye a la persona jurídica, pero dada su especial naturaleza, la ausencia de motivos suficientes deberá residenciarse en la existencia de un plan de *compliance* penal que conlleve a la ausencia de responsabilidad penal por la actuación de la persona jurídica dentro de los márgenes del riesgo permitido, al haber adoptado las medidas de supervisión, vigilancia y control exigidas por el legislador para considerar que no se debe castigar a la persona jurídica, aunque concurra el presupuesto fáctico (delito cometido por la persona física ex artículo 31. bis CP).

Por otro lado, la propia naturaleza del sobreseimiento — como un remedio que trata de evitar que lleguen a juicio oral aquellas personas (físicas o jurídicas) respecto de las que no existen indicios de criminalidad en su actuación u omisión — conlleva a concluir que el primer momento procesal oportuno para revisar la eficacia de los planes de *compliance* penal será durante la instrucción de la causa y por el juez encargado de la misma<sup>32</sup>.

#### **V.B. Aspectos penales: ¿influye la naturaleza jurídica que se le otorgue a los planes de *compliance* penal?**

En el apartado III de este artículo se han expuesto las distintas teorías que se barajan en la praxis forense respecto de la categoría dogmática en la que se pudieran encuadrar los planes de prevención de riesgos penales. En este apartado se analizará si optar por una u otra opción conllevaría, o no, un obstáculo para que el procedimiento pueda sobreseerse en instrucción. Analicemos las distintas opciones:

**V.B.1. Elemento del tipo objetivo:** Considerar la ausencia de un plan de *compliance* penal como núcleo de la tipicidad objetiva de la persona jurídica, conlleva a la indefectible consecuencia que una vez alegado por parte de la persona jurídica la existencia del procedimiento de prevención de delitos que acredite la cultura de cumplimiento, deberán ser analizadas por el juez de instrucción las evidencias aportadas para justificar este motivo de descargo. Y deberá ser realizado este examen durante la instrucción, pues al ser un elemento del tipo, su ausencia conllevaría de manera inmediata a la inexistencia de la infracción y sería obligatorio dictar el auto de sobreseimiento. El juicio de tipicidad es un examen que debe realizar el juez, tanto a la hora de acordar el inicio de un procedimiento, como durante toda la fase de instrucción.

El Auto del Juzgado Central de Instrucción nº. 6 de 23 de marzo de 2021 (dictado en las DD.PP. 85/2014 – Caso INDRA) acoge esta interpretación y justifica, en sede de tipicidad, la competencia del instructor para valorar los programas de *compliance* penal en esta fase, advirtiendo expresamente que: *No hay ningún obstáculo para que, al igual que ocurre con las personas físicas, tratándose de una persona jurídica investigada, llegado el momento en el que se han practicado todas las diligencias de investigación, pueda el Juez valorar, a partir de los indicios aportados por la acusación, si se dan los presupuestos que justifican mantener la imputación del ente corporativo. De este modo, la investigación de las personas jurídicas, como las físicas, deberá someterse al examen de doble pronóstico antes mencionado (aparente tipicidad de los hechos justiciables y suficiencia indiciaria objetiva y subjetiva de los mismos) en la fase de instrucción del procedimiento penal sin que sea necesario diferir la evaluación para el acto del juicio oral, cuando sea evidente que en la fase preparatoria puede decretarse la crisis anticipada.*

<sup>32</sup> Coincidí con la postura defendida por GIMENO BEVIÁ en el libro de referencia sobre el proceso penal de la persona jurídica. Vid GIMENO BEVIÁ, J. *Compliance y procesal penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2ª ed, 2016. P. 249.

**V.B.2. Excusa absolución:** Como se ha expuesto, la Circular de la FGE 1/2016 aboga por interpretar que los programas de cumplimiento tienen la naturaleza de excusa absolución, que desplegaría sus efectos en sede de punibilidad. La empresa debería responder por la comisión del delito, pero la ley dispensa la penalidad por motivos de política criminal, pues para alentar la implantación de los planes de prevención de delitos, otorga una especie de perdón legal<sup>33</sup>. Esta interpretación tampoco resulta un obstáculo para que dicha causa sea examinada en instrucción por el juez, es más, debe serlo si se alega por la parte. Es lo que sucede respecto de otras excusas absolutorias, como la de parentesco del artículo 268 CP, pues si se inician unas diligencias por robo con fuerza en las cosas contra varias personas, y resulta que una de ellas es el hermano del sujeto pasivo, la causa debe sobreseerse en ese momento respecto de quien concurra la excusa absolutoria, sin diferir esta valoración al ámbito del juicio oral. Lo mismo ha de suceder con la valoración de la existencia de un programa de *compliance* penal idóneo y eficaz. Si se constata su existencia, su naturaleza de excusa absolutoria permite que sea valorada en instrucción y sobreseer la causa contra la persona (física o jurídica) a la que sea aplicable.

**V.B.3. Eximente:** La tercera opción es considerar que la acreditación de la existencia de programas de cumplimiento actuaría como una eximente de responsabilidad penal. Esta opción, que sobre todo se apoya en el tenor literal de los artículos 31.bis. 2 y 4 CP pierde sustento, en mi opinión, cuando se relaciona con el elemento subjetivo y la culpabilidad. Me explico. En ocasiones se puede apreciar que contra la decisión de sobreseer una causa frente a la persona jurídica que ha acreditado la existencia de programas de cumplimiento idóneos, se interpone recurso que se fundamenta en la teoría de que no es posible acordar el sobreseimiento en fase de instrucción sobre la base de la valoración del elemento subjetivo, por lo que la evaluación de la exención de la responsabilidad penal por ausencia de culpabilidad solo podrá realizarse por el órgano de enjuiciamiento, estando vedada esta valoración al instructor<sup>34</sup>.

En este orden de cosas, donde se ha construido un tipo de responsabilidad específica de la persona jurídica, forzar la ficción hasta

<sup>33</sup> DEL MORAL GARCÍA, A. *Responsabilidad penal...* op. cit. p. 1809.

<sup>34</sup> Vid. Auto 10 de mayo de 2021 del Juzgado Central de Instrucción nº.6 (DD. PP.85; 2014 – Caso INDRA), que desestima el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de sobreseimiento respecto de la persona jurídica.

otorgarle la capacidad de pensar y proyectarle un elemento subjetivo propio excede de los límites de la ficción. No desconozco (aunque no comparto) las tesis que sostienen que la persona jurídica tiene una culpabilidad propia, pero ni siquiera éstas le otorgan un dolo propio<sup>35</sup>. Por eso, en la primera parte del artículo exponía que en caso de considerarse la existencia de un programa de *compliance* penal como eximente, sus efectos se proyectarían sobre la ausencia de la antijuridicidad de la conducta, sobre la ausencia de una contradicción al derecho en el actuar de la persona jurídica, dado que el derecho no debe exigir responsabilidad penal a quien hizo todo lo posible por actuar de manera legal y adecuada en su actividad empresarial. Es una causa parecida al ejercicio de un derecho, y si me apuran, cumplimiento de un deber, el cual puede desplegar sus efectos exoneratorios también en la fase de instrucción.

Respecto a la tesis de que las eximentes solo pueden ser valoradas en sede de enjuiciamiento, DEL MORAL GARCÍA defiende que esa idea carece de toda base sólida procesal, salvo en aquellos supuestos en que la eximente no es total (eximentes de los numerales 1 a 3 del artículo 20, pues comporta la imposición de una medida de seguridad). El citado autor afirma que: *No debe existir inconveniente alguno para que si en fase de instrucción se llega a la estimación de la existencia de un programa de cumplimiento con eficacia excluyente de responsabilidad penal de la empresa, se aparte a ésta del procedimiento, prosiguiendo éste exclusivamente frente a las personas físicas responsables*<sup>36</sup>.

De hecho, la tesis defendida por el autor deviene de la STS 202/2018, de la que él mismo fue ponente, y descarta la aplicación de la tesis tradicionalista de que los elementos subjetivos sólo pueden ser valorados en sede de enjuiciamiento<sup>37</sup>. En esta se concluye sin

<sup>35</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la responsabilidad penal de las persona jurídicas en el sistema español*. Lex Nova, Valladolid, 2011. Pp. 95 a 96; 113-130.

<sup>36</sup> DEL MORAL GARCÍA, A. «Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», en GÓMEZ COLOMER, J. L. *Tratado de compliance penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 703.

<sup>37</sup> STS 202/2018, FJ 7º: *Se arguye que el Instructor no debería entrar a valorar los elementos del tipo subjetivo o las causas de exclusión de la antijuridicidad (como la legítima defensa). Debe ser suficiente a fin de decidir sobre la necesidad de proseguir el procedimiento constatar la concurrencia de los presupuestos objetivos de la tipicidad, lo que determinará la necesidad del procesamiento, si es un procedimiento ordinario; la conversión en procedimiento abreviado en otro caso (art. 779). La existencia o no, por ello del animus iniuriandi, sería algo —se ha sostenido— que sólo el Tribunal podrá apreciar en la sentencia. La inexistencia de esos elementos internos (ánimo de ofender: animus iniuriandi o calumniandi) debería dilucidarse en el juicio oral, sin que pueda erigirse en motivo para abortar prematuramente el proceso.*

ambages que: *Debe por ello permitirse al Instructor valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a una persona a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es penalmente irresponsable.* «Criminalidad» a los efectos de los arts. 384 o 783 LECrim es algo más que «tipicidad objetiva». Por «criminalidad» hay que entender la existencia de un delito con todos sus elementos. Por tanto, el Instructor, en el momento de dictar o denegar el auto de procesamiento, se encuentra a estos efectos en idéntica posición que la Audiencia a la hora de dictar sentencia. La única variante es que al Instructor le basta la existencia de una probabilidad para decretar el procesamiento (o abrir el juicio oral, o decretar la conversión en abreviado —art. 779.1.4<sup>a</sup>—), en tanto que la Audiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio necesitará certeza. En lo demás, la posición es idéntica. Si el Instructor aprecia la existencia de una causa de justificación (v.gr. ejercicio legítimo de la libertad de información), razones que pueden llevar a la inculpabilidad (error sobre la falsedad de la imputación o un error de tipo) o una excusa absolutoria, deberá denegar el procesamiento o la apertura del juicio oral por no existir indicios de «criminalidad».

Por lo tanto, tampoco existe razón que se fundamente en la categoría dogmática que se quiera otorgar a los planes de *compliance* penal para justificar la imposibilidad de su valoración por el juez de instrucción y limitarla al órgano de enjuiciamiento.

## VI. CONCLUSIONES: LOS EFECTOS SANATORIOS DE LOS PLANES DE COMPLIANCE PENAL COMO REALIDAD

El análisis realizado permite afirmar que los programas de *compliance* penal idóneos y efectivos tienen la capacidad de desplegar el efecto reparador y sanador en la responsabilidad penal de la persona

*De este entendimiento se ha hecho eco una vieja práctica, sin sólido respaldo legal, que ha venido sosteniendo que sería suficiente con una constatación de la concurrencia, al menos indicaria, de los elementos objetivos de la infracción, sin que en tal fase procesal previa sea dable indagar sobre cuestiones anímicas.*

*Ha de rechazarse rotundamente esa vieja teoría.*

*De aceptarla, la coherencia abocaría a procesar a toda persona que haya realizado una acción típica, aunque esté amparada por una causa de justificación (elementos subjetivos de justificación). A esta observación básica se unen otras palmarias razones de economía procesal que en el régimen constitucional constituyen algo más que un tributo a pagar al pragmatismo. Es una exigencia engarzable en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas ( art. 24.2 CE ). Alargar un proceso de forma innecesaria es dilación no debida...*

jurídica, lo que conlleva a su exención de responsabilidad penal. Ello puede sonar a obviedad, pues lo contempla el artículo 31.bis 2 y 4 CP, pero una cosa es lo que diga la ley y otra cómo sea aplicado por los tribunales, más si cabe en supuestos tan ajenos al Derecho penal clásico donde la interpretación judicial resulta esencial. No faltaron voces, tras la reforma del Código Penal en 2015, que auguraron que el sistema de exención de responsabilidad podría convertirse en una mera ilusión, pues el mero hecho de que una persona delinquiese en el ámbito de la empresa conllevaría a considerar que el programa de prevención de delitos era ineficaz. Vemos que no es así, y que los tribunales han optado por valorar el sistema desde una lógica social. Con ello, se dota de contenido a la finalidad político criminal que el legislador perseguía con la incorporación de esta causa de exclusión de responsabilidad penal, pues el mensaje que se transmite a las empresas es que aquellas que hayan sido cumplidoras con la normativa, y que hayan hecho todo lo posible para prevenir la comisión de delitos en su seno serán recompensadas con la exención de pena.

Pero para que esa consecuencia adquiera toda la dimensión exoneratoria es necesario que exista la posibilidad de que los efectos sanatorios del *compliance* penal puedan valorarse durante la instrucción, para evitar que un largo proceso penal cause daños irreversibles a la empresa investigada. De nada serviría a la empresa cumplidora alcanzar una absolución tras un largo proceso, cuando éste le ha causado un daño reputacional tan grave que le ha llevado a la quiebra, sobre todo si el motivo de su absolución es la existencia de una auténtica cultura de cumplimiento que fue alegada desde el inicio de la causa y pudo valorarse por el juez de instrucción<sup>38</sup>. Tal y como gráficamente se expone en el Auto nº 285/2019 de 14 de mayo de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9<sup>a</sup>): *La atribución de la condición de investigado, aunque se realice con fines garantistas que permiten articular la defensa de la persona jurídica, presenta el reverso tenebroso del estigma reputacional, tan grave en un sector en que la honorabilidad es un requisito legal esencial...*

Todo lo expuesto permite concluir que los efectos sanatorios de un programa de *compliance* penal realizado de manera adecuada e idónea, y de la implantación de una auténtica cultura de cumplimiento son, en la actualidad, una realidad que se aplica en la práctica forense. Para que todo el sistema adquiera coherencia, este efecto puede (y

<sup>38</sup> Auto de 29 de junio de 2021, del Juzgado Central de Instrucción nº. 6: *El hecho de dirigir el proceso penal contra una persona determinada comporta siempre graves consecuencias para esta. Esta afectación se da tanto en el ámbito de las personas físicas como en el de las jurídicas, como es el caso de la que se refiere la presente resolución.*

debe) ser apreciado durante la instrucción, pues sólo la confianza en el sistema y en sus beneficios, tanto para la propia persona jurídica como para la sociedad, hará que la incipiente cultura de cumplimiento que se ha incorporado a la vida de las empresas se asiente, fragüe, y se convierta en uno de los pilares de un sistema justo que premie a las empresas cumplidoras y castigue a las que han permitido (o incluso alentado) la comisión de delitos corporativos en su seno.

## BIBLIOGRAFÍA

Bajo Fernández, M; Feijoo Sánchez, B; Gómez Jara, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters, 2012. 1<sup>a</sup> ed.

Ballesteros Sánchez, J. *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

De la Mata Barranco, N; Lascuraín Sánchez, J. A; Dopico Gómez Áller, J; Nieto Martín, A. *Derecho penal económico y de la empresa*. Dykinson. 2018.

Del Moral García, A. «Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», en Gómez Colomer, J. L. *Tratado de compliance penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Del Moral, A. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en González Fernández, M. B.; Márquez Lobillo, P; Otero Cobos, M (Coord). *Los acuerdos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Fernández Teruelo, J. «El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelo de cumplimiento: Las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2y ss. CP», en Gómez Colomer, J. L. *Tratado de sobre compliance penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Gallego Soler, J. I. «Criminal compliance y proceso penal: Reflexiones iniciales», en Mir Puig, S; Corcoy Didasolo, M; Gómez Martín, V (Dirs). *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. BdF, Buenos Aires, 2014.

Gil Gil, A, et al. *Parte General. Derecho Penal*. Dykinson, Madrid, 2015, 2<sup>a</sup> ed.

Gimeno Beviá, J. *Compliance y procesal penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2<sup>a</sup> ed, 2016.

## Reflexiones acerca de los efectos sanatorios de los...

Gómez Tomillo, M. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Lex Nova, Valladolid, 2011.

Gonzalez Cussac, J. L. «Condiciones y requisitos para la eficacia exigente o atenuante», en Gómez Colomer, J. L. *Tratado de compliance penal*. Tirant lo Blanch. 2019.

Juanes Peces, A; González-Cuellar Serrano, N. «La responsabilidad penal de la persona jurídica y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adaptar antes de su entrada en vigor». Diario La Ley. N°.7501. 2010.

Lascuraín Sánchez, J. A. «*Compliance, debido control y unos refrescos*», en Arroyo Zapatero, L; Nieto Martín, A. *El Derecho penal económico en la era del compliance*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

Liñán Lafuente, A. «El control preventivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica », en, Agúndez, M; Martínez-Simancas, J. (Dir). *Cuadernos de derecho para ingenieros. Cumplimiento normativo. Compliance*. La Ley. 2012.

— *La Ley 2; 2023, de protección del informante, vs. el derecho a la no auto incriminación de la persona jurídica*. LA LEY Penal, N° 162, Mayo de 2023.

— *La necesaria racionalidad de los programas de compliance penal*. Lex Mercatoria. N°. 3.

Muñoz de Morales Romero, M. «Programas de cumplimiento efectivo en la experiencia comparada», en, Arroyo Zapatero, L; Nieto Martín, A. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Nieto Martín, en «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal español», en Khulen; Montiel; Ortiz de Urbina, *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Marcial Pons. Madrid 2013.

Pérez Machío, AI. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia preventiva*. Comares, Granada, 2017.

Rodríguez Ramos, L; Rodríguez-Ramos Ladaria, G; Rodríguez de Miguel Ramos, J. *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia*. La Ley. 2023. 7<sup>a</sup> ed.

Silva Sánchez, J. M. *El riesgo permitido en Derecho penal económico*. Atelier. 2022.

