

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA ESPAÑOL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA OMISIÓN DE VIGILANCIA SOBRE EL MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS

ANNA SALVINA VALENZANO*
Universidad de Roma

DIVA SERRA CRUZ**
Universidad de Chile

SUMARIO: 1. Introducción: el reconocimiento de un mecanismo de control sobre los modelos de prevención de delitos en el sistema español. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España antes de la reforma del año 2015. 3. Las principales novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2015. 4. La eximente de responsabilidad penal a favor de la persona jurídica por la adopción y ejecución eficaz de un modelo de organización y gestión adecuado en la prevención de delitos. 5. La “culpabilidad” de la persona jurídica por el “defecto de organización”. 6. El “órgano de supervisión” en la estructura del sistema de imputación de “doble vía”. 7. ¿Quién es el órgano de supervisión? Los otros órganos que tienen encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. 8. Las funciones del órgano de supervisión. Los reflejos de su actuación delictiva sobre los presupuestos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. 9. La responsabilidad penal de la persona jurídica por el ejercicio insuficiente de la función de vigilancia. 10. ¿Responsabilidad penal por acción o por omisión del órgano de supervisión? Conclusiones. 11. Bibliografía.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, modelos de prevención, órgano de supervisión, omisión de vigilancia.

* Doctora en Derecho Penal, e Investigadora en Universidad de Roma “La Sapienza”, Docente de la Escuela de especialización para las profesiones legales de la misma Universidad y autora de la obra “L’ illecito dell’ ente da reato per l’ omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato”, entre otras numerosas obras en la materia.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Abogada de la misma Universidad. Doctoranda en Derecho Público (mención derecho penal y procesal penal), Universidad de Roma “La Sapienza, Becaria Conicyt, Programa beca doctorado en el extranjero, Convocatoria 2017, Resolución exenta de aprobación de Convenio N° 6141/2017.

1. INTRODUCCIÓN: EL RECONOCIMIENTO DE UN MECANISMO DE CONTROL SOBRE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Al regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un ordenamiento jurídico puede crear un sistema de atribución de responsabilidad a las entidades por la comisión de delitos ya sea basado en el defecto de organización, es decir, un sistema de “autorresponsabilidad” o responsabilidad por el hecho propio, o bien, establecer reglas para atribuir responsabilidad a las entidades por el hecho ajeno, también conocido en la doctrina española como “heterorresponsabilidad”¹. En ambos casos, se puede reconocer algún valor a los modelos preventivos de los delitos², ya sea con el fin de fundar la responsabilidad de la entidad, o de atenuarla, una vez configurada.

¹ Para un estudio de los diferentes modelos de imputación que se pueden utilizar para hacer responder penalmente a una persona jurídica, se recomienda en la doctrina española el trabajo de NIETO MARÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, (Madrid, 2008), quien explica que existen tres sistemas de atribución de responsabilidad: el vicarial, el de la culpabilidad de la empresa y el mixto. El sistema vicarial o de transferencia de responsabilidad es aquel en que se imputa transfiriendo a la empresa todo acto cometido por un agente suyo en el ejercicio de su actividad con la intención de favorecerla, y en el que las posibilidades de defensa están limitadas. En la vereda opuesta se encuentra el modelo de la culpabilidad de empresa, donde la actividad de la empresa, tanto ante como post delictual, resulta el criterio determinante. Y por último, los modelos de responsabilidad mixta agrupan elementos de ambos modelos, p. 86. El autor es uno de los principales defensores de la responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho propio o autorresponsabilidad, incluso antes de la reforma española del año 2015, se puede consultar por ejemplo: NIETO MARÍN, Adán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, en *Revista Xurídica Galega* 63 (2009), pp. 47-70, y NIETO MARÍN, Adán, “El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno”, en *Diario La Ley* 8248, (Año XXXV, 11 febrero 2014), pp. 1-6. Sin embargo, existen muchos autores que afirman que en realidad se trata de un sistema que tiende a la autorresponsabilidad, pero con matices. Se puede consultar en este sentido: GÓMEZ JARA, Carlos, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley* 7534, Sección Tribuna, (Año XXXI, 23 diciembre 2010), pp. 1-17 (4), SÁNCHEZ BERNAL, Javier, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Cuadernos del Tomás* 4, (2012), pp. 121-156 (149), y DE LA CUESTA, José Luis, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, en *Revista Penal México* 5, (septiembre 2013-febrero 2014), pp. 9-33. Finalmente, encontramos a los autores que, compartiendo la tesis de la Fiscalía, creen que el sistema español contiene normas que se parecen más bien a la responsabilidad estricta o vicarial y, por lo tanto, serían más bien encuadrables como heterorresponsabilidad que como autorresponsabilidad: MIR PUIG, Santiago, “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (2004), pp. 1-17, y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español*, en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia* 65, (enero-abril 2012), pp. 7-36 (20-21).

² De acuerdo a lo establecido en el art. 31 bis del Código Penal español las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos del Código Penal que expresamente así lo

En el sistema español se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas el año 2010³ por medio del nuevo art. 31 *bis* del CP, que se refería a la ausencia de “debido control” sobre los subordinados como requisito de la responsabilidad de la entidad. Sin embargo, no fue hasta el año 2015⁴, mediante una reforma, que se atribuyó expresamente valor eximente a los *compliance programs*, a través de los modelos de organización y gestión, y su correlativo mecanismo de control, descrito en la ley como un órgano encargado de vigilar el funcionamiento y cumplimiento del modelo implementado, y al que nos referiremos en este trabajo como “órgano de supervisión”⁵, además de haber reemplazado en dicha oportunidad la noción de “debido control” por el concepto de “deberes de supervisión, vigilancia y control”.

La reforma introducida por la Ley Orgánica N° 1/2015 tenía por objeto expreso llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de delimitar adecuadamente el

indiquen, es decir, no se ha establecido un catálogo que indique cuáles son los delitos por los cuales puede responder la persona jurídica, sino que cada delito en particular debe especificar que puede ser cometido también por una persona jurídica. En consecuencia, la Fiscalía en la Circular N° 1/2016 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en el punto 2.2 indica cuales son los delitos atribuibles a las personas jurídicas, entre los que podemos, por ejemplo, mencionar el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis 7); prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (189 bis); estafas (art. 251 bis); insolvencias punibles (art. 261 bis); blanqueo de capitales (art. 302.2); contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328); contra la salud pública (art. 366); cohecho (art. 427 bis).

³ Mediante la Ley Orgánica N° 5 del año 2010. Sin embargo, es importante tener presente que el art. 129 del Código Penal de 1995 establecía que el Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podía imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias accesorias: “a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años, b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación, c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años, d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años, y e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años”.

⁴ Por medio de la Ley Orgánica N° 1 del año 2015.

⁵ La ley se refiere simplemente a un órgano a quien debe confiarse la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado [art. 31 *bis* numeral 2.2)], y luego indica que dicho órgano debe atender sus funciones de supervisión, vigilancia y control [art. 31 *bis* numeral 2.4)], razón por la cual hemos decidido utilizar su función principal para denominarlo en el presente trabajo, conscientes de que la mayoría de la doctrina española, así como la Fiscalía General se refieren al “oficial de cumplimiento” o “*compliance officer*”, según su denominación en el sistema anglosajón.

contenido del “debido control”⁶, cuyo quebrantamiento permitía fundamentar la responsabilidad penal de las entidades, y se explicaría en gran medida, por la opinión emitida en diciembre del año 2012 por los evaluadores OCDE, quienes, al comprobar el estado de implementación de la Convención sobre corrupción en transacciones comerciales internacionales en España⁷, indicaron en lo que dice relación con la responsabilidad de las personas jurídicas que el concepto de “debido control” no se encontraba especificado, cuestión que se esperaba resolver.

Que se declare como objetivo de la reforma delimitar el contenido del concepto de “debido control”, no implica necesariamente que el legislador 2015 haya podido dar solución a cada uno de los problemas a los que la reforma del año 2010 había dado lugar, pues, aparentemente, lo que hizo –lejos de tratar de resolver sus propios problemas interpretativos– fue “copiar al primero de la clase”⁸ al inspirarse en la normativa italiana contenida en el Decreto Legislativo 231 del año 2001⁹ que, además, representa una de las regulaciones más avanzadas de la UE¹⁰ en la materia, y que ha sido tomada como referente no solamente por el legislador español, sino también por algunos legisladores sudamericanos, por ejemplo, el chileno, que en el año 2009 introdujo un régimen de responsabilidad

⁶ Numeral III de la exposición de motivos contenida en el preámbulo de la Ley N° 1/2015, publicado en el Boletín Oficial del Estado Español, conjuntamente a la ley, el día 31 de marzo de 2015. El texto completo de la ley, incluido su preámbulo, pueden ser consultados en el siguiente sitio web: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-3439-consolidado.pdf>. La propia Fiscalía explica en su Circular N° 1/2016 que, de acuerdo al preámbulo de la ley, el propósito no sería modificar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, sino aclarar el modelo establecido en 2010 que, conforme al Preámbulo de la LO 5/2010, consagraba en el segundo párrafo del art. 31 bis.1 una responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica, véase Circular N° 1/2016, cit., p. 2.

⁷ Los evaluadores emitieron un informe que contiene la evaluación completa. Dicho informe puede ser consultado en el sitio web: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/spainphase3reportEN.pdf>.

⁸ NIETO MARÍN, Adán, *El artículo 31 bis del Código Penal*, ob. cit., p. 4, quien además explica cuáles son los aspectos sobre los que los evaluadores OCDE han centrado sus críticas de la reforma del año 2010 por falta de concretización del contenido del debido control.

⁹ Para un análisis del contenido del D. Lgs. 231, véase en la doctrina italiana: FIORELLA, Antonio, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, (Torino, 2018). En especial, Parte V: *La responsabilità da reato degli enti*, pp. 651-683.

¹⁰ NIETO MARÍN, Adán, *El artículo 31 bis del Código Penal*, ob. cit., p. 2. Para un *excursus* sobre el estado de la discusión en los países de la Unión Europea, véase FIORELLA, Antonio; VALENZANO, Anna Salvina, *Colpa dell' ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, (Roma, 2016). En particular, el primer capítulo titulado: “*Linee comuni e prospettive di sviluppo della disciplina degli Stati membri dell'U.E. sulla responsabilità dell'ente da reato*”, pp. 13-50.

penal de las personas jurídicas inspirado claramente en el sistema italiano del D. Lgs. 231¹¹.

Ahora bien, al tiempo que se dispararon dudas sobre algunos aspectos de la regulación contenida en el art. 31 *bis* del CP español, se generaron nuevas interrogantes sobre todo en relación a los nuevos elementos reconocidos en la ley. Sin embargo, no podemos desconocer que tanto antes como después de la reforma, la doctrina española ha alcanzado un importante desarrollo, y ha planteado interesantes teorías que intentan solucionar la confusión a que da lugar una legislación que abre la puerta por primera vez a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, razón por la que creemos resulta interesante detenerse en el análisis del caso español, buscando respuestas que podrían resultar útiles para la interpretación en otras legislaciones europeas o bien extraeuropeas, en las que se han adoptado soluciones similares a la española.

En este trabajo nos concentraremos, especialmente, en el rol del órgano de supervisión en el sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, siempre a la luz del sistema de imputación de “doble vía”¹² que crea la ley, al fin de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas y a las diferencias que existen, sea que el sujeto que cometa el delito se encuentre en una posición superior, o sea que quien lo cometa se encuentre en una posición subordinada.

Antes de profundizar el tema de los mecanismos de control sobre el modelo de prevención, para establecer el rol esencial o accesorio que una legislación le otorga, debemos verificar que exista un sistema de responsabilidad por defecto de organización, que se reconozca un valor a la implementación de modelos de

¹¹ Véase VALENZANO, Anna Salvina; SERRA CRUZ, Diva, “Il rilievo del ‘difetto di organizzazione’ nella struttura dell’imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, con particolare riferimento ai sistemi cileno, peruviano e argentino”, en FIORELLA, Antonio; GAITO, Alfredo; VALENZANO, Anna Salvina (coordinadores), *La responsabilità dell’ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani*, (Roma, 2018), pp. 225-278. Véase también MATUS, Jean Pierre, “Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica”, Mensaje 018-357, en *Revista Ius et Praxis* 15, n. 2, (2009), pp. 285-305 (295).

¹² La doctrina española hace referencia a un régimen de imputación de “doble vía” porque el sistema que ha instaurado el legislador español distingue entre delitos cometidos por sujetos en posiciones superiores o directivas, y sujetos en posiciones subordinadas. Véase en ese sentido DOPICO, Jacobo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en De la Mata, Norberto; Gómez-Aller, Jacobo; Lascuraín, Juan; Nieto, Adán (directores), *Derecho penal económico y de la empresa*, (Madrid, 2018), pp. 129-168 (132). La Fiscalía, por su parte, se refiere en su Circular N° 1/2016 a dos criterios o títulos de imputación: véase Circular N° 1/2016, cit., pp. 4-5, donde explica que la reforma del año 2015 mantuvo los dos criterios de imputación, refiriéndose al doble régimen.

organización o *compliance programs*, ya sea para excluir la responsabilidad de la entidad que los adopte e implemente, o bien para atenuarla. En consecuencia, antes de iniciar nuestro análisis sobre el órgano de supervisión como mecanismo de control del modelo, debemos explicar cómo se encuentra estructurada la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español y entender qué rol cumple el modelo de organización y gestión en el juicio de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA ANTES DE LA REFORMA DEL AÑO 2015

Hemos indicado que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no fue introducida en el ordenamiento jurídico español sino hasta el año 2010, por medio de la LO 5/2010¹³ que ha representado, en opinión de parte de la doctrina, el “certificado de defunción”¹⁴ del paradigma *societas delinquere non potest* en España. Sin embargo, antes de la reforma del año 2010, el nuevo Código Penal de 1995¹⁵ ya contaba con una norma que tenía por objeto sancionar a las personas jurídicas en materia penal, mediante un régimen de medidas accesorias regulado en el art. 129¹⁶ del código mencionado y que, de acuerdo a lo establecido en la propia norma, se encontraban orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos.

Este régimen de medidas accesorias no fue derogado el año 2010 cuando se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero sí fue reformado, modificando al destinatario de la norma que en la actualidad es cualquier

¹³ Nos referimos a la reforma introducida por la Ley Orgánica N° 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica N° 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, incorporando un nuevo artículo 31 *bis* (numerales 1 al 5), que contiene un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otras diversas modificaciones.

¹⁴ Véase en este sentido el trabajo del autor DE LA CUESTA, José Luis, ob. cit., p. 10.

¹⁵ Es importante tener presente que el primer paso hacia el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España es la reforma de 1995, cuando se introdujeron las consecuencias accesorias en el art. 129 del Código Penal español. Posteriormente, el año 2003 a través de la LO 15/2002 se incorporó un segundo apartado al art. 31 CP, para complementar los casos de actuación en nombre de otro en los delitos especiales. Sin embargo, no fue hasta la LO 5/2010 que se incorporó en la legislación española una verdadera disciplina de responsabilidad propia de las personas jurídicas, aun cuando la doctrina le formuló una serie de críticas, que culminaron en la reforma mediante la LO 1/2015 inspirada en el Decreto Legislativo 231 italiano. Para ver una breve historia de la evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, véase CARPIO, David, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español a la luz del modelo italiano de imputación al ente”, en *Diritto Penale Contemporaneo* 2, (2018), pp. 43-69.

¹⁶ Véase *supra* nota 3.

tipo de entidad que, por carecer de personalidad jurídica, no esté comprendida en el art. 31 *bis* CP¹⁷.

A las entidades mencionadas en el art. 129 se les puede aplicar, como consecuencia accesoria, una o varias de las penas que el legislador establece para las personas jurídicas en el art. 33¹⁸. Se trata de una norma de aplicación facultativa que el juez podrá imponer en el caso de considerarlo necesario, justificarlo motivadamente en su decisión¹⁹, y sólo si se ha decidido condenar penalmente al autor por la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable²⁰, precisamente porque se trata de una medida cuya principal característica es la accesoriidad a la pena del autor²¹.

¹⁷ La diferencia hecha por el legislador entre entidades con y sin personalidad jurídica ha sido criticada por la doctrina indicando que se trata de una distinción históricamente superada y que no se corresponde con la realidad de los negocios, pues lo decisivo debería ser la existencia de un patrimonio autónomo y no la personalidad jurídica, cuestión sobre la cual no podremos profundizar en este trabajo, concentrándonos en el régimen establecido para las entidades con personalidad jurídica en el art. 31 *bis* numerales 1 al 5 del CP. Véase en este sentido BACIGALUPO, Silvina, “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 *bis* y 129 CP)”, en *Diario La Ley 7541*, Sección doctrina, (año XXXII, 5 enero 2011), pp. 1-25 (4).

¹⁸ La referencia es al apartado 7 del art. 33, que indica las penas aplicables a las personas jurídicas, señalando, además, que todas tienen el carácter de graves. Sin embargo, podrán aplicarse como medidas accesorias solo aquellas descritas en las letras c) a g) del apartado mencionado. Las penas enumeradas en el art. 33 apartado 7 son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional, b) Disolución de la persona jurídica, c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años, d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años, e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años, f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años, g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

¹⁹ Véase en este sentido DOPICO, Jacobo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., p. 164.

²⁰ DOPICO, Jacobo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., p. 164.

²¹ Para un análisis más profundo del régimen de medidas accesorias contenidas en el art. 129 del CP español, véase ESPINAR, José Zugaldía, “Las ‘consecuencias accesorias’ aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP español”, en Hurtado Pozo, José (coordinador), *El sistema de penas del nuevo Código Penal*, (Madrid, 1999), pp. 325-336. Véase también MOLINS RAICH, Marc, “Análisis de las medidas accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal. Reflexiones a la luz del principio de personalidad de las penas”, en *Revista de Ciencias Penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales* 2, Vol. 2, N° 1, (1^{er} semestre, 1999), pp. 190-203. Se puede consultar también MIR PUIG, Santiago, *Una tercera vía*, ob. cit., pp. 1-17.

Una de las modificaciones más novedosas e importantes introducida por la LO 5/2010 es la introducción de un sistema articulado de responsabilidad penal para las personas jurídicas que, a diferencia de otras legislaciones como la italiana²² o la chilena²³, se llevó a cabo mediante la incorporación de un nuevo artículo 31 *bis* al Código Penal, en lugar de dictar una ley especial para regular la materia²⁴.

El artículo 31 *bis* numeral 1) establecía un régimen de atribución de responsabilidad de “doble vía”, o “doble criterio”²⁵, que implicaba que la persona jurídica podía responder penalmente en el caso de delitos cometidos por una persona física que podía pertenecer a dos grupos diferentes de personas, y en razón de eso debían satisfacerse diferentes requisitos: a) el primer caso correspondía a los delitos cometidos por los representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica, siempre que los delitos fueran cometidos en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, y en su provecho; b) el segundo caso correspondía a los delitos cometidos por quienes se encontraran sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la letra a), siempre que hubiesen podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el “debido control”, atendidas las concretas circunstancias del caso, se tratara de delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica.

Como podemos apreciar, se habían establecido distintas reglas para imputar responsabilidad penal a las entidades, sea que la persona física que hubiera cometido el delito fuera un representante legal o administrador de hecho o de derecho, es decir, una persona en una posición superior, o que se tratara de un sujeto subordinado a la autoridad de uno de los sujetos mencionados en el inciso 1 del precepto.

Cuando la LO 5/2010 se refería a los delitos cometidos por sujetos en posiciones superiores, en opinión de la Fiscalía General del Estado, la ley recogía un

²² País que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y los entes colectivos, por un amplio catálogo de delitos contenidos en los arts. 24 al 26, entre los que se encuentran los delitos de corrupción pública y privada, la criminalidad organizada, delitos de terrorismo, mutilación de órganos genitales femeninos y delitos ambientales.

²³ Chile optó por dictar una ley penal especial, la N° 20.393 que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos específicos establecidos en el art. 1° de la propia ley, entre los cuales encontramos el cohecho a funcionario público nacional y extranjero, la receptación, y después de su última reforma, el cohecho entre particulares, y la apropiación indebida.

²⁴ De este modo, las normas sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas se ubican en el Título II del Libro I del CP, referido a las personas criminalmente responsables de los delitos y las faltas.

²⁵ Véase *supra* nota 12.

sistema de “heterorresponsabilidad” penal o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hacía responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refería²⁶.

Con respecto al segundo caso, es decir, cuando el delito fuera cometido por un sujeto en una posición subordinada, la ley exigía que se cumpliera un requisito adicional no mencionado expresamente en el primer caso, esto es, que dicho delito se hubiese podido realizar por no haberse ejercido el “debido control” sobre el autor, atendidas las concretas circunstancias del caso. La noción de “debido control” generaba una de las mayores discusiones en la doctrina nacional española, pues aun cuando no se mencionaba expresamente como causa de exclusión de responsabilidad penal para la persona jurídica, podía entenderse que, si condición de la afirmación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas era que no se hubiese ejercido el “debido control”, en el supuesto inverso podía negarse, abriendo la puerta a la consideración de las *compliance* como causa de exclusión de responsabilidad²⁷.

Sin embargo, la Fiscalía Nacional del Estado consideraba que la noción de “debido control” no dejaba espacio al concepto de defecto de organización, y que la LO 5/2010 preveía también en este segundo caso un sistema de “heterorresponsabilidad” construido sobre la base de las específicas exigencias contenidas en el precepto que, en lo esencial, obedecían a una construcción jurídica análoga a la del primer párrafo, agregando que por dicha razón no era posible considerar que se tratara de un precepto que reconocía la responsabilidad directa de la corporación o la llamada “culpabilidad” de la empresa²⁸.

Parte de la doctrina española comparte la opinión manifestada por la Fiscalía en la Circular del año 2011, afirmando que la responsabilidad que se prevé para las personas jurídicas sería una forma de responsabilidad por el hecho de otro, por un delito no cometido por ella, sino por una persona física²⁹, explicando

²⁶ La Circular N° 1/2011 fue publicada por la Fiscalía General del Estado español el 9 de marzo del año 2011, trata sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica N° 5/2010, y se encuentra disponible en el sitio web <http://www.fiscal.es>, p. 1303.

²⁷ Parte de la doctrina española, sin compartir dicha opinión, la admite como posible, véase en este sentido CUGAT, Miriam, “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *compliance*”, en *Revista Estudios penales y criminológicos XXXV* (2015), pp. 919-963 (925).

²⁸ Circular N° 1/2011, cit., pp. 1303-1304.

²⁹ Véase en este sentido el trabajo de MIR PUIG, Santiago, “Las nuevas penas para las personas jurídicas: una clase de penas sin culpabilidad”, en Mir Puig, Santiago; Corcoy, Mirentxu; Gómez, Víctor (directores), *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Programas de preven-

además que en esto el derecho español seguiría el modelo norteamericano de responsabilidad vicarial³⁰. Las particulares características del modelo español solo permitirían –de acuerdo a lo afirmado por otro destacado autor³¹– hablar de un tipo de imputación extraordinaria muy próxima a los criterios jurídicos-civiles de la *strict* y la *vicarious liability*³². Sin embargo, incluso dentro de los autores que

ción, detección y reacción penal, (Madrid, 2014), pp. 3-14 (3), para quien mediante la reforma de la LO 5/2010, el CP abandonó el principio *societas puniri non potest*, pero no así el principio según el cual las personas jurídicas no pueden cometer delitos (*societas delinquere non potest*).

³⁰ MIR PUIG, Santiago, *Las nuevas penas*, ob. cit., p. 5, donde explica que en Estados Unidos la responsabilidad vicarial se considera una forma de responsabilidad sin culpa.

³¹ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., pp. 7-36 (20-21). La razón para afirmar lo anterior es que la idea de ‘actuación en provecho’ no equivale a un título convencional de imputación subjetiva y, por lo tanto, asistiría razón a la postura que afirma que la imputación ‘normativa’ del comportamiento individual ‘como propio de grupo’ se reduce a una mera imputación objetiva, que podría ser suficiente para la imposición de consecuencias jurídico-civiles o de derecho público, pero precisamente no para la culpabilidad subjetiva y la pena. De acuerdo a lo expresado por el autor, atendida la literalidad del art. 31 *bis*, parece relativamente claro que la persona jurídica no lesiona norma alguna, no realiza hecho típico alguno y por lo tanto no constituiría ninguna regla de extensión del ámbito de lo típico. Por el contrario, se mostraría como una regla de imputación que, necesariamente, debería reputarse de imputación extraordinaria.

³² Es importante tener presente que los términos “*strict liability*” y “*vicarious liability*” no son sinónimos en el derecho anglosajón. El término “*strict liability*” se utiliza en el caso de un acusado que puede ser declarado penalmente responsable por una conducta, independientemente de su estado mental al momento de cometerla, razón por la cual se reserva generalmente para ofensas menores, que tienen asociados castigos más indulgentes, como, por ejemplo, la posesión de drogas. La mayoría de las ofensas criminales graves requieren de un estado mental específico (*specific state of mind*) por parte del acusado, usualmente relacionado con la *mens rea*, y la doctrina anglosajona distingue tres diferentes estados de *mens rea*: la intencionalidad (*intention*), la temeridad o imprudencia (*recklessness*) y la negligencia (*negligence*). Por su parte, existirá “*vicarious liability*” cuando una persona puede ser acusada y condenada por el crimen que ha cometido otra, es decir, responsabilidad por el hecho ajeno. La responsabilidad empresarial (“*Corporate liability*”) sería un caso de “*vicarious liability*” en que la empresa debe responder por un determinado hecho en el caso de considerarse que el hecho es resultado de una falta de cuidado o diligencia por parte de la entidad. Para un trabajo completo sobre las diferencias recién expuestas, puede consultarse el manual de HERRING, Jonathan, *Criminal Law*, 10ª ed., (London, 2017), pp. 81 y ss., quien explica que el término “*Strict liability*” se utiliza para referirse al tipo de imputación de responsabilidad a una persona por la comisión de un ilícito, en el que el defendido puede ser condenado sin utilizar las defensas relacionadas con los estados psicológicos (*defendant’s state of mind*), y “*vicarious liability*” se refiere a un crimen en que el defendido puede ser condenado por un acto que ha cometido alguien más. Puede consultarse, también, el trabajo de JEFFERSON, Michael, *Criminal Law*, 12ª ed., (London y New York, 2015), Capítulo 4 y 6 (pp. 122 ss., y pp. 195 ss.), quien explica que en el pasado la “*strict liability*” fue frecuentemente usada como “responsabilidad absoluta”. Sin embargo, hoy en día es común afirmar que los delitos estrictos no son absolutos. “*Absolute liability*” significa que se declarará culpable al acusado sin ningún elemento psicológico (*mental element*) y que dicho acusado no tiene ninguna defensa, a diferencia de la “*strict liability*” que sí requiere algún tipo de estado

consideran que el modelo contenido en el art. 31 *bis* es uno de responsabilidad por atribución o transferencia, hay quien reconoce que existen en la ley elementos que parecen introducir incoherencias en el sistema, produciendo la impresión de que dicho modelo se entrecruza parcialmente con el modelo de responsabilidad por el hecho propio³³, pero que, más allá de reflejar las incongruencias del sistema, no cambian el hecho de que las personas jurídicas no puedan lesionar normas jurídicas de determinación y por ello tampoco puedan ser destinatarias de juicios de reproche³⁴.

Otra parte de la doctrina, contra la opinión de la Fiscalía, se inclina por entender que el sistema previsto por el legislador español del año 2010, respondería más bien a un modelo mixto que parte de la “heterorresponsabilidad” penal empresarial (responsabilidad por el hecho ajeno), porque exige en cada una de las vías de imputación la comisión de un delito por parte de una persona física, pero que se encamina hacia la “autorresponsabilidad” penal empresarial (responsabilidad por el hecho propio)³⁵. Esta cuestión se identifica en la ley por medio de dos elementos jurídico-penales que dan cuenta de este tránsito: el pri-

mental (*type of mental state*) y todas las demás defensas generales se encuentran disponibles. Para explicar en qué consiste la “*vicarious liability*”, se indica que se trata de una excepción, pues como regla general de responsabilidad criminal, la condena debe ser el correlato de un delito personal (a diferencia de la “*vicarious liability*”). El objetivo de este tipo de responsabilidad criminal es obligar al acusado a ejercer control sobre otras personas bajo amenaza de ser penalmente sancionada por los hechos cometidos por esas “otras” personas. Un ejemplo de uso de “*vicarious liability*” es para hacer responder a las empresas por haber fallado en el ejercicio del cuidado sobre sus dependientes.

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., p. 23. Dentro de los elementos que generarían dicha confusión menciona la posibilidad de imponer responsabilidad penal a la persona jurídica, aunque la persona física que cometió el delito no haya sido individualizada, no se haya podido dirigir contra ella el procedimiento, le falta la culpabilidad o haya fallecido.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., pp. 32-35. Sin embargo, de acuerdo a lo afirmado por el autor, una vez que el legislador ha decidido introducir sanciones penales a las personas jurídicas, debe recordarse que en el marco de un derecho penal expandido conviven “dos velocidades” de delitos y sanciones. La segunda velocidad del derecho penal, más débil y flexible puede acoger una responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos cometidos por las personas físicas que las integran.

³⁵ GÓMEZ JARA, Carlos, ob. cit., p. 4. En sentido similar véase SÁNCHEZ BERNAL, Javier, ob. cit., p. 149, quien considera que se trata de un sistema que tiende a la “autorresponsabilidad” penal de la persona jurídica mientras esta aparezca supeditada a las acciones u omisiones de las personas que se detallan en el art. 31 *bis* 1 del CP. Se recomienda también consultar el trabajo de DE LA CUESTA, José Luis, ob. cit., pp. 21-24 y 32, quien también considera que aun cuando el estricto tenor literal del precepto podría sugerir un supuesto de “heterorresponsabilidad” en ambos apartados del art. 31 *bis* 1), el respeto del modelo constitucional de responsabilidad penal obliga a indagar en elementos que permitan erigir la responsabilidad de las personas jurídicas sobre su propio injusto; a tal objeto, la infracción del deber de vigilancia y prevención de la

mero es que el texto legal declara que la responsabilidad de la persona jurídica es legalmente autónoma³⁶, y el segundo es que el legislador ha decidido imponer penas graves a las personas jurídicas, y el CP español afirma taxativamente que “no hay pena sin dolo o imprudencia”³⁷, volviéndose fundamental consignar una “culpabilidad” propia de la persona jurídica³⁸.

La autonomía mencionada se puede apreciar en la regla contenida en el art. 31 *bis* 2, en razón de la que se podría imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella; y de la regla contenida en el art. 31 *bis* 3 según la cual no se aplicarán a las personas jurídicas las circunstancias que afecten a la “culpabilidad” del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia.

Por su parte, la “culpabilidad” propia de la empresa se encontraría reflejada en el texto legal español al considerar como causa expresa de atenuación de responsabilidad la de “haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”³⁹, tratándose en consecuencia de medidas adoptadas después de la comisión del delito. *A contrario sensu*, si dichas medidas se adoptan con anterioridad a la comisión del delito, deberían considerarse una causa de exclusión de la responsabilidad de la entidad por no haber sido culpable⁴⁰.

Podemos encontrar otro sector de la doctrina que considera que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurado en España por medio de la LO 5/2010, aun cuando el tenor literal del precepto comentado

comisión de delitos, en cuanto reflejo del defecto de organización, se presenta como un criterio especialmente útil para fundamentar esta responsabilidad.

³⁶ GÓMEZ JARA, Carlos, ob. cit., p. 7, quien explica que la autonomía se encontraría determinada porque las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad de las personas físicas, no excluirán ni modificarán la de las personas jurídicas (art. 31 *bis* 3). Más aún, podrá decretarse la responsabilidad penal de la persona jurídica “aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella” (art. 31 *bis* 2).

³⁷ GÓMEZ JARA, Carlos, ob. cit., p. 7. El autor se refiere a la lectura conjunta del art. 33 del CP español 2010, que indica las penas aplicables a las personas jurídicas, señalando además que todas tienen la consideración de graves, en conjunto con el art. 5 del mismo Código, que indica que no hay pena sin dolo o imprudencia. El catálogo completo de las penas en *supra* nota 18.

³⁸ GÓMEZ JARA, Carlos, ob. cit., p. 7.

³⁹ Norma que se encontraba contenida en el art. 31 *bis*, 4 letra d.

⁴⁰ En este sentido véase GÓMEZ JARA, Carlos, ob. cit., p. 11.

parecía sugerir que el legislador solo habría vinculado la segunda forma de atribución de autoría a la existencia de un déficit de organización o de infracción del debido deber de cuidado⁴¹, había sido siempre responsabilidad por el hecho propio o “autorresponsabilidad”, pues la existencia de un déficit o defecto de organización constituía –en cada caso– el presupuesto de punibilidad de las personas jurídicas⁴², sin importar que el delito que operara como hecho de conexión hubiese sido cometido por un sujeto en una posición superior o en una posición subordinada, pues solo de este modo se respetarían los principios de personalidad y culpabilidad en el juicio de atribución de responsabilidad penal a una persona jurídica.

La razón para entender ambas vías de imputación como casos de “culpabilidad propia” de la empresa, es decir, para entender que el art. 31 *bis* 1 del CP español del año 2010 solo consagra un modelo de imputación basado en la responsabilidad propia, aun cuando el tenor literal del artículo pudiera sugerir que se trataba de “heterorresponsabilidad”, responde a una interpretación sistemática de la norma⁴³.

De acuerdo a la doctrina española que defiende esta postura, en el caso de los delitos cometidos por sujetos en posiciones subordinadas, una interpretación conforme al modelo de “autorresponsabilidad” nos debería llevar a entender que cuando la norma habla de “debido control” no se refiere al control de un concreto administrador sobre un subordinado, sino a la implementación por parte de la empresa de medidas destinadas a prevenir la comisión de delitos⁴⁴. El principal elemento para considerar que “debido control” se refiere al establecimiento de programas de cumplimiento, y no a una vigilancia individual, es la atenuante de responsabilidad para las personas jurídicas, de acuerdo a la cual se atribuye valor al establecimiento, después de la comisión del delito, pero antes del juicio oral, de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos en el futuro⁴⁵, lo que permite afirmar que para hacer responsable a la persona jurídica se necesitaba

⁴¹ BACIGALUPO, Silvina, *ob. cit.*, p. 6.

⁴² BACIGALUPO, Silvina, *ob. cit.*, p. 6.

⁴³ NIETO MARÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*, *ob. cit.*, p. 58.

⁴⁴ NIETO MARÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*, *ob. cit.*, p. 59.

⁴⁵ NIETO MARÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*, *ob. cit.*, p. 60. El autor agrega que existiría una importante razón de política criminal para considerar que el “debido control” debe ser entendido como medidas de prevención y no como vigilancia personal, al explicar que en el caso de entender que debe haber una vigilancia personal, será mucho más fácil realizar el reproche en contra de las pequeñas empresas, pero no en el caso de las grandes empresas, cuestión que resultaría desastrosa.

demostrar que carecía de dichas medidas de organización, antes de la comisión del hecho.

Además, como ya hemos explicado anteriormente, la ley distinguía entre la responsabilidad de la persona física y la responsabilidad de la persona jurídica, imponiendo una sanción diferente a cada una de ellas, e indicando que las circunstancias que afecten la culpabilidad o agraven la responsabilidad del autor no serán relevantes para la persona jurídica⁴⁶.

Ahora bien, la interpretación del modelo de responsabilidad como uno de “autorresponsabilidad”, incluso en el caso de los delitos cometidos por sujetos en posiciones superiores de la empresa, surge de una lectura amplia de la atenuante. Si tenemos presente que el legislador al regularla no distinguió entre delitos cometidos por superiores y delitos cometidos por subordinados, podemos concluir que dicha atenuante resultaba aplicable a ambos casos, aun cuando en el primero no se hablara de ausencia de “debido control” como supuesto que configuraba la responsabilidad, pudiendo afirmar que los sistemas de prevención y detección de hechos delictivos eran relevantes en las dos hipótesis, ya que en ambas se estaba pensando en una “culpabilidad” propia de la organización⁴⁷.

Esta última interpretación es la que nos parece, a la luz de los principios fundantes del derecho penal, en especial del principio de “personalidad” de la responsabilidad penal y, en consecuencia, del principio de “culpabilidad”, más acorde con una interpretación sistemática del art. 31 *bis* del CP español, tal como ha sido posteriormente reconocido por el legislador del año 2015.

3. LAS PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA N° 1/2015

Las diversas dificultades interpretativas y la falta de acuerdo respecto del rol que tendría, en el juicio de imputabilidad de responsabilidad a una persona jurídica, las medidas de control destinadas a prevenir el delito, sumado a la escasa claridad respecto del contenido de dichas medidas⁴⁸, llevaron al legislador

⁴⁶ NIETO MARÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*, ob. cit., p. 60.

⁴⁷ Véase en este sentido el trabajo de NIETO MARÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*, ob. cit., pp. 50 ss.

⁴⁸ En doctrina explicando las razones que dificultaban la aplicación práctica de la reforma del año 2010, tanto desde el punto de vista procesal como sustancial, véase VALLEJO, Manuel Jaén, “La persona jurídica y su responsabilidad penal: modelo de imputación basado en defecto de organización”, en *Boletines Jurídicos de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria* 23, (abril 2018), pp. 1-18. El autor explica que las lagunas de índole procesal se intentaron cubrir a través de la Ley N° 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que introdujo las necesarias modificaciones en la ley de enjuiciamiento criminal relativas a las implicaciones pro-

español a reformar de manera, prácticamente íntegra, el art. 31 *bis*⁴⁹ del CP con el objetivo de poner fin a dichas dudas y delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”.

Así, la primera modificación importante ha sido reemplazar la noción de “debido control” por “deberes de supervisión, vigilancia y control”, conservando las dos vías de imputación, pero modificando los sujetos en cada una de ellas, y la segunda, consiste en haber creado una eximente para las empresas que adopten los llamados “*compliance programs*” destinados a evitar el delito corporativo⁵⁰, que a su vez debe satisfacer diferentes requisitos si quien comete el delito es un sujeto en una posición superior (art. 31 *bis* 2), o un sujeto en una posición subordinada (art. 31 *bis* 4).

En particular, luego de la reforma del 2015 se mantiene, en líneas generales, la misma estructura de “doble vía”, pero con algunas modificaciones importantes:

a) Sujetos que pueden cometer un delito. La primera modificación dice relación con quienes pueden actuar cometiendo delitos para que se atribuya responsabilidad a la persona jurídica. Antes de la reforma los sujetos superiores que podían actuar eran los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho, pero después de la reforma quienes pueden actuar son los representantes legales o aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, cuestión que de reflejo, inevitablemente, modifica también el círculo de sujetos contenidos en la segunda hipótesis de responsabilidad, es decir, los subordinados sometidos a la autoridad de un sujeto en posición superior⁵¹.

cesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En lo que dice relación con las lagunas desde el punto de vista sustantivo, indica que son las lagunas que se intentaron cubrir con la Ley Orgánica N° 1/2015 que introdujo una mejora técnica en la regulación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, delimitando con detalle el concepto de “debido control”, cuyo quebrantamiento puede basar la responsabilidad penal, pero cuyo cumplimiento, a su vez, puede permitir excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica, a diferencia de lo que ocurría en la anterior redacción, en la que tal circunstancia solo operaba incomprensiblemente como circunstancia atenuante.

⁴⁹ Se trata de la Ley Orgánica N° 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica N° 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁰ Así lo explica la autora CUGAT, Miriam, ob. cit., p. 921, quien además centra su análisis de la reforma en la aparente supresión de los administradores de hecho del círculo de sujetos que pueden generar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁵¹ Para un estudio sobre las consecuencias que podría generar la supresión de los administradores de hecho, véase CUGAT, Miriam, ob. cit., pp. 950 ss.

b) El provecho. Antes de la reforma quien actuaba –fuera un sujeto en una posición superior o un sujeto en una posición subordinada– debía hacerlo en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho (caso del superior), o bien en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y provecho de la persona jurídica (caso del subordinado). Pues bien, la expresión provecho fue reemplazada por la noción de “beneficio directo o indirecto”, precisamente porque la noción de provecho había generado algunos problemas al no quedar claro si constituía propiamente un elemento subjetivo del injusto o un elemento objetivo.

La Fiscalía, en su nueva Circular del año 2016⁵², explica que la nueva expresión legal “en beneficio directo o indirecto” mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida “en provecho”, como acción tendente a conseguir una ventaja, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad⁵³.

Sin embargo, parte de la doctrina considera que esta nueva expresión no resulta correcta y determinar qué es un beneficio indirecto va a dar casi tanto o más problemas que la antigua expresión⁵⁴. Otra parte de la doctrina nacional española considera que se trata de un elemento subjetivo específico que debe concurrir en la conducta típica de la persona física, quien debe cometer el delito a sabiendas de que es un modo idóneo de lograr un provecho para la entidad, razón por la cual no es relevante que dicho provecho se llegue a producir⁵⁵.

Creemos que esta última postura refleja de mejor manera la necesidad de que la conducta debe ser evaluada *ex ante*, aun cuando nos parece que resultaría más adecuado hablar de interés, en lugar de provecho o beneficio, pues dicha expresión da cuenta más apropiadamente de una conducta que es observada *ex ante*, a diferencia de los términos ventaja, beneficio o provecho, que podrían sugerir una evaluación del hecho *ex post*⁵⁶.

⁵² La Circular N° 1/2016 fue publicada por la Fiscalía General del Estado español el 22 de enero del año 2016, trata sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica N° 1/2015, y se encuentra disponible en el sitio web <http://www.fiscal.es>.

⁵³ Circular N° 1/2016, cit., pp. 17-18.

⁵⁴ NIETO MARÍN, Adán, *El artículo 31 bis del Código Penal*, p. 2. Además, no resuelve uno de los principales problemas que planteaba la anterior regulación, es decir, cómo se va a imputar a la persona jurídica en el caso de delitos imprudentes.

⁵⁵ DOPICO, Jacobo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., pp. 139-140.

⁵⁶ En la doctrina italiana se explica claramente la diferencia entre ventaja, “*vantaggio*”, e interés, “*interesse*”, considerando que el verdadero criterio de atribución de la responsabilidad a

c) Debido control. Antes de la reforma, los sujetos en posición subordinada debían haber cometido el delito porque no se había ejercido sobre ellos el debido control. Luego de la reforma del año 2015, la comisión del delito debe ser posible por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control, atendidas las concretas circunstancias del caso, es decir, no basta el mero incumplimiento, debe tratarse de un incumplimiento grave, y ya no se habla de debido control, sino de los deberes de supervisión, vigilancia y control, cambio que resulta fundamental y merece un análisis más profundo que realizaremos en los próximos párrafos.

4. LA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL A FAVOR DE LA PERSONA JURÍDICA POR LA ADOPCIÓN Y EJECUCIÓN EFICAZ DE UN MODELO DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN ADECUADO EN LA PREVENCIÓN DE DELITOS

Aunque la LO 5/2010, a diferencia de la LO 1/2015, no mencionaba los *compliance programs*, parte de la doctrina nacional consideraba que la noción de “debido control”⁵⁷ daba lugar a la implementación de programas de cumplimiento para evitar la sanción penal de las personas jurídicas.

La duda interpretativa ha sido superada a partir de la nueva formulación del art. 31 *bis* del CP español, que luego de la reforma introducida por medio de la LO 1/2015, ha claramente incorporado una eximente de responsabilidad a favor de la persona jurídica, indicando que si el delito ha sido cometido sea por un sujeto en una posición subordinada, o por un sujeto en una posición superior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Sin embargo, en el caso que el delito haya sido cometido por un sujeto en una posición superior, la persona jurídica que desee resultar beneficiada con la eximente tendrá que cumplir, además, con las siguientes condiciones:

las entidades debería ser la conducta cometida en interés de la persona jurídica, pues la ventaja supone analizar el delito *ex post*, por sus consecuencias. Véase en este sentido FIORELLA, Antonio, *Le strutture del diritto penale*, ob. cit., pp. 655 ss.

⁵⁷ Concepto que se mencionaba en el art. 31 *bis* 1, apartado segundo, antes de la reforma del año 2015, al referirse a la hipótesis de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el delito hubiese sido cometido por un sujeto en una posición subordinada. En doctrina, defendía esta postura, por ejemplo, NIETO MARÍN, Adán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en Serrano Piedecabras, José Ramón; Demetrio Crespo, Eduardo (coordinadores), *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, (Madrid, 2008), pp. 125-159 (144) ss.

1) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado debe haber sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

2) los autores individuales deben haber cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención;

3) no se debe haber producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano encargado de la vigilancia.

Es comprensible que el estándar que utiliza la ley para eximir de responsabilidad en uno y otro caso sea diferente, pues cuando el delito lo comete un alto directivo, el modelo es menos creíble⁵⁸, y por lo tanto tiene sentido comprobar *ex post* no solo la eficacia del modelo, sino también la elusión fraudulenta y la ausencia de omisión de control por parte del encargado de vigilancia, a diferencia del caso en que actúe un subordinado, ocasión en la que resulta razonable exigirle menos a la entidad⁵⁹.

En ambos casos el legislador español agrega que en caso de ser posible solo una acreditación parcial⁶⁰, la circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena, es decir, se reconoce a favor de las personas jurídicas la eximente incompleta, regulada en la parte general del Código Penal español⁶¹, y que otorga

⁵⁸ NIETO MARÍN, Adán, *El artículo 31 bis del Código Penal*, ob. cit., p. 4.

⁵⁹ NIETO MARÍN, Adán, *El artículo 31 bis del Código Penal*, ob. cit., p. 4.

⁶⁰ Una parte de la doctrina española considera que la redacción de la atenuante es defectuosa, pues la idea de “acreditación parcial” es incorrecta, indicando que lo que probablemente pretendía decir el legislador es que, si la *diligencia* en la prevención de delitos no ha sido plena sino parcial, ello no podrá determinar una exención de plena sino únicamente una atenuación. Véase en este sentido DOPICO, Jacobo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., p. 160.

⁶¹ La eximente incompleta de aplicación general se encuentra regulada en el art. 21 circunstancia 1ª del Código Penal español, en razón del cual, se considerarán como atenuante las causas expresadas en el art. 20 del Código Penal, cuando no concurren todos los requisitos para que se exima la responsabilidad. Por su parte el art. 68 del Código Penal español establece entre las reglas para la aplicación de la pena, que en el caso de la circunstancia primera del artículo 21, es decir, de la eximente incompleta, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren.

El nombre eximente incompleta ha sido utilizado por la doctrina y la jurisprudencia para referirse a esta atenuante de responsabilidad, así, por ejemplo: ROPERO, Julia; ZAMORANO, Pilar, “Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal”, en *Studia Carande* 5, (2000), pp. 115-139; SOTO NIETO, Francisco, “Determinación de la pena en supuesto de concurrencia

valor de atenuante a las circunstancias eximentes de responsabilidad cuando no concurran todos los requisitos para su configuración.

La eximente incompleta del art. 21 circunstancia primera del CP español, aun cuando se encuentre incorporada en el catálogo de las atenuantes comunes, tiene un tratamiento diferenciado desde el punto de vista de la sanción, pues el art. 68 CP establece que jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley⁶², atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran⁶³, es decir, se trata de una atenuante, pero que tiene un efecto extraordinario desde el punto de vista de la rebaja de la pena, razón por la cual resulta pertinente preguntarnos ¿qué ocurre en el caso de la eximente incompleta reconocida a favor de las personas jurídicas en ausencia de una norma específica como la del art. 68 CP?

Las reglas de aplicación de las penas a favor de la persona jurídica se encuentran en el art. 66 *bis* del CP español, y dicha norma hace expresamente aplicable a las personas jurídicas determinadas reglas de determinación de la pena contenidas en el art. 66⁶⁴, pero nada dice sobre la posible utilización al caso de otras normas sobre determinación de la pena, dejando abierta la pregunta acerca de si resultará o no aplicable la norma del art. 68 como analogía *in bonam*

de una eximente incompleta”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 5, (1999), pp. 1939-1940. Del mismo modo, antes del Código español de 1995, se hablaba de eximente incompleta para referirse a la circunstancia primera del art. 9 del Código español de 1973, que contenía la misma regla que hoy se encuentra en el art. 21 circunstancia 1ª del CP 1995, y por su parte el art. 66 contenía la norma que hoy se encuentra en el art. 68, razón por la cual las reflexiones respecto de la norma anterior, valen también para la norma actual, véase en este sentido los trabajos de: VALLE MUÑOZ, José Manuel, “Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal Español”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 45, Fasc./Mes 2, (1992), pp. 561-612; y PADILLA ALBA, Herminio Ramón, “Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena”, en GONZÁLEZ RUS, Juan José (coordinador), *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, (Córdoba, 1996), pp. 559-578.

⁶² De acuerdo a lo establecido en el art. 68 del Código Penal español, en los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran.

⁶³ El mencionado art. 68 agrega que, además, deben tomarse en consideración las circunstancias personales del autor del delito, sin perjuicio de lo establecido en el art. 66 del mismo Código, que contiene las reglas de aplicación de la pena para los delitos dolosos, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes.

⁶⁴ De acuerdo a lo establecido en el art. 66 bis, en la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66, así como a las reglas establecidas en el propio artículo de referencia.

partem, o si bien, el juez deberá utilizar solamente las normas de determinación mencionadas en el art. 66 *bis* y reconocer a la eximente incompleta a favor de las personas jurídicas un efecto de atenuante tal como cualquier otra, privándola del efecto extraordinario de rebaja de la sanción.

5. LA “CULPABILIDAD” DE LA PERSONA JURÍDICA POR EL “DEFECTO DE ORGANIZACIÓN”

Teniendo presente lo afirmado precedentemente, es importante preguntarnos ahora si el modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica después de la reforma del año 2015 ha mantenido una línea de continuidad con el sistema precedente o si, por el contrario, ha generado un quiebre respecto de la regulación anterior.

Contra la idea que parece sugerir el preámbulo de la ley, la Fiscalía General en su Circular N° 1/2016⁶⁵ insiste en que, pese a los significativos cambios estructurales de la reforma, el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no habría cambiado sustancialmente, y que en los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 *bis* del Código Penal, se establecería –aún después de la reforma– un mecanismo normativo de atribución de responsabilidad “por transferencia o de tipo vicarial”⁶⁶, pues en opinión de la Fiscalía, la ley no dice que las personas jurídicas cometen delitos, sino que serán penalmente responsables de los delitos cometido por personas físicas⁶⁷.

Ahora bien, en opinión de la misma Fiscalía existen en la norma importantes elementos que atribuirían una indudable autonomía a la responsabilidad de la empresa, aun cuando no cimentan un sistema de responsabilidad propio. Dichas circunstancias son, por ejemplo: (a) la responsabilidad penal de la persona jurídica no se excluye si no es posible identificar al autor del delito, o resulta imposible dirigir el procedimiento en su contra⁶⁸, (b) la afirmación de que las agravantes y atenuantes relativas a la culpabilidad de la persona física no son

⁶⁵ Circular N° 1/2016, cit., pp. 1 ss.

⁶⁶ Circular N° 1/2016, cit., p. 2. Adicionalmente la propia Fiscalía, al explicar las diferencias entre los dos principales modelos de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, utiliza como sinónimos para hablar de “heterorresponsabilidad”, las siguientes expresiones: responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación (p. 5).

⁶⁷ Circular N° 1/2016, cit., p. 6.

⁶⁸ Regla contenida en el art. 31 *ter* numeral 1, y que con anterioridad a la reforma se encontraba en el art. 31 *bis* 2.

trasladables a la persona jurídica⁶⁹, y (c) el valor eximente otorgado a los programas de organización⁷⁰.

Dichos programas, en opinión de la Fiscalía española, matizarían el modelo de responsabilidad vicarial diseñado, desterrando cualquier atisbo de responsabilidad objetiva, pero sin reconocer un sistema de “autorresponsabilidad” de la persona jurídica, pues para eso debería exigirse dolo o culpa por parte de la persona jurídica, cuestión que para la Fiscalía no sucedería de acuerdo a los parámetros de la ley porque el modelo implementado permanecería encadenado al incumplimiento de los deberes de control por parte de las personas físicas, y no por parte de la propia persona jurídica⁷¹.

La Fiscalía llega a la conclusión anterior porque entiende la utilización del legislador de la expresión “incumplimiento por parte de aquéllos de los deberes de supervisión, vigilancia y control”, como una referencia directa a las personas enumeradas en la letra a) del art. 31 *bis*, y no como una referencia a la persona jurídica. Con esto, se zanjaría en opinión de la Fiscalía de manera definitiva la discusión que se había planteado a propósito de la noción de “debido control”, al considerar que en el caso anterior podría haber existido una duda sobre quien debía ejercerlo, pero la introducción de la palabra “aquéllos” solo puede leerse como referida a personas particulares, y no a la persona jurídica.

Parte de la doctrina nacional, en una lectura de la reforma cercana a la opinión de la Fiscalía, ha manifestado que la reforma no solo no lograría distanciarse del modelo vicarial, sino que no disiparía las dudas que giran en torno a la posible eficacia eximente de los *compliance*, pues el reconocimiento del carácter eximente del programa de cumplimiento pasa por la valoración de su idoneidad o adecuación, cuestión que difícilmente podría suceder ante un delito doloso, especialmente cuando se cuenta con el apoyo o beneplácito de la cúpula empresarial⁷².

⁶⁹ Art. 31 *ter* 2, que corresponde a la norma que antes se encontraba en el art. 31 *bis* 3.

⁷⁰ Para ver cuáles son las otras razones que llevan a la Fiscalía a afirmar que hay elementos que matizan el sistema de “heterorresponsabilidad”, aun cuando no permiten cimentar un sistema de imputación propio, Circular N° 1/2016, cit., pp. 8-9.

⁷¹ Véase Circular N° 1/2016, cit., pp. 7-8.

⁷² CUGAT, Miriam, ob. cit., pp. 941 ss. La autora explica que, si la eficacia de las *compliance* es condición de su carácter eximente, quedará ostensiblemente debilitada ante los delitos dolosos, para cuya contención difícilmente podrá afirmarse que el modelo sea idóneo (ap. 2 del art. 31 *bis* CP) o adecuado (ap. 4 del art. 31 *bis* CP). Agregando que las *compliance* solo pueden aspirar a desplegar verdadera eficacia preventiva frente a los delitos imprudentes, pues ante los delitos dolosos es imposible imaginar no ya un modelo absolutamente eficaz, sino incluso uno que lo sea solo “significativamente”, pues ante la determinación de cometer un delito no hay modelo preventivo capaz de impedirlo.

Sin embargo, del mismo modo como nos parece que la opinión de la Fiscalía sobre la ley antes de la reforma del año 2015 resultaba incompatible con una interpretación sistemática de la norma, ahora consideramos que insistir en una lectura del modelo español como vicarial —aun después que la reforma reconoce expresamente valor eximente al comportamiento de la entidad en orden a prevenir la comisión de delitos en su esfera— carece de sistematicidad, y no guarda relación con lo manifestado por el propio legislador en el preámbulo de la ley, al declarar expresamente que con la reforma “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”⁷³.

Ahora bien, tomar distancia de la opinión manifestada por la Fiscalía en la Circular N° 1/2016 no implica necesariamente reconocer que la ley contenga un régimen de responsabilidad por el hecho propio puro. De este modo, todavía después de la reforma del año 2015, existen autores que defienden una postura que podríamos bautizar como “tercera vía interpretativa”, según la cual no se trataría de “heterorresponsabilidad”, ni de “autorresponsabilidad”, sino más bien de un caso de “corresponsabilidad”, ya que no se podría hablar en puridad de responsabilidad exclusiva y excluyente de la persona jurídica, sino “acumulativa”, porque la responsabilidad de la persona jurídica sí es propia, autónoma e independiente, pero se construye en relación con el delito de una persona física, y no por dicho delito⁷⁴.

⁷³ Véase preámbulo de la ley, *supra* nota 6. En doctrina, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Réplica a Javier Cigüela*. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado N° 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, en *In Dret, Revista para el análisis del derecho* 2 (2016), p. 4, quien aun reconociendo el valor relativo del preámbulo, pero destacando que la reforma obedece a la voluntad expresa de excluir que el modelo español se corresponda con un “régimen de responsabilidad vicarial”. Véase en doctrina también como una postura crítica a la interpretación de la Fiscalía, FOURNEY GONZÁLEZ, Matilde, “Compliance Penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la Circular N° 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 43, (2016), pp. 60-75 (62-63), quien para refutar la interpretación de la Fiscalía basada en una lectura estricta del art. 31 *bis* 1 que siempre se refiere a hechos de personas físicas, explica que en su opinión la persona jurídica es una ficción que debe ser llevada hasta sus últimas consecuencias, afirmando que en definitiva el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica basado en un defecto de organización, conceptualizado ficticiamente como hecho propio de la sociedad, permite trasladarle en la medida de lo posible los principios de responsabilidad por el hecho propio y de personalidad de la pena.

⁷⁴ Se trata de la crítica formulada por el autor FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *ob. cit.*, pp. 2 s. Otro autor que plantea en la doctrina española una lectura alternativa de la norma que no encaja ni en un modelo puro de “heterorresponsabilidad”, ni en un modelo de “autorresponsabilidad” es CIGÜELA SOLA, Javier, El desarrollo completo de su tesis puede consultarse en el libro: *La culpabilidad colectiva en el derecho penal*. Crítica y propuesta de una responsabilidad estruc-

Existe, por otra parte, un amplio sector de la doctrina que considera en cambio que la reforma del año 2015 confirma la idea de que la “culpabilidad” de las personas jurídicas está basada en una “culpabilidad por defecto de organización”, excluyéndose la responsabilidad, entre otros supuestos, cuando *ex ante* la persona jurídica disponga de un adecuado modelo de organización y gestión⁷⁵, sea que quien cometa el delito se encuentre en una posición superior o en una posición subordinada. Podemos llegar a la conclusión anterior porque el fallo organizativo se encuentra presente en ambas vías de imputación, aunque el rol que cumple en cada una de ellas es distinto⁷⁶: en la segunda vía (delito del subordinado) el incumplimiento de los deberes de supervisión aparece como presupuesto de responsabilidad, en cambio en la primera vía (delito del superior) el incumplimiento no se prevé como presupuesto de responsabilidad, pero la persona jurídica podrá eximirse en el caso de haber adoptado controles que cumplan con los requisitos establecidos en la ley⁷⁷.

Esta interpretación del modelo español parece ser defendida, además, por el Tribunal Supremo, quien no solo ha afirmado que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas debe basarse necesariamente en los principios irrenunciables que informan el derecho penal⁷⁸, sino que el sistema penal de la persona jurídica funciona sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización, como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten

tural de la empresa, (Madrid, 2015). Del mismo modo, puede consultarse el texto: “El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica”, en *In Dret 1*, (2016), en el que el autor explica que no puede afirmarse la culpabilidad de la organización, cuestión que no implica que esta no pueda responder en otro sentido. La tesis del autor presupone, en sus palabras, la idea de una responsabilidad sin culpabilidad. No se trataría de una “responsabilidad subjetiva”, pues no estamos ante un “sujeto penal” en sentido estricto, pero tampoco de una “responsabilidad objetiva pura”, pues el fundamento de la sanción no es el delito individual sino la influencia que haya tenido la organización en el mismo, lo que bautiza como responsabilidad *estructural* (en oposición a personal).

⁷⁵ VALLEJO, Manuel Jaén, ob. cit., p. 5, quien explica que un programa de *compliance* permite demostrar que en el seno de la organización de la persona jurídica se ha cumplido con el debido control exigido para la evitación de riesgos penales, por lo que en tal caso ni hay infracción de deber, ni defecto de organización de la persona jurídica que permita basar su responsabilidad.

⁷⁶ DOPICO, Jacobo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., p. 139.

⁷⁷ Para una explicación más detallada acerca del distinto rol que juega el defecto de organización en cada una de las dos vías de imputación, véase DOPICO, Jacobo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., pp. 140 ss.

⁷⁸ STS n. 514/2015, de 2 de septiembre de 2015.

evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas⁷⁹, reconociendo no sólo la naturaleza penal de la responsabilidad de las personas jurídicas, sino además la existencia de un modelo de “autorresponsabilidad”⁸⁰.

Más recientemente el Tribunal Supremo ha reiterado la idea de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un caso de “autorresponsabilidad”,

⁷⁹ Véase en este sentido sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 154/2016, dictada el 29 de febrero, resolviendo un Recurso de Casación. Se puede consultar también el fallo 221/2016 del Tribunal Supremo, de fecha 16 de marzo, en la que se utiliza el concepto de delito corporativo, es decir, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a la persona jurídica; del mismo modo el fallo 516/2016, dictado por el Tribunal Supremo el 13 de junio, al enmendar un anterior error de redacción destaca que el legislador impuso un régimen de “autorresponsabilidad”; por último véase el fallo 668/2017, emitido por el Tribunal Supremo el 11 de octubre, que reitera que la responsabilidad de la persona jurídica es responsabilidad por el hecho propio. Para un comentario de estos y otros fallos recientemente emitidos, véase en doctrina Vallejo, Manuel Jaén, ob. cit., pp. 11-16. Para un comentario particular de los fallos 154/2016 y 221/2016, véase DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las sts núms. 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular N° 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia* 77, (enero-abril 2016), pp. 5-26. Crítico a la interpretación hecha por la jurisprudencia por considerar que el delito corporativo en términos de defecto organizativo constituiría una extrapolación jurisprudencial *contra legem*, AYALA GONZÁLEZ, Alejandro, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en altas esferas”, en *In Dret* 1, (2019).

⁸⁰ Para un análisis exhaustivo de la sentencia ya citada 154/2016 de 29 de febrero, se recomienda ver GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero”, ponente José Manuel Maza Martín, en *Diario La Ley* 8747, Sección Doctrina, (22 de abril de 2016), pp. 1-23, quien destaca como mérito de la sentencia no solo la asunción de la existencia de responsabilidad penal de la persona jurídica misma, sino la aceptación de un modelo de “autorresponsabilidad”, y por fin, la delimitación de personas jurídicas imputables e imputables. Sin embargo, el autor se concentra en analizar las diferencias que existirían entre ausencia de medidas de control de quienes operan en el seno de la persona jurídica, y la ausencia de una cultura de respeto al derecho, ambos conceptos utilizados por el Tribunal Supremo para explicar la tipicidad del delito de la persona jurídica, cuestión que podría implicar que ha construido dos conceptos diversos de tipicidad, o que equipara ausencia de debido control con ausencia de una cultura de respeto al ordenamiento jurídico, opción, esta segunda, que parece ser la más adecuada, aun afirmando que puede existir debido control y no cultura de respeto y a la inversa que no haya debido control y sí cultura de respeto (afirmando todavía que una tercera lectura posible sería entender que la “cuestión cultural” tendría relevancia para efectos de la culpabilidad). Ahora bien, en opinión del autor, uno de los grandes problemas del fallo comentado es que deja por completo en el aire la cuestión de la culpabilidad, a favor de la cual se ha manifestado, entendiéndola como defecto de organización, conforme a la conocida construcción de Tiedemann. Para entender mejor el concepto de “culpabilidad” como “defecto de organización” se puede consultar el artículo del mismo autor, La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento, en *Revista de Administración Pública* 203, (2017), pp. 57-88 (en especial pp. 67-72).

al afirmar que la sanción penal de la persona jurídica tiene su fundamento en la responsabilidad de la propia empresa por un defecto estructural en los mecanismos de prevención frente a sus administradores y empleados en los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica⁸¹.

En conclusión, si en nuestra opinión la ley española establecía un sistema de responsabilidad de la persona jurídica por el hecho propio, ya bajo la legislación vigente el año 2010, luego de la reforma del año 2015 creemos con mayor razón que el art. 31 *bis* del CP español contiene un sistema de disciplina de responsabilidad penal de las personas jurídicas construido sobre el modelo de responsabilidad por el hecho propio, esto es, por un verdadero “defecto de organización” que le pertenezca al ente, tanto en el caso que el delito sea cometido por un sujeto en una posición superior, como si fuera cometido por un sujeto en una posición subordinada.

Una reconstrucción sistemática del ilícito de la persona jurídica por la comisión de delitos requiere que el hecho constitutivo del mismo por parte de la persona jurídica sea objetivamente determinado a través de la “laguna organizativa”, la que debe a su vez, ser también subjetivamente reprochable a la misma persona jurídica, al fin de configurar el “reproche de culpabilidad” en contra de la entidad (“culpabilidad de la persona jurídica”). Resulta, entonces, necesario verificar que, cuando la persona jurídica haya adoptado las cautelas preventivas por medio del mismo modelo organizativo, debería ser representable y, por lo tanto, previsible que de la propia conducta organizativa podría derivar la comisión de un delito de parte de un exponente de la entidad, y que en el caso concreto se podía exigir un comportamiento diverso de parte de la entidad, siempre con el objetivo de verificar el “reproche subjetivo de culpabilidad” en contra de la persona jurídica⁸². Todavía con el fin de perfeccionar el “reproche subjetivo”, es importante tener presente que si quien cometió el delito fuera un sujeto en una posición superior, la persona jurídica responderá del hecho constitutivo de delito cuando el superior haya cometido el delito sin la necesidad de eludir fraudulentamente el modelo “de fachada”, siempre y cuando dicho modelo contara con un órgano encargado de vigilar el funcionamiento y cumplimiento

⁸¹ Sentencia Tribunal Supremo español 1470 del 2019. En la misma sentencia, citándose a sí mismo, el Tribunal hace referencia a la STS 221/2016, indicando que en dicho fallo se ha pronunciado en el mismo sentido, afirmando además que a partir de la Ley Orgánica N° 1/2015, la responsabilidad penal de la persona jurídica se justifica en el principio de “autorresponsabilidad”.

⁸² Este tema se ha planteado y profundizado especialmente en la doctrina italiana, véase FIORELLA, Antonio, *Le strutture del diritto penale*, ob. cit., pp. 656 ss.; VALENZANO, Anna Salvina, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, (Napoli, 2019), pp. 179 ss.

del mismo y quien, además, no debe haber omitido o ejercido insuficientemente sus funciones.

Entonces, por el hecho de verificarse todas estas condiciones, se perfecciona el “elemento subjetivo” del ilícito de la persona jurídica por la comisión de delitos (por parte de un sujeto en una posición superior). Sin embargo, resulta esencial preguntarnos en un modo más profundo el rol que se ha otorgado, en el sistema de atribución de responsabilidad penal, a la persona jurídica, al órgano que debe supervisar el funcionamiento y cumplimiento del modelo, a quien llamaremos “órgano de supervisión”⁸³, no obstante la legislación española no adopte un término particular para referirse a él, y la Fiscalía General utilice el concepto de “oficial de cumplimiento”⁸⁴.

6. EL “ÓRGANO DE SUPERVISIÓN” EN LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE IMPUTACIÓN DE “DOBLE VÍA”

De acuerdo a lo establecido en la ley española, la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención implementado debe ser confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, es decir, aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, dichas tareas podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

De cuanto precede, puede extraerse que resultan posibles tres soluciones: la creación de un órgano de supervisión *ad hoc*, la posibilidad de encomendar la tarea a otro órgano que con anterioridad ya desempeñara funciones de control

⁸³ Véase *supra* nota 5.

⁸⁴ La doctrina critica la utilización de este concepto por la Fiscalía, indicando que lo hace sin entender ni la razón de este ni el origen de aquel, véase en este sentido NIETO MARÍN, Adán, Urgente: dos órganos de cumplimiento en las empresas, en <https://almacenederecho.org/urgente-dos-organos-cumplimiento-las-empresas/>, (3 junio del 2016). Otra parte de la doctrina sugiere que un concepto más exacto sería: “técnicos en prevención de riesgos penales”, en este sentido véase DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “La responsabilidad penal del ‘*compliance officer*’”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* 4, (2016), pp. 1-11 (6). Por último, el autor LASCURAÍN, José Antonio, “La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa”, De la Mata, Norberto; Gómez-Aller, Jacobo; Lascuraín, Juan; Nieto, Adán (directores), *Derecho penal económico y de la empresa*, (Madrid, 2018), pp. 87-128 (122), quien hace presente que existe una diversidad de denominaciones en castellano, como indicio de la diversidad de perfiles de esta incipiente figura en el mundo empresarial español, así por ejemplo, oficial de cumplimiento, responsable de cumplimiento, responsable de prevención, coordinador de prevención, u oficial de ética.

interno, o bien, que dicha función sea asumida directamente por la administración de la persona jurídica (únicamente en el caso de las empresas de pequeñas dimensiones).

La ley es muy clara al hacer esta distinción y ofrecer a las entidades diferentes opciones de órgano de supervisión, dependiendo de sus dimensiones y complejidad, pero no es igualmente clara al explicar qué lugar ocupa dicho órgano en la estructura del sistema de imputación de “doble vía” de responsabilidad penal a la persona jurídica, es decir, si contar con un órgano es relevante en todos los casos, o solamente cuando el delito es cometido por un sujeto en una posición superior.

Tal como hemos explicado, el órgano de supervisión ha sido descrito como uno de los elementos que, en vía de principio, debe observar la persona jurídica si quiere beneficiarse de la eximente, solo en el caso en que el delito haya sido cometido por un sujeto en una posición superior. Sin embargo, al enumerar los requisitos del modelo de organización y gestión⁸⁵, sea que el delito haya sido cometido por un sujeto en una posición superior, como por un sujeto en una posición subordinada, la ley menciona nuevamente al órgano de supervisión, indicando que el modelo debe imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención⁸⁶. Por lo tanto, debemos reflexionar sobre la necesidad de contar con un órgano de supervisión al fin de ser beneficiado con la eximente de responsabilidad penal, incluso si quien comete el delito es un sujeto en una posición subordinada, porque en ambos casos la imposición de la obligación de entregar al órgano de supervisión la información es un requisito del modelo.

⁸⁵ La ley en el art. 31 *bis* numeral 5 establece cuáles son los requisitos con que debe contar un modelo de organización y gestión para satisfacer la exigencia de la idoneidad preventiva: “1º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, 2º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos, 3º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos, 4º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, 5º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo, 6º 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”.

⁸⁶ Elemento descrito en el art. 31 *bis* numeral 5 requisito 4º.

No obstante la diferencia en el tratamiento de la eximente dependiendo de quien comete el delito, la Fiscalía General considera que el régimen de exención de responsabilidad en ambos casos, aun cuando presenta matices, sería sustancialmente idéntico⁸⁷, agregando que la elusión fraudulenta aparecería como el único elemento diferenciador, pues la exigencia de contar con un órgano de supervisión, y la ausencia de omisión o el ejercicio insuficiente de funciones por su parte, serían requisitos exigibles al fin de configurar la eximente de responsabilidad a favor de la persona jurídica, tanto cuando el delito sea cometido por un sujeto en posición superior como cuando lo sea por un sujeto en una posición subordinada⁸⁸.

No podemos compartir la opinión de la Fiscalía porque en el caso en que la persona jurídica quiera beneficiarse de la eximente de responsabilidad cuando se haya cometido un delito, debe contar en vía de principio con un modelo de organización y gestión adecuado, pero si dicho delito fue cometido por un sujeto en una posición superior, debe, además, contar con un órgano de vigilancia, el sujeto debe haber eludido fraudulentamente el modelo, y no debe existir por parte del mismo órgano de supervisión una omisión o cumplimiento insuficiente de funciones. Sin embargo, como hemos afirmado, entre los requisitos del modelo de prevención se encuentra la obligación de entregar determinadas informaciones al órgano de vigilancia, lo que parece imponer en cada caso la constitución de dicho órgano. Por esto, la obligación de contar con un órgano de supervisión se puede extender a los modelos de prevención de los delitos cometidos por sujetos en posiciones subordinadas. Pero no podemos hacer la misma afirmación respecto del requisito de ausencia de omisión de funciones por parte del órgano, al fin de configurar la eximente de responsabilidad a favor de la persona jurídica en referencia a la comisión de un delito por parte de un sujeto en posición subordinada.

En conclusión, una correcta lectura de la norma nos debería llevar a analizar los dos requisitos de la eximente por separado según un “sistema bipartido”: por un lado, la institución del órgano de vigilancia con la previsión de una correlativa obligación de entrega de información al mismo órgano, concebido como requisito de idoneidad preventiva también en el caso de los modelos preventivos de los delitos cometidos por sujetos en posiciones subordinadas, y por otro lado, la omisión o el ejercicio insuficiente de funciones por parte del órgano de supervisión, cual criterio de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, y en consecuencia como elemento constitutivo de la

⁸⁷ Circular N° 1/2016, cit., p. 40.

⁸⁸ Circular N° 1/2016, cit., p. 41.

eximente a favor de la entidad, que resulta aplicable solo al caso de los delitos de los sujetos apicales.

Así las cosas, y en ausencia de una expresa disposición normativa, la extensión aplicativa de la condición por la cual se vuelve necesaria una suficiente vigilancia por parte del órgano de supervisión al fin de configurar la eximente de responsabilidad en el caso de delitos cometidos por un sujeto en una posición subordinada, solo sería posible gracias a una analogía *in malam partem*, es decir, contra el reo, absolutamente prohibida en el derecho penal. En consecuencia, en este caso, resulta suficiente la implementación de un modelo preventivo idóneo, que instituya un organismo de supervisión, con el fin de la aplicación de la eximente de responsabilidad penal a favor de la persona jurídica.

7. ¿QUIÉN ES EL ÓRGANO DE SUPERVISIÓN? LOS OTROS ÓRGANOS
QUE TIENEN ENCOMENDADA LEGALMENTE LA FUNCIÓN DE SUPERVISAR
LA EFICACIA DE LOS CONTROLES INTERNOS DE LA PERSONA JURÍDICA

Corresponde ahora establecer cómo debe ser el órgano de supervisión en el caso de las entidades que no pueden encomendar su función al órgano de administración, es decir, cuando se debe nombrar un nuevo órgano para desempeñar las funciones de vigilancia, o bien, corresponde utilizar un órgano que tenga encomendada ya legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

El órgano encargado de la vigilancia, de acuerdo con lo establecido en la ley, debe ser un órgano de la persona jurídica que cuente con poderes autónomos de iniciativa y de control, lo que sugiere que se trata de un organismo interno de la persona jurídica, tal como lo ha interpretado la Fiscalía General al explicar que de este modo se facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación⁸⁹. Ahora bien, esto no impide que en una gran compañía se pueda recurrir a la contratación externa de algunas actividades que la función de cumplimiento normativo implica, por ejemplo, la administración del canal de denuncias, o determinadas tareas de auditoría, sin que dicha delegación implique externalizar por completo la función de cumplimiento⁹⁰.

Respecto de la composición unipersonal o pluripersonal del órgano, y en silencio de la ley, creemos que probablemente dependerá del tamaño y la complejidad

⁸⁹ Véase Circular N° 1/2016, cit., p. 48. En sentido contrario, véase DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, ob. cit., p. 7.

⁹⁰ En este mismo sentido se pronuncia la Fiscalía General en la Circular N° 1/2016, cit., p. 48. Véase también ZÁRATE, César, “¿Compliance officer o Comité de Compliance? ¿Externalización de funciones?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 921, (21 julio 2016), p. 12.

del negocio, decisión en la que también influirá la cultura de cumplimiento de la empresa, o la existencia de otros órganos destinados al cumplimiento normativo en su interior⁹¹, pero que no debería afectar su idoneidad preventiva, en la medida que su composición sea adecuada para cumplir con las funciones que le han sido encomendadas por ley.

Se mantiene todavía la opción para la entidad de encomendar las funciones de supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado a un órgano que tenga ya encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

La Fiscalía General explica que esta opción puede ser utilizada en las entidades en las que se encuentra –por ley– previsto con anterioridad, otro órgano para verificar la eficacia de los controles internos de riesgos de la persona jurídica, entre los que se encontraría la prevención de delitos.

Entre las entidades que deben contemplar –por orden de la ley– un órgano de control interno, podemos mencionar las siguientes:

a) las empresas de servicios de inversión a que se refiere el art. 193. 2 de la Ley de Mercado de Valores⁹²;

b) las personas jurídicas indicadas como sujetos obligados de acuerdo con lo establecido en el art. 2 de la Ley N° 10/2010, sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁹³;

⁹¹ Sobre la conveniencia de establecer un órgano unipersonal o un comité, véase ZÁRATE, César, ob. cit., p. 12., quien también profundiza sobre qué tareas podrían ser externalizadas.

⁹² Se trata del Real Decreto Legislativo N° 4/2015, de 23 de octubre de 2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, derogando la Ley N° 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. De acuerdo con lo establecido en la letra a) del art. 193.2 de la Ley de Mercado de Valores, las empresas de servicios de inversión y las restantes entidades que presten servicios de inversión deberán disponer de una unidad que garantice el desarrollo de la función de cumplimiento normativo bajo el principio de independencia con respecto a aquellas áreas o unidades que desarrollen las actividades de prestación de servicios de inversión sobre las que gire el ejercicio de aquella función. La misma disposición agrega que deberá asegurarse la existencia de procedimientos y controles para garantizar que el personal cumple las decisiones adoptadas y las funciones encomendadas. Además, la función de cumplimiento normativo deberá controlar y evaluar regularmente la adecuación y eficacia de los procedimientos establecidos para la detección de riesgos, y las medidas adoptadas para hacer frente a posibles deficiencias, así como asistir y asesorar a las personas competentes responsables de la realización de los servicios de inversión para el cumplimiento de las funciones. Para profundizar sobre criterios se pueden consultar las Circulares de la Comisión Nacional de Mercado de Valores, n. 6/2009 y n. 1/2014.

⁹³ La Ley N° 10/2010, que tiene por objeto la protección de la integridad del sistema financiero y de otros sectores de actividad económica mediante el establecimiento de obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, regula en el capítulo IV un sistema de control interno, en razón del cual todos los sujetos obligados aprobarán por escrito

c) las sociedades de capital reguladas por la Ley N° 1/2010⁹⁴.

En particular, de acuerdo a lo establecido por esta ley, en las sociedades de capital el consejo de administración tiene por obligación constituir, al menos, una comisión de auditoría⁹⁵ que debe cumplir determinadas funciones mínimas indicadas en la misma ley, entre las cuales se encuentra supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos, así como discutir con el auditor de cuentas las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría, para lo cual podrá presentar recomendaciones o propuestas al órgano de administración y el correspondiente plazo para su seguimiento⁹⁶.

Por otra parte, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas⁹⁷, establece en su recomendación n. 46 que bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de una comisión especializada del consejo de

y aplicarán políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (art. 26.1). El art. 2 de la misma ley se indica que se encuentran obligados a respetar las disposiciones de la misma ley, entre otros, las entidades de crédito, las entidades aseguradoras, las empresas de servicios de inversión, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora, las entidades gestoras de fondos de pensiones, las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo y las sociedades de capital de riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora, las sociedades de garantía recíproca, y las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico. Para revisar el listado completo véase el art. de referencia letras desde la a) hasta la y).

⁹⁴ Debemos tener presente que la ley se aplica a las sociedades de capital, y de acuerdo a lo establecido en el art. 1 de la Ley N° 1/2010 de 2 de julio, son sociedades de capital: la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones.

⁹⁵ El art. 529 *terdecies* número 2) indica que el consejo de administración deberá constituir, al menos, una comisión de auditoría y una comisión, o dos comisiones separadas, de nombramiento y retribuciones, con la composición y las funciones mínimas que se indican en la ley.

⁹⁶ Esta y las otras funciones mínimas de la Comisión de auditoría, se encuentran descritas en el art. 529 *quaterdecies* número 4 de la Ley N° 1/2010 sobre sociedades de capital.

⁹⁷ Se trata de un instrumento elaborado por la Comisión Nacional de Mercado de Valores, que aun cuando no tenga carácter obligatorio, establece parámetros para la mejor gestión del gobierno corporativo. De acuerdo a lo explicado en el mismo documento, este se encuentra dirigido a las sociedades cotizadas, entendiéndose por tales aquellas sociedades anónimas cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores, con independencia de su tamaño y nivel de capitalización (salvo aquellas recomendaciones en las que expresamente se indica que son de aplicación solo a las sociedades cotizadas de mayor capitalización). El documento se encuentra disponible en el siguiente sitio web https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf. Por su parte, el concepto de sociedad cotizada se encuentra definido en el art. 495 de la Ley de Sociedades de Capital.

administración, exista una función interna de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno de la sociedad⁹⁸, es decir, además de la comisión de auditoría existe la posibilidad de que exista otro órgano interno en este tipo de sociedades que pueda ejercer funciones vinculadas con el control y la gestión de riesgos, y que ha sido indicado por la Fiscalía Nacional como uno de los órganos que podría ejercer las funciones del órgano de supervisión⁹⁹. Sin embargo, nos parece discutible que esta unidad o departamento pueda asumir la función de órgano de supervisión en los términos previstos por el art. 31 *bis* CP, pues no se trata de un órgano que tenga “encomendada legamente” la tarea del control interno, sino de un órgano al cual el Código de Buen Gobierno corporativo le encomienda dicha función, y este código no tiene jerarquía de ley, pudiendo simplemente emitir recomendaciones, a las que no se les reconoce directamente carácter obligatorio¹⁰⁰.

Para no crear confusiones, nos parece importante aclarar que, según la propia ley¹⁰¹, el consejo de administración en las sociedades de capital no podrá delegar la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los riesgos fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control, en ningún otro departamento, unidad u organismo, pues dichas funciones han sido calificadas como indelegables. Por esta razón, creemos que lo que se encuentra en manos de la comisión de auditoría es simplemente la “supervisión” de la política de gestión de riesgos, pero nunca su elaboración, facultad que se encuentra reservada –por ley– al consejo de administración.

⁹⁸ De acuerdo a lo establecido en la recomendación n. 46 comentada, las funciones de dicho cargo o departamento serían: a) asegurar el buen funcionamiento de los sistemas de control y gestión de riesgos y, en particular, que se identifican, gestionan, y cuantifican adecuadamente todos los riesgos importantes que afecten a la sociedad; b) participar activamente en la elaboración de la estrategia de riesgos y en las decisiones importantes sobre su gestión; y c) velar por que los sistemas de control y gestión de riesgos mitiguen los riesgos adecuadamente en el marco de la política definida por el consejo de administración.

⁹⁹ Circular N° 1/2016, cit., p. 47. Sin embargo, la Fiscalía explica que aun cuando exista previsión normativa, se trata de un organismo que no tiene rango legal.

¹⁰⁰ Sin embargo, el propio Código de Buen Gobierno Corporativo explica que la propia legislación española en el art. 540 de la Ley de Sociedades de Capital deja a la libre decisión de cada sociedad seguir, o no, estas recomendaciones de gobierno corporativo y únicamente exige que, cuando las sociedades no las sigan, expliquen los motivos que justifican su proceder, al objeto de que los accionistas, los inversores y los mercados en general puedan juzgarlos: véase Código de Buen Gobierno Corporativo, p. 10.

¹⁰¹ En este sentido, véase el art. 529 *ter*, letra b) de la ley de Sociedades de Capital, que establece que no se podrán delegar determinadas funciones, dentro de las cuales se encuentra la política de control y gestión de riesgos. Para profundizar sobre este punto, véase *infra* nota 138.

En conclusión, los órganos recién descritos tienen encomendada por ley la función del control interno y, por lo tanto, a ellos se podría confiar —en abstracto— la tarea de la supervisión del cumplimiento y funcionamiento del modelo de organización y gestión. Sin embargo, creemos que para designar un órgano de supervisión no basta con encomendar la tarea, sino que es necesario asegurarse que quien la asuma cuente con las competencias necesarias para cumplir su cometido, ya que encontrarse capacitado para controlar los riesgos vinculados, por ejemplo, con el blanqueo de capitales, no habilita directamente a controlar otro tipo de riesgos de comisión de delitos, cuestión que podría desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica por defecto de organización en el caso de haber nombrado como órgano de supervisión a un sujeto que no contaba con las competencias necesarias para desempeñar adecuadamente el cargo.

Además, en líneas más generales, es importante tener presente que, en las diversas hipótesis indicadas podría, en alguna medida, darse un problema de posible “superposición” entre el sujeto controlador y el controlado, ahí donde los mencionados órganos que ya ejercitan funciones de control interno pueden volverse responsables de alguno de los delitos que desencadenan la responsabilidad penal de la persona jurídica y, por lo tanto, podría configurarse un eventual “conflicto de interés” que, como consecuencia, induzca a los mismos órganos a omitir, o efectuar en un modo insuficiente, los controles necesarios sobre la aplicación del modelo preventivo.

8. LAS FUNCIONES DEL ÓRGANO DE SUPERVISIÓN. LOS REFLEJOS DE SU ACTUACIÓN DELICTIVA SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

La pregunta acerca de las funciones del órgano de supervisión es esencial, sobre todo en el camino a establecer si, y cuando, se configuraría la ausente o insuficiente vigilancia como criterio de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Sin duda, su función principal es supervisar el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención implantado, aun cuando la ley, al hablar de los requisitos de la eximente cuando quien comete el delito es un sujeto en una posición superior, no menciona únicamente la supervisión, sino que agrega la vigilancia y el control.

Con respecto a las funciones del órgano de supervisión, la Fiscalía General considera que debería participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos, y asegurar su buen funcionamiento estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos establecidos por la ley para considerar un modelo

idóneo a efectos de configurar la eximente¹⁰². Interpretación que no compartimos porque la elaboración del modelo de organización y gestión escapa a la estructura de supervisión y control y, además, no existen en la ley elementos que apunten en esa dirección, pues una cosa es decir que el encargado debe supervisar el funcionamiento y cumplimiento del modelo implantado, y otra diferente es asumir que dicho órgano debe también diseñar e implementar dicho modelo.

Corresponde considerar que la adopción del modelo, y de las medidas preventivas en él contenidas, son expresión del poder de gestión de la entidad que es legalmente atribuido al órgano de gestión de la persona jurídica.

Por otra parte, la ley vuelve a referirse a las funciones del órgano de supervisión cuando describe los requisitos del modelo de organización y gestión¹⁰³, indicando que este deberá imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, cuestión que, en nuestra opinión, ratifica la postura según la cual el órgano de supervisión no tiene ni el poder ni la obligación jurídica de elaborar y actualizar el modelo, sino que se encuentra solamente obligado a recepcionar la información vinculada con su anormal funcionamiento, y sugerir cambios y actualizaciones al órgano de administración quien sí es el titular del poder de adopción y, por lo tanto, también de modificación de las medidas de prevención de delitos.

De hecho, la doctrina española –refiriéndose aparentemente a la práctica empresarial– indica que las labores que se les está asignando frecuentemente a los nuevos órganos de cumplimiento, son velar por el cumplimiento de los deberes de prevención y no la ejecución directa de las funciones que emanan de tales deberes¹⁰⁴. Los órganos de vigilancia no son quienes deben implementar, modificar y actualizar el modelo de organización y gestión, sino quienes deben supervisar que dichas tareas se hayan llevado a cabo correctamente, y que dicho modelo cumpla con la función que la ley le ha encomendado, esto es, resultar adecuado e idóneo en la prevención de delitos.

Un documento que puede entregarnos algunos criterios orientadores es la reciente norma española 19601 (UNE 19601), que regula los sistemas de gestión

¹⁰² Circular N° 1/2016, cit., p. 47.

¹⁰³ Art. 31 *bis* apartado 5, n. 4.

¹⁰⁴ LASCURAÍN, Juan Antonio, La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa, ob. cit., p. 122. Quien describe las funciones como en parte normativas, de promoción de políticas de empresa y de normas de conducta, previo análisis de los riesgos penales que suponen los procedimientos de la empresa; en parte de coordinación y supervisión de los distintos responsables de seguridad, en parte de vertebración del procedimiento sancionador interno, como receptores de denuncias de contravenciones al código ético y como instructores de tales denuncias o como promotores de tal instrucción.

de compliance penal y requisitos con orientación para su uso¹⁰⁵, y establece, de acuerdo a lo que expresa el propio documento, “un marco de referencia completo que no sólo permite disponer de sistemas de gestión de compliance penal alineados con las exigencias del Código Penal español, sino completarlos con los estándares internacionales en materia de compliance”¹⁰⁶.

De acuerdo a lo establecido en la UNE, es el órgano de gobierno¹⁰⁷ quien debe “adoptar, implementar, mantener y mejorar continuamente un sistema de gestión de compliance penal idóneo para prevenir y detectar delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”¹⁰⁸, además, debe “aprobar la política de compliance penal de la organización”¹⁰⁹, “examinar periódicamente la eficacia del sistema de gestión de compliance, modificándolo, si es preciso, cuando se detecten incumplimientos graves o se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada”¹¹⁰, “establecer un órgano de compliance penal al que se encomiende la supervisión del funcionamiento y la ejecución del sistema de gestión de *compliance* penal”¹¹¹.

Sin embargo, la norma organizativa citada puede suscitar cierta perplejidad en el caso en que no sea interpretada correctamente dentro del sistema, especialmente ahí donde se enumeran entre las funciones que el órgano de compliance penal, trabajando conjuntamente con la dirección debe llevar a cabo, las siguientes: “impulsar y supervisar de manera continua la implementación y eficacia del sistema de gestión de *compliance* penal”¹¹² y “identificar y gestionar los riesgos penales”¹¹³, para luego agregar que este “debe personificar la posición de máximo

¹⁰⁵ De acuerdo a lo establecido en el artículo 8 de la Ley N° 21 de 1992, una norma es un documento de aplicación voluntaria que contiene especificaciones técnicas basadas en los resultados de la experiencia y del desarrollo tecnológico. Es fruto del consenso entre las partes interesadas e involucradas en la actividad y deben ser aprobadas por un organismo de normalización reconocido. En el caso de la UNE 19601 de mayo del año 2017, fue elaborada por el Subcomité Técnico CTN 301 SC1, sistemas de gestión de cumplimiento y sistemas de gestión anticorrupción.

¹⁰⁶ Introducción UNE 19601, p. 6.

¹⁰⁷ Definido como el punto 3.22 de la UNE 19601 como “el grupo u organismo que tiene la responsabilidad y autoridad fundamental de las actividades, la gobernabilidad y las políticas de una organización y al que la alta dirección informa y le rinde cuentas”.

¹⁰⁸ UNE 19601, §5.1.1. letra b).

¹⁰⁹ UNE 19601, §5.1.1. letra d).

¹¹⁰ UNE 19601, §5.1.1. letra e).

¹¹¹ UNE 19601, §5.1.1. letra f).

¹¹² UNE 19601, §5.1.2. letra a) número 1).

¹¹³ UNE 19601, §5.1.2. letra a) número 8).

garante de la supervisión, vigilancia y control de las obligaciones de *compliance* penal en la organización”¹¹⁴.

Una correcta lectura postula que las funciones que se entienden encomendar al órgano de supervisión deben ser reconstruidas, por medio de una interpretación sistemática, de modo residual respecto a aquellas de organización general del ente, previamente atribuidas por la ley, de modo exclusivo, al órgano de gestión de la persona jurídica, respetando, en consecuencia, la diarquía entre la titularidad del poder de gestión y la titularidad del poder de control, tratándose de poderes que en los entes colectivos han sido estructuralmente atribuidos por medio de la ley, a sujetos diversos.

Por lo anterior, aun cuando el órgano de *compliance* penal se encuentre obligado a ejercer las funciones de supervisión, vigilancia y control sobre la aplicación de las medidas preventivas del modelo, esto no lo convierte en “garante” de la existencia misma del *compliance program* y, por lo tanto, garante de la adopción y modificación del mismo. Además, bajo el mismo perfil, la propia UNE 19601 admite que es la alta dirección¹¹⁵ quien debe “garantizar que el sistema de gestión de *compliance* penal se implemente de forma adecuada para conseguir los objetivos de *compliance* penal establecidos en la política de *compliance* penal y afrontar de manera eficaz los riesgos penales de la organización”¹¹⁶, además de “garantizar que las exigencias derivadas del sistema de gestión de *compliance* penal se incorporan a los procesos y procedimientos operativos de la organización”¹¹⁷.

Así, de una lectura sistemática del Código Penal español, confirmada por la UNE 19601 correctamente interpretada, y tal como ha afirmado también parte de la doctrina española, podemos concluir que el *compliance officer* “no es quien adopta el modelo de organización y gestión idóneo para prevenir delitos”¹¹⁸, pues dicha responsabilidad recae como tal en el órgano de gobierno, y la posición de garantía con respecto a la adopción e implementación del *compliance program*, a su vez, recae exclusivamente en la alta administración, con una consecuencia desde el punto de vista de la configurabilidad de los presupuestos de la responsabilidad, incluso penal. Así, cuando la Fiscalía en su Circular N° 1/2016 indica

¹¹⁴ UNE 19601, §5.2.1. letra c).

¹¹⁵ La UNE 19601 define a la alta dirección en el párrafo 3.2 como “persona o grupo de personas que dirigen y controlan una organización al más alto nivel”.

¹¹⁶ UNE 19601, §5.1.2., letra a)

¹¹⁷ UNE 19601, §5.1.2., letra b)

¹¹⁸ DE LA MATA, Norberto, “El órgano de ‘*compliance*’ penal: algunas cuestiones”, en Matallín, Angela (directora), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, (Valencia, 2018), pp. 29-42 (40).

que el *compliance officer* participa en la elaboración del modelo de prevención, no debe interpretarse en el sentido que lo haga en calidad de responsable del mismo, sino más bien, como un participante más, sea en calidad de consejero o incluso en calidad de redactor de los preceptos, pero siempre teniendo a la vista que dichas medidas cautelares tendrán que pasar posteriormente por la aprobación del órgano de gobierno con capacidad para adoptarlo¹¹⁹, tratándose del único titular del poder jurídico de organización general de la entidad y, en consecuencia, del poder jurídico de adopción de las reglas cautelares para la prevención de los delitos.

Corresponde ahora, bajo un perfil de análisis diferente, establecer si se configura la responsabilidad penal de la persona jurídica en el caso en que el órgano de supervisión ya sea por sí mismo o bien en concurso con otros sujetos de la persona jurídica, cometa un delito de aquellos que se encuentran contemplados en el catálogo de delitos. Aun cuando alguien ha sido nombrado con el objeto de vigilar el cumplimiento de un modelo de organización y gestión y, por lo tanto, ha sido escogido por sus personales características compatibles con el cargo, podría suceder que dicho vigilante cometa un delito, cuestión que vuelve pertinente el análisis de la eventual responsabilidad penal de la persona jurídica en ese caso.

La Fiscalía General española considera que el órgano de supervisión sería uno de los sujetos que desempeña una posición superior de aquellas descritas por la ley, porque —en su opinión— ostentaría facultades de organización y control, y por lo tanto su actuación podría dar lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹²⁰. Sin embargo, creemos que la Fiscalía parte de un supuesto equivocado al afirmar que dicho órgano desempeña funciones de organización y control, en circunstancias que es titular únicamente de las funciones de supervisión, vigilancia y control, no pudiendo hacer equivalente los poderes y obligaciones de supervisión y vigilancia, a los poderes y obligaciones de organización.

El problema se origina porque la Fiscalía General, haciendo una interpretación extensiva de las normas correspondientes del Código Penal, considera que el órgano de supervisión tendría funciones de organización porque, según la postura de la Fiscalía, debería participar en la elaboración del modelo de organización y de gestión¹²¹, criterio que no compartimos porque nos parece que la ley no atribuye al órgano de supervisión el poder de participar en la elaboración del modelo o en su actualización, sino que simplemente lo supervisa y representa

¹¹⁹ DE LA MATA, Norberto, ob. cit., p. 40.

¹²⁰ Así lo afirma la Fiscalía General en la Circular N° 1/2016, cit., p. 49.

¹²¹ Tal como indica al describir las funciones del órgano de supervisión en la Circular N° 1/2016, cit., p. 47.

sus problemas a la administración, quien se encuentra obligada a elaborar, implementar y actualizar el modelo de organización y gestión en el ejercicio de sus poderes de organización general del ente.

Tampoco nos parece que el órgano de supervisión sea uno de los sujetos en posición subordinada que pueda desencadenar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues asumir que se trata de un sujeto sometido a la autoridad de un sujeto en una posición superior, sería contradictorio con el concepto que la misma ley da de órgano de supervisión, al describirlo como uno que cuenta con poderes autónomos de control e iniciativa que, por lo tanto, no puede encontrarse sometido a la autoridad de otro órgano de la persona jurídica.

Así las cosas, nos parece que el órgano de supervisión no forma parte de los sujetos por cuya actuación delictiva se pueda configurar la responsabilidad penal de la persona jurídica, por no encajar en ninguna de las descripciones normativas, precisamente porque se trata de una función particular que no resulta asimilable a un superior ni a un sujeto en posición subordinada, según como se encuentran descritos típicamente en el art. 31 *bis* letra a) y b) del C.P.

Sin embargo, lo anterior no obsta a que sí pueda desencadenarse la responsabilidad penal de la persona jurídica, en los casos en que el órgano de supervisión haya actuado como co-autor o partícipe de otro sujeto de la persona jurídica, cuya función sí encaje con alguna de las descripciones típicas del art. 31 *bis* 1, tratándose de una posibilidad que, además de encontrarse en sintonía con el sistema, parece más lógica, especialmente teniendo presente su posición dentro de la entidad como supervisor destinado a controlar la aplicación del modelo por parte de los demás sujetos, pero privado de la capacidad de tomar decisiones de gestión.

9. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA POR EL EJERCICIO INSUFICIENTE DE LA FUNCIÓN DE VIGILANCIA

Ahora bien, a continuación, trataremos de establecer cuáles son los presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso en que de la omisión o el ejercicio insuficiente de las funciones de vigilancia por parte del órgano de supervisión se derive la comisión de un delito.

Como ya hemos mencionado, la ausencia de omisión o de ejercicio insuficiente de funciones por parte del órgano de supervisión, es decir el ejercicio suficiente de vigilancia, constituye uno de los requisitos que configuran la eximente a favor de la persona jurídica, en el caso en que el delito haya sido cometido por un sujeto en una posición superior.

En la hipótesis inversa, es decir, si el órgano de supervisión no ha vigilado o lo ha hecho de manera insuficiente, y a raíz de dicha omisión se ha cometido un delito por parte de un sujeto en una posición superior en beneficio de la persona

jurídica –en vía de principio– no será posible alegar a su favor la configuración de la eximente.

En consecuencia, la persona jurídica responderá por el hecho constitutivo de delito en el caso en que haya sido una “laguna organizativa” la que haya dado lugar a la omisión o a la insuficiencia de vigilancia del órgano de supervisión, ocasionando el delito del individuo, ya sea desde el punto de vista objetivo (causal), que desde el punto de vista subjetivo. Por lo tanto, corresponderá verificar en cada caso que resultase previsible subjetivamente que del “defecto de organización” se pudiera derivar el hecho constitutivo de delito de parte del exponente de la persona jurídica. El juicio de “previsibilidad subjetiva” debe reconducirse a aquellos individuos que, considerados de modo “agregado”¹²², y actuando por cuenta del ente, han intervenido, si bien a diverso título, en la adopción o implementación de la decisión que ha dado lugar a la ‘laguna organizativa’ atribuible a la entidad.

Además, con el fin de perfeccionar el “reproche subjetivo” en contra de la entidad, es necesario verificar, para la afirmación de su responsabilidad penal, la concreta exigibilidad de un comportamiento diferente por parte del órgano de supervisión o, dicho de otro modo, debe comprobarse que en el caso particular el órgano de supervisión se encontraba en la situación de poder ejercer un control eficaz.

Lo anterior se aplica con referencia al incumplimiento de funciones o cumplimiento insuficiente por parte del órgano de supervisión en el caso de comisión de un delito por parte de un sujeto en una posición superior, mientras en el caso de comisión de delito por sujetos en una posición subordinada, el ejercicio suficiente de funciones por parte del órgano de supervisión no constituye un requisito necesario para configurar la eximente a favor de la entidad, siendo suficiente al fin de la configuración de la eximente de la responsabilidad de la persona jurídica, que la misma haya implementado preventivamente un modelo organizativo idóneo, razón por la cual hacer aplicable dicha condición contra reo en este segundo caso constituiría una hipótesis de analogía *in malam partem*, prohibida en el derecho penal.

Es importante tener presente que en el caso en que no se configuren los presupuestos para que opere la eximente de responsabilidad a favor de la persona jurídica por el delito cometido por un exponente de la misma que se encuentre en una posición superior, por el hecho de que el órgano de supervisión no haya

¹²² Este concepto ha sido particularmente profundizado en la doctrina italiana por FIORELLA, Antonio; SELVAGGI, Nicola, *Dall’ “utile” al “giusto”. Il futuro dell’illecito dell’ente da reato nello “spazio globale”*, (Torino, 2018), pp. 177 s.; VALENZANO, Anna Salvina, *L’illecito dell’ente*, ob. cit., pp. 206 s.

vigilado de un modo suficiente, la persona jurídica podría ser beneficiada con una atenuación de la pena, gracias al reconocimiento de una eximente incompleta. Sin embargo, a propósito del cumplimiento imparcial de requisitos cabe hacernos una nueva pregunta: ¿se aplica la atenuación en el caso que “la acreditación parcial de las circunstancias” implique que se prueban solo algunas de las descritas por el precepto, o la acreditación parcial implica que de todos modos deben encontrarse acreditadas todas, al menos en modo parcial? El problema se genera por la redacción de la norma pues, aunque se trate de una eximente incompleta a favor de la persona jurídica, similar a aquella descrita a favor de las personas naturales, en el caso de la eximente incompleta general el legislador fue más claro en explicar que tendrá lugar cuando “no concurrieran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad”, a diferencia de esta redacción que se refiere a una acreditación parcial de las circunstancias, dejando planteada la duda.

En el caso de la eximente completa general (art. 21, circunstancia 1ª CP), que indica que operarán como atenuantes las eximentes cuando “no concurrieran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad”, la doctrina ha interpretado que no puede faltar “cualquier” requisito, haciendo una distinción entre requisitos esenciales y requisitos accidentales, de modo tal que si el requisito es “accidental” su falta no obstaculiza la exención incompleta¹²³, pero si por el contrario, el requisito que no se cumple es “esencial”, ni tan siquiera cabe la posibilidad de atenuación¹²⁴.

La distinción entre elementos esenciales y accidentales nos conduce a un nuevo problema: determinar qué elementos son esenciales y cuáles accidentales. Se trata, en general, de una cuestión sobre la que parece existir cierto acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia española, de modo tal que en la legítima defensa no podría faltar la agresión ilegítima, o en la circunstancia de miedo insuperable no podría estar ausente el miedo.

El análisis sobre qué elementos resultarían esenciales en la eximente específica excede con creces el objetivo de este trabajo, pues para nosotras lo importante es concentrarnos en la eximente incompleta en el caso de la persona jurídica, y en caso de considerar que opera tal como la eximente incompleta general, es decir, cuando no concurren todos los requisitos, determinar cuáles serían –en este caso particular– los requisitos esenciales que jamás podrían estar ausentes al fin de ser apreciada la eximente al menos como atenuante.

Otra opción interpretativa, que compartimos del todo, es no establecer dicha diferencia entre algunos elementos versus otros, sino dar una lectura a la

¹²³ ROPERO, Julia; ZAMORANO, Pilar, ob. cit., p. 6.

¹²⁴ ROPERO, Julia; ZAMORANO, Pilar, ob. cit., p. 6.

eximente incompleta como una circunstancia atenuante que valora la diligencia de la entidad, de modo tal que se aplicará en el caso que la entidad no logre acreditar su plena observancia de la ley. Cuestión que, en consecuencia, nos lleva a concluir que la norma no se referiría al caso en que se logren acreditar algunas de las circunstancias, sino a la posibilidad de ponderar la diligencia empleada por parte de la entidad en orden a prevenir delitos de la misma naturaleza del cometido¹²⁵.

10. ¿RESPONSABILIDAD PENAL POR ACCIÓN O POR OMISIÓN DEL ÓRGANO DE SUPERVISIÓN? CONCLUSIONES

El problema más complejo es si y en qué hipótesis el órgano de supervisión puede responder, desde el punto de vista penal, por los delitos que cometa en el ejercicio de sus funciones.

Nos parece que no hay ningún problema específico al afirmar que responderá de sus acciones, a título personal o en concurso con otros sujetos, sean estas dolosas o imprudentes, siempre que se encuentren sancionadas por el ordenamiento jurídico¹²⁶. En particular, nada obsta a que el órgano de supervisión pueda responder como autor o partícipe por contribuir activamente en el delito cometido por otro, incluso en el caso en que con su omisión haya contribuido moralmente tolerando, posibilitando o favoreciendo conscientemente la comisión de un delito¹²⁷. Por ejemplo, cuando el responsable de cumplimiento investido para tales tareas decida dolosamente ignorar una información relevante sobre un delito que se está cometiendo, se va a cometer o del que tiene conocimiento a través de una denuncia, una investigación interna rutinaria o de su percepción

¹²⁵ Se puede ver en este sentido en la doctrina española a DOPICO, Jacobo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., p. 160, quien además agrega que el problema será aún más difícil de resolver en el caso de los delitos cometidos por subordinados, pues solo un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control puede dar lugar a la responsabilidad de la persona jurídica, por lo tanto, no se entiende cuál podría ser el caso de “acreditación parcial” punible.

¹²⁶ De acuerdo a lo establecido en el art. 12 del Código Penal español, las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley. Así, lo dispone expresamente por ejemplo en el art. 142 que trata del homicidio imprudente, en el art. 146 que se refiere al aborto imprudente, en el art. 152 referido a las lesiones imprudentes, en el art. 158 que regula la comisión imprudente del delito de lesiones al feto, en el art. 159.2 que regula la comisión imprudente del delito de manipulación genética.

¹²⁷ GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena, “La figura del *compliance officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal”, en *Diario La Ley 8653*, Sección Tribuna, (25 de noviembre de 2015), pp. 1-15 (5-6).

personal¹²⁸, con el objetivo de consentir que el delito se cometa, se le tendrá que sancionar como autor o partícipe en el delito cometido por el otro sujeto, por el hecho de haber contribuido activamente en dicha comisión.

Sin embargo, la pregunta realmente difícil de responder es qué sucede frente a los delitos omisivos. No existe en la ley española un tipo penal para el encargado de vigilancia que omita sus funciones de supervisión sobre el modelo o las ejerza de manera insuficiente, razón por la cual la única posibilidad será atribuirle responsabilidad por una omisión impropia en relación con el delito cometido, en el caso en que consideremos que el órgano de supervisión tenga una posición de garantía de evitación de delitos.

De acuerdo al Código Penal español, los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación de este equivalga a su causación, y el autor se encuentre infringiendo un especial deber jurídico. A tal efecto, se equiparará la omisión a la acción en los casos en que exista una específica obligación legal o contractual de actuar, o cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente¹²⁹, dicho en otras palabras, cuando exista a cargo del sujeto omitente una “posición de garante”¹³⁰.

Sólo en el caso en que se considere que el órgano de supervisión tenga una posición de garantía, entonces se podría en teoría afirmar que podría responder como autor de los delitos que no haya impedido en el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos exigidos por la ley¹³¹, pues la posición de garantía es una condición necesaria pero no suficiente de la equivalencia de una omisión con la comisión activa¹³², razón por la cual resulta esencial determinar si recae sobre él una posición de garantía o no.

¹²⁸ LASCURAÍN, Juan Antonio, *La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa*, ob. cit., p. 127.

¹²⁹ Se trata de la regla contenida en el art. 11 del Código Penal español, según la cual se entiende que el especial deber jurídico se encuentra presente en las dos hipótesis mencionadas. Para un análisis más profundo de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, se puede consultar CUADRADO RUIZ, María de los Ángeles, “La posición de garante”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6, 2ª época, (2000), pp. 11-68.

¹³⁰ GRACIA MARTÍN, Luis, “La comisión por omisión en el derecho penal español”, en *Revista Foro Penal* 61, (agosto 1999), pp. 125-168 (127).

¹³¹ Debe tratarse de un delito de resultado, debe existir un vínculo de causalidad y debe existir un especial deber jurídico.

¹³² Véase en este sentido LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación”, en *Libertas: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales* 6, (2017), pp. 145-272, quien afirma que solo hay equivalencia si socio-normativamente se

Para establecer si el órgano de supervisión tiene o no un deber de garantía de impedimento de delitos, tenemos que considerar que, aun cuando su función se encuentre vinculada con la prevención de los mismos, de acuerdo a lo establecido por la ley, su rol no parece en principio coincidir con el impedimento de la comisión de delitos, sino más bien con la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención, que a su vez tiene por objeto prevenir delitos o reducir significativamente el riesgo de su comisión, además de ser informado de posibles riesgos e incumplimientos. Para determinar si dichos deberes fundan una posición de garantía, debemos recordar que no todo deber jurídico es un deber de garantía, ni siquiera lo es todo deber penal¹³³, pues el deber de garantía es un deber especial y reforzado, cuya infracción permite la atribución del resultado no evitado¹³⁴.

Aquello que a nosotros nos parece que puede concluirse del análisis de las funciones del órgano de supervisión, es que, por un lado, el órgano de supervisión no es titular de una obligación jurídica que tenga como contenido el impedimento de los delitos de otros sujetos, de contenido altamente significativo que permita la equiparación entre la omisión y la acción, y, por otro lado, se encuentra privado de poderes jurídicos que resulten idóneos a impedir directamente conductas ilícitas ajenas. Por lo tanto, el órgano de supervisión no se puede considerar, de modo primario, como “garante” de la actuación lícita de otros.

Afirmado lo anterior, debemos ahora preguntarnos si existe una “posición de garante” que recaiga sobre quien nombra al órgano de vigilancia, es decir, el empresario, o más específicamente, el órgano de gestión de la entidad, y si este puede, en teoría, delegarla en el órgano de supervisión.

La doctrina española, al referirse al empresario, ha afirmado que este tendría una posición de garante derivada de la creación de peligros en el ámbito de la actividad económica que desarrolla¹³⁵. La justificación de dicha posición

puede afirmar que las reglas sociales dan por seguro, por descontado, que estando presente esa persona no hay peligro o el peligro está totalmente controlado o el bien jurídico está seguro y protegido (y por eso la omisión crea o descontrola y con ello aumenta decisivamente el peligro).

¹³³ LASCURAÍN, Juan, “Salvar al Oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”, en Corcoy, Miretxu; Gómez, Víctor (directores), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, (Buenos Aires, 2014), pp. 301-336 (318).

¹³⁴ LASCURAÍN, Juan, *Salvar al Oficial Ryan*, ob. cit., p. 318.

¹³⁵ Para una discusión profunda sobre el fundamento de la posición de garante del empresario, véase DEMETRIO-CRESPO, Eduardo, *Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas*, disponible en el sitio web: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20100907_02.pdf. Véase también el texto del mismo autor, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* 22, Año 12-13, (2007-2008), pp. 101-135.

de garantía sería la libertad de organización que utiliza el emprendedor y que portaría como correlato la obligación de velar porque la actividad de la empresa no dañe bienes jurídicos ajenos¹³⁶, es decir, la función de observar las leyes, y en consecuencia prevenir que se cometan delitos a favor de la empresa y en perjuicio de terceros, es una función que compete, de modo primario, a los administradores¹³⁷.

La pregunta entonces es si al confiar la función de vigilar el funcionamiento y cumplimiento del modelo de organización y de gestión en el órgano de supervisión, los administradores de la persona jurídica puedan delegar en dicho órgano su obligación de velar porque en la actividad de empresa no se dañen bienes jurídicos ajenos y si de dicha delegación pueda derivarse una función de garantía.

El órgano de supervisión debe supervisar, vigilar y controlar el funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención de delitos, y debe recepcionar la información vinculada con los riesgos e incumplimientos, pero nada en la ley nos permite afirmar que él deba diseñar, aprobar e implementar el modelo. Del sistema emerge que se trata de funciones que recaen, de manera primaria, en el órgano de administración de la persona jurídica, como expresión de la más amplia e indelegable función de organización general de la entidad: la posición de garantía que derive de la tarea de control y gestión de los riesgos a cargo de los administradores es una de las funciones que el consejo de administración no puede delegar ni siquiera al órgano de supervisión. Por lo tanto, cuando se delega —por ejemplo— la supervisión de dicha política una vez que ya ha sido diseñada, la posición de garante permanece en el consejo de administración, mientras el órgano de supervisión simplemente puede asumir la tarea de supervisar su funcionamiento y cumplimiento, sin poder adoptar y ejercer tareas de gestión¹³⁸.

¹³⁶ DOPICO, Jacobo, “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica”, en Arroyo, Jacobo; Nieto, Adán (directores), *El derecho penal económico en la era compliance*, (Madrid, 2013), pp. 165-189 (169). En el mismo sentido véase GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena, ob. cit., p. 4.

¹³⁷ Véase en ese sentido LASCURAÍN, Juan, *La responsabilidad penal individual*, ob. cit., p. 123.

¹³⁸ Una confirmación normativa de la opinión recién expresada se puede encontrar en el art. 529 *ter*, letra b) de la ley de Sociedades de Capital, según el cual el consejo de administración de las sociedades cotizadas no podrá delegar las facultades de decisión a que se refiere el art. 249 *bis* ni específicamente la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control. Precisamente en esta norma encontramos un argumento a favor de la tesis aquí defendida, interpretando el concepto de riesgos utilizado por el citado artículo como inclusivo de los riesgos penales. Nuestra conclusión es válida también con referencia a la función de “detección de la peligrosidad excesiva” (LASCURAÍN, Juan, *La responsabilidad penal individual*, ob. cit., p. 126), de la cual es titular, en modo originario, el empresario y que, en opinión de parte de la doctrina española, constituiría una obligación de garantía que podría delegarse en un organismo especializado,

En conclusión, como consecuencia de lo anterior, el órgano de supervisión no es titular de una función de garantía de la adopción e implementación del modelo de prevención, simplemente su función consiste en la supervisión del modelo, pues el poder-deber de adoptar el *compliance program* recae siempre sobre el órgano de gobierno de la entidad, y la posición de garantía vinculada con dicho poder-deber jurídico recae a su vez en la alta dirección. Por su parte, esta posición de supervisión se vincula con el modelo y su funcionamiento, y no con el comportamiento de los sujetos individuales, debiendo representar a la administración los aspectos de falta de idoneidad del modelo y proponer eventuales modificaciones, que tendrán como destinatario final al órgano de administración de la entidad, quien debe adoptar las decisiones correspondientes de reforma y actualización. Así, de acuerdo a lo analizado en relación a las funciones del órgano de supervisión, podemos concluir que dentro de estas no se encuentran los poderes para impedir la comisión de delitos por parte de los sujetos que pueden desencadenar la responsabilidad penal de la entidad y, por lo tanto, no recae sobre él la obligación legal de impedirlos. En consecuencia, bajo este perfil de análisis, las funciones mencionadas responden a distintos deberes jurídico-penales, pero no a deberes de garantía.

Por último, es difícil pensar en una hipótesis en que el órgano de supervisión pueda actuar como delegado de una función que implique una “posición de garante”. Para que eso suceda tendría que tratarse de una posición que pertenezca al empresario, cuya delegación no se encuentre prohibida por ley, y que el órgano de supervisión asuma entre sus funciones, a través de un contrato u otro acto negocial. En consecuencia, muy difícilmente se darán las condiciones para que el órgano de supervisión pueda responder por no impedir la comisión de un delito, es decir, que pueda responder en calidad de autor o participe por no ejercer correctamente una función en razón de la cual haya asumido por medio de un negocio jurídico una “posición de garante”.

11. BIBLIOGRAFÍA

- AYALA GONZÁLEZ, Alejandro, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en altas esferas”, en *In Dret 1*, (2019).
- BACIGALUPO, Silvina, “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, en *Diario La Ley 7541*, Sección doctrina, (año XXXII, 5 enero 2011), pp. 1-25.

como por ejemplo al servicio de riesgos laborales, o al responsable de cumplimiento: véase en ese sentido LASCURAÍN, Juan, *Salvar al Oficial Ryan*, ob. cit., p. 330.

- CARPIO, David, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español a la luz del modelo italiano de imputación al ente”, en *Diritto Penale Contemporaneo* 2, (2018), pp. 43-69.
- CIGÜELA SOLA, Javier, “El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica”, en *In Dret* 1, (2016).
 _____, *La culpabilidad colectiva en el derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, (Madrid, 2015).
- CUADRADO RUIZ, María de los Ángeles, “La posición de garante”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6, 2ª época, (2000), pp. 11-68.
- CUGAT, Miriam, “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *compliance*”, en *Revista Estudios penales y criminológicos XXXV* (2015), pp. 919-963 (925).
- DE LA CUESTA, José Luis, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, en *Revista Penal México* 5, (septiembre 2013-febrero 2014), pp. 9-33.
- DE LA MATA, Norberto, “El órgano de ‘*compliance*’ penal: algunas cuestiones”, en Matallín, Angela (directora), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, (Valencia, 2018), pp. 29-42.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “La responsabilidad penal del ‘*compliance officer*’”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* 4, (2016), pp. 1-11.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las sts núms. 154/2016 y 221/2016 y sobre la circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia* 77, (enero-abril 2016), pp. 5-26.
- DEMETRIO-CRESPO, Eduardo, *Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas*, disponible en el sitio web: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20100907_02.pdf.
 _____, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* 22, Año 12-13, (2007-2008), pp. 101-135.
- DOPICO, Jacobo, “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica”, en Arroyo, Jacobo; Nieto, Adán (directores), *El derecho penal económico en la era compliance*, (Madrid, 2013), pp. 165-189.
 _____, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en De la Mata, Norberto; Gómez-Aller, Jacobo; Lascuraín, Juan; Nieto, Adán (directores), *Derecho penal económico y de la empresa*, (Madrid, 2018), pp. 129-168.

- ESPINAR, José Zugaldia, “Las ‘consecuencias accesorias’ aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP español”, en Hurtado Pozo, José (coordinador), *El sistema de penas del nuevo Código Penal*, (Madrid, 1999), pp. 325-336.
- MOLINS RAICH, Marc, “Análisis de las medidas accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal. Reflexiones a la luz del principio de personalidad de las penas”, en *Revista de Ciencias Penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales* 2, Vol. 2, N° 1, (1^{er} semestre, 1999), pp. 190-203.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo”, en *In Dret, Revista para el análisis del derecho* 2 (2016).
- FIGURELLA, Antonio, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, (Torino, 2018).
- FIGURELLA, Antonio; SELVAGGI, Nicola, *Dall’ “utile” al “giusto”. Il futuro dell’illecito dell’ente da reato nello “spazio globale”*, (Torino, 2018).
- FIGURELLA, Antonio; VALENZANO, Anna Salvina, *Colpa dell’ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, (Roma, 2016).
- FOURNEY GONZÁLEZ, Matilde, “Compliance Penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la Circular N° 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 43, (2016), pp. 60-75.
- GÓMEZ JARA, Carlos, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley 7534*, Sección Tribuna, (Año XXXI, 23 diciembre 2010), pp. 1-17.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento”, en *Revista de Administración Pública* 203, (2017), pp. 57-88 (en especial pp. 67-72).
- _____, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, en *Diario La Ley 8747*, Sección Doctrina, (22 de abril de 2016), pp. 1-23.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “La comisión por omisión en el derecho penal español”, en *Revista Foro Penal* 61, (agosto 1999), pp. 125-168.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena, “La figura del *compliance officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal”, en *Diario La Ley 8653*, Sección Tribuna, (25 de noviembre de 2015), pp. 1-15.
- HERRING, Jonathan, *Criminal Law*, 10^a ed., (London, 2017).
- JEFFERSON, Michael, *Criminal Law*, 12^a ed., (London y New York, 2015).

- LASCURAÍN, José Antonio, La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa, De la Mata, Norberto; Gómez-Aller, Jacobo; Lascuraín, Juan; Nieto, Adán (directores), *Derecho penal económico y de la empresa*, (Madrid, 2018), pp. 87-128.
- LASCURAÍN, Juan, “Salvar al Oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”, en Corcoy, Mirentxu; Gómez, Víctor (directores), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, (Buenos Aires, 2014), pp. 301-336.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación”, en *Libertas: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales* 6, (2017), pp. 145-272.
- MATUS, Jean Pierre, “Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, Mensaje 018-357”, en *Revista Ius et Praxis* 15, n. 2, (2009), pp. 285-305.
- MIR PUIG, Santiago, “Las nuevas penas para las personas jurídicas: una clase de penas sin culpabilidad”, en Mir Puig, Santiago; Corcoy, Mirentxu; Gómez, Víctor (directores), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, (Madrid, 2014), pp. 3-14.
- _____, “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (2004), pp. 1-17.
- NIETO MARÍN, Adán, “El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno”, en *Diario La Ley* 8248, (Año XXXV, 11 febrero 2014), pp. 1-6.
- _____, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, (Madrid, 2008).
- _____, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, en *Revista Xurídica Galega* 63 (2009), pp. 47-70.
- _____, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en Serrano Piedecabras, José Ramón; Demetrio Crespo, Eduardo (coordinadores), *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, (Madrid, 2008), pp. 125-159.
- _____, *Urgente: dos órganos de cumplimiento en las empresas*, en <https://almacenederecho.org/urgente-dos-organos-cumplimiento-las-empresas/>, (3 de junio de 2016).

- PADILLA ALBA, Herminio Ramón, “Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena”, en González Rus, Juan José (coordinador), *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, (Córdoba, 1996), pp. 559-578.
- ROPERO, Julia; ZAMORANO, Pilar, “Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal”, en *Studia Carande* 5, (2000), pp. 115-139.
- SÁNCHEZ BERNAL, Javier, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Cuadernos del Tomás* 4, (2012), pp. 121-156.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia* 65, (enero-abril 2012), pp. 7-36.
- SOTO NIETO, Francisco, “Determinación de la pena en supuesto de concurrencia de una eximente incompleta”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 5, (1999), pp. 1939-1940.
- VALENZANO, Anna Salvina, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, (Napoli, 2019).
- VALENZANO, Anna Salvina; SERRA CRUZ, Diva, “Il rilievo del ‘difetto di organizzazione’ nella struttura dell'imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, con particolare riferimento ai sistemi cileno, peruviano e argentino”, en Fiorella, Antonio; Gaito, Alfredo; Valenzano, Anna Salvina (coordinadores), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani*, (Roma, 2018), pp. 225-278.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, “Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal Español”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 45, Fasc./Mes 2, (1992), pp. 561-612.
- VALLEJO, Manuel Jaén, “La persona jurídica y su responsabilidad penal: modelo de imputación basado en defecto de organización”, en *Boletines Jurídicos de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria* 23, (abril 2018), pp. 1-18.
- ZÁRATE, César, “¿Compliance officer o Comité de Compliance? ¿Externalización de funciones?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 921, (21 julio 2016), p. 12.