

**RESUMEN DE LA TESIS DOCTORAL TITULADA «PERSONA JURÍDICA,
COMPLIANCE PENAL Y EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL
EN ESPAÑA» PARA ARCHIVO Y DIFUSIÓN DE TESIS
EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL UNED**

Autor: Carlos Manuel Cuevas Oltra

Director: Carlos Vázquez González

Códigos UNESCO: 5605.05 Derecho Penal

ESTRUCTURA GENERAL DE LA TESIS

La tesis doctoral consta de tres grandes bloques:

I.- En el primer gran bloque se analizan diversos aspectos del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas desde un punto de vista dogmático con propuestas cuyo objetivo es ofrecer respuestas a las distintas controversias doctrinales, algunas de ellas que afectan directamente a la práctica judicial.

Se analiza el concepto de persona jurídica, el sistema de *numerus clausus* en relación con los delitos de la parte especial del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) susceptibles de deparar responsabilidad penal a las personas jurídicas, las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal, se lleva a cabo un análisis del art. 31 bis del Código Penal en cuanto a la exención de responsabilidad penal, junto con las atenuantes y agravantes de aplicación a las personas jurídicas y se realiza un estudio de la teoría jurídica del delito en relación con éstas.

II.- El segundo bloque se centra en un estudio de la eximente y de los elementos que figuran en el apartado segundo y siguientes del art. 31 bis del Código Penal desde un punto de vista práctico, comenzando por un estudio de derecho comparado para entrar, a continuación, de lleno en todo lo concerniente a los programas de *compliance* penal, su diseño, la figura del encargado de cumplimiento o *compliance officer*, el estudio de los elementos fundamentales en cuanto a la adopción y ejecución del modelo, para poder aproximarse lo máximo posible a la seguridad de que el programa resultará válido para que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal, incluyendo un análisis de los aspectos procesales más importantes a tener en cuenta en un eventual proceso penal contra la persona jurídica.

III.- Como tercer bloque se realiza un análisis jurisprudencial del estado de la cuestión, el cual corrobora la necesidad de dar respuestas a las imprecisiones, inseguridad jurídica y controversias doctrinales que genera la actual concepción del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

FUENTES DE ESTUDIO

Para la realización de la tesis se ha trabajado con una amplia bibliografía de autores especialistas en los distintos aspectos que se tratan en ella. También la práctica profesional como abogado penalista en el diseño y asesoramiento a personas jurídicas

para la adopción y ejecución de los programas de *compliance* penal, ha sido especialmente enriquecedora para darme la oportunidad de obtener conclusiones derivadas de dicha práctica. El derecho comparado, vigente en países con amplia experiencia en responsabilidad penal de las personas jurídicas se plantea como un complemento de estudio fundamental del sistema español. Y ocupa una posición relevante entre las fuentes a las que se ha recurrido para la elaboración de la tesis, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hoy todavía escasa, junto con el análisis de resoluciones emanadas de distintas Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal, lo cual ha resultado muy importante para sustentar algunas de mis propuestas y tomas de postura. Finalmente hay que hacer referencia al seguimiento y asistencia a diferentes congresos nacionales e internacionales de *compliance*, cursos y numerosos simposios sobre la materia.

METODOLOGÍA

En cuanto a la metodología de trabajo, conforme fui avanzando en la recopilación, consulta y análisis de las fuentes citadas, se fue abriendo un horizonte de problemas y controversias muy importantes en la concepción y aplicación del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la exención de responsabilidad que se configura en el art. 31 bis del Código Penal, algunas de ellas incluso sobre la propia consideración de la existencia de una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual me dio la oportunidad de adentrarme en la construcción y fundamentación jurídica de los argumentos mediante los que se ofrece una respuesta a dichos conflictos como uno de los principales objetivos de este trabajo, junto con la definición de conceptos jurídicos indeterminados cuya existencia como tales influye negativamente en la aplicación del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

OBJETIVOS

Los principales objetivos del trabajo consisten en ofrecer una respuesta a los problemas derivados de las actuales controversias doctrinales y problemas detectados en la aplicación práctica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de la exención de la misma que se posibilita a través del apartado segundo y siguientes del artículo 31 bis del Código Penal.

En relación con dichos objetivos, en primer lugar, es de suma importancia que en la aplicación del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas sean respetados los principios irrenunciables que informan el derecho penal, tal y como tiene establecido el Tribunal Supremo (STS de 2 de septiembre de 2015, Sala de lo Penal- Roj: STS 3813/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3813). En concreto, el principio de personalidad de las penas o el principio de culpabilidad, siendo del todo necesario velar por que no sean vulnerados derechos constitucionales como el derecho a la igualdad ante la ley o los derechos fundamentales procesales del art. 24 de la Constitución.

En segundo lugar, se debe evitar que continúe existiendo un ámbito de impunidad en la aplicación judicial del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, principalmente debido a la controversia existente entre la Fiscalía General del Estado y

el Tribunal Supremo en relación con la consideración acerca del contenido de la carga de la prueba.

En tercer lugar, resulta del todo necesario que se definan conceptos jurídicos indeterminados, como el «debido control», para evitar el déficit de rigor que ahora se detecta en la fundamentación jurídica de algunas sentencias, lo cual afecta al derecho a la tutela judicial efectiva de la persona jurídica sometida al proceso penal. Asimismo, es necesario que se definan conceptos como la «eficacia» en la adopción y ejecución de los programas de *compliance* penal, o la figura del oficial de cumplimiento o *compliance officer*, aunque bien es cierto que esto último es algo que cuenta, a día de hoy, con la existencia de másteres universitarios de reconocida competencia y eficacia para la formación para el desarrollo de las funciones de *compliance officer*, con lo que es un concepto que comienza a gozar de la necesaria seguridad jurídica.

Finalmente, derivadas de las líneas de estudio que a continuación sucintamente se expondrán y para la consecución de los indicados objetivos se señalarán propuestas de mejora.

PRINCIPALES LÍNEAS DE ESTUDIO

I.- Responsabilidad penal de las personas jurídicas por el hecho propio

Para comenzar con las principales líneas de estudio de la tesis, resulta necesario referirse al punto de partida sobre el que se sustenta gran parte de las subsiguientes líneas de estudio, principalmente las correspondientes a la parte dogmática.

Dicho punto de partida se corresponde con mi toma de postura en relación con la defensa de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por el hecho propio, en consonancia con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de la sala de lo Penal de 29 de febrero de 2016 (Roj: STS 613/2016 - ECLI: ES:TS:2016:613), y a diferencia de la tesis mantenida por la Fiscalía General del Estado que sostiene la existencia de una responsabilidad penal de la persona jurídica de tipo vicarial o por transferencia de la persona física que hubiere cometido el delito de la parte especial.

La justificación de la toma de postura favorable a la existencia de un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho propio se asienta principalmente en dos aspectos: por un lado, en el respeto por el principio de personalidad de las penas como principio irrenunciable que informa nuestro ordenamiento jurídico penal (uno de los objetivos antes mencionados) y, por otro lado, en el reflejo de la intención del legislador en la exposición de motivos de la reforma del Código Penal de 2015 (Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal), cuando se refiere a una de las finalidades de dicha reforma en el sentido de delimitar adecuadamente el contenido del debido control, «cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal», y continúa afirmando que «con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial».

La conducta individual de la persona jurídica dará lugar a un delito encuadrable entre los delitos de omisión no causal previstos en las leyes penales (art. 31 bis del Código Penal),

omisión que se corresponde con la ausencia o deficiencia de control, la cual crea un peligro que se materializa cumpliendo los presupuestos descritos en el apartado primero de dicho artículo. Dicha omisión debe ser dolosa en cumplimiento del art. 12 el Código Penal, pues no se castiga la omisión imprudente de la persona jurídica, la cual realiza una conducta (omisiva) que es independiente de la realizada por la persona física y, por tanto, independiente también del carácter doloso o imprudente de la conducta llevada a cabo por ésta.

Esto nos lleva directamente a analizar la segunda línea principal de estudio en la tesis. Se trata del análisis de los distintos elementos de la teoría jurídica del delito en el caso de las personas jurídicas.

II.- La tipicidad en la teoría jurídica del delito en relación con las personas jurídicas

En relación directa con la postura favorable a una responsabilidad penal por el hecho propio de las personas jurídicas, se defiende en el trabajo una conducta típica omisiva en la que no es suficiente la consideración acerca de la realización de los presupuestos que están expresamente descritos en el art. 31 bis. 1 del Código Penal, sino que es necesario un elemento que individualice la conducta de la persona jurídica. En relación con ello, la Fiscalía General del Estado, desde su postura que defiende la existencia de un sistema de responsabilidad vicarial o por transferencia, aboga por la inexistencia de una conducta propia de la persona jurídica y, por tanto, considera suficiente para el dictado de una sentencia condenatoria que quede acreditado el cumplimiento de los presupuestos que expresamente establece el Código Penal en su artículo 31 bis, para que la persona jurídica resulte responsable penal del delito cometido por la persona física, debiendo aportar el programa de *compliance* adoptado y ejecutado con eficacia del art. 31 bis, apartados segundo y siguientes del Código Penal, para quedar exenta de responsabilidad. Por otra parte, el Tribunal Supremo -Sala de lo Penal-, en su Sentencia de 29 de febrero de 2016, antes citada, establece doctrina al respecto en el sentido de considerar que el núcleo típico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas reside en la ausencia del «debido control». Un «debido control» que identifica con la adopción y ejecución con eficacia de los programas de *compliance* penal, es decir, con el cumplimiento de los requisitos exigidos en los apartados segundo y siguientes del art. 31 bis del Código Penal.

Mi postura respecto de la controversia que se acaba de describir se sitúa en gran parte en la línea de lo establecido por el Tribunal Supremo. Sin embargo, si identificamos el «debido control» cuya ausencia forma parte de la conducta típica de la persona jurídica, con el emanado de la adopción y ejecución con eficacia de los programas de *compliance*, nos encontramos con varios problemas: En primer lugar, se está considerando la existencia de un elemento negativo del tipo, lo cual resulta mayoritariamente rechazado por la doctrina y, como veremos, en este caso, no deja espacio al reconocimiento de la conducta antijurídica de la persona jurídica por confundirse dicho elemento con el injusto genérico; en segundo lugar, se está abocando a la acusación a acreditar un hecho negativo consistente en la ausencia de la adopción y ejecución con eficacia del programa de *compliance* penal, con la enorme dificultad que ello conlleva, lo cual se dirigiría inevitablemente a la conformación de un limbo de impunidad para las personas jurídicas; en tercer lugar si, para evitar que la acusación cargue con semejante *probatio diabólica*,

se requiriese a la persona jurídica investigada para que aportase el programa de *compliance* penal con el objeto de ser analizado para así cumplir con la obligación que las reglas de la carga de prueba imponen a la acusación, además de suponer una inversión de la carga de la prueba respecto de uno de los elementos típicos, lo cual no debe admitirse en respeto del derecho fundamental a la presunción de inocencia, se podrían estar vulnerando otros derechos fundamentales de la persona jurídica como el derecho a no declarar con sí misma y el derecho a no declararse culpable, ambos del art. 24 de la Constitución, puesto que del análisis del programa de *compliance* penal podrían resultar nuevas evidencias que podrían reforzar la certeza acerca de la comisión del delito por la persona física, además de la falta de idoneidad en la adopción y ejecución del propio programa para resultar eficaz en la prevención de la comisión de delitos como el cometido por la persona física u otros de su misma naturaleza, lo cual confirmaría, según la tesis del Tribunal Supremo, la realización de un elemento típico fundamental en la conducta de la persona jurídica, habiendo así requerido a la persona jurídica para aportar al proceso elementos autoinculpatorios.

Al respecto realizo en la tesis una propuesta que consiste en que, ciertamente habría que considerar la existencia de elementos negativos del tipo, lo cual resulta inevitable si queremos individualizar la conducta de la persona jurídica dado que para ello no es suficiente con considerar los presupuestos objetivos del art. 31 bis.1 del Código Penal. Sin embargo, dichos elementos del tipo deberían de quedar circunscritos a la ausencia de control sobre los presupuestos descritos expresamente en el art. 31 bis, que sean de conexión exclusiva con la persona jurídica, es decir, sobre aquellos que constituyen presupuesto para que el delito cometido por la persona física depare responsabilidad penal a la persona jurídica. Por tanto, el elemento típico consistiría en: la ausencia de control sobre la idoneidad de los sujetos descritos en el apartado a) del art. 31 bis.1 del Código Penal para actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica, más la ausencia de control sobre las directrices dadas a éstos para la vigilancia y control sobre la actividad de los subordinados, más la ausencia de fiscalización sobre las vías de entrada de activos a la persona jurídica, así como sobre los actos que sean susceptibles de reportar a ésta beneficios, no habiendo tomado las medidas necesarias y ni configurando los filtros necesarios para dicha fiscalización.

La diferencia entre el debido control emanado de los programas de *compliance* penal y el control cuya ausencia se propone aquí como integrante de la conducta típica de las personas jurídicas se encuentra en que el primero debe ser susceptible de evitar la comisión del delito de la parte especial por parte de la persona física, y el segundo debe ser susceptible de mostrar una mínima diligencia dirigida a que la persona jurídica en el seno de la cual se cometa un delito de los que le depara responsabilidad penal, no cumpla los presupuestos típicos descritos en el art. 31 bis.1 CP que la convierten en penalmente responsable.

Con dicha propuesta se deja espacio a la antijuridicidad de la conducta de la persona jurídica, puesto que el injusto genérico, la conducta que está en contradicción con el conjunto del ordenamiento jurídico, consiste en que aquella no haya realizado acción idónea o eficaz alguna para evitar que se cometan los delitos de la parte especial en su seno creando el peligro para ello. De esta forma, el elemento típico omisivo

individualizador de la conducta de la persona jurídica se mantiene circunscrito al injusto específico en relación con el delito cometido por ésta y se ofrece así la apertura del camino para obtener una respuesta al problema acerca de la carga de la prueba (el cual se completará más adelante con la propuesta relacionada con el registro de modelos de organización básica) sin olvidar el efectivo respeto por el principio de personalidad de las penas.

III.- La antijuridicidad en la teoría jurídica del delito en relación con las personas jurídicas y la naturaleza jurídica de la eximente.

Lo anteriormente expuesto nos lleva al análisis de la naturaleza jurídica de la eximente de los apartados segundo y siguientes del art. 31 bis del Código Penal como siguiente línea de estudio, pudiendo concluir de ello que la naturaleza jurídica de dicha eximente se identifica con una causa de justificación que actúa en el ámbito de la antijuridicidad, pues el desvalor de la conducta típica, la cual se compone de los presupuestos necesarios para deparar responsabilidad de la persona jurídica descritos en el art. 31 bis Código Penal más la ausencia de control sobre los elementos de conexión exclusiva con la persona jurídica, quedaría compensado con el valor correspondiente a la aportación al proceso de un programa de *compliance* penal capaz de evitar, en un análisis ex - ante, la comisión de delitos de la misma naturaleza que el cometido en ese caso, demostrando así la persona jurídica una actuación real y eficaz con una clara adecuación al ordenamiento jurídico, lo cual se opone radicalmente a la conducta omisiva antes referida y elimina la antijuridicidad de la dicha conducta.

IV.- La culpabilidad en la teoría jurídica del delito en relación con las personas jurídicas.

En cuanto a la culpabilidad, gran parte de la doctrina defiende la aplicabilidad del principio de culpabilidad a las personas jurídicas, postura que se sigue en el trabajo, dado que una vez más se tiene que insistir en el respeto por los principios irrenunciables que informan nuestro ordenamiento jurídico penal, en concreto el principio de culpabilidad, el cual debe de considerarse en este caso en consonancia también con la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el hecho propio.

Por otra parte, la mayoría de la doctrina defiende que la culpabilidad de la persona jurídica deriva de la ausencia de una cultura de fidelidad al Derecho o de cumplimiento corporativo, identificando la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas con la capacidad para establecer dicha cultura organizativa de fidelidad al Derecho. Y es en este punto en el que la tesis se distancia de la opinión mayoritaria, puesto que, si intentamos cohonestar este concepto de culpabilidad de las personas jurídicas con lo anteriormente expuesto en el desarrollo de los elementos de la teoría jurídica del delito para las personas jurídicas, se estaría analizando la culpabilidad del ente colectivo desde un sustrato valorativo muy similar al utilizado para el análisis de la antijuridicidad, resultando que toda conducta típica y antijurídica difícilmente dejará de ser culpable (no tendría sentido que una persona jurídica, cuya conducta antijurídica consiste en no haber dispuesto de los medios que le ley establece en el art. 31 bis del Código Penal, apartados segundo y siguientes, para evitar la comisión de delitos en su seno, sea exculpada por el hecho de tener asimilada una cultura de cumplimiento de la legalidad), llevándose a cabo de esa manera, por parte del ordenamiento jurídico-penal, un agravio comparativo en perjuicio

de la persona jurídica respecto de la persona física y vulnerando así, de nuevo, el derecho constitucional a la igualdad ante la ley, puesto que dejaríamos a la persona jurídica huérfana de la posibilidad de ser exculpada tras la constatación de la existencia de su conducta típica y antijurídica, dejando también vacía de contenido la aplicación del principio de culpabilidad a las personas jurídicas.

La respuesta que se ofrece al respecto en la tesis consiste en una culpabilidad de las personas jurídicas correlativa a la reprochabilidad de su conducta en el caso concreto en términos de exigibilidad, al modo en que las concepciones normativas de la culpabilidad lo establecen para las personas físicas, pues nada impide que ello sea así considerado, salvando de esa manera los problemas antes explicados. Nos podemos plantear la cuestión consistente en dilucidar si resulta exigible a la persona jurídica haber actuado de otro modo en el caso concreto. Por ejemplo, ¿se puede reprochar a la persona jurídica no haber adoptado con eficacia un programa de *compliance* para evitar el delito cometido cuando se trata de una sociedad mercantil unipersonal? Resultaría patente que la conducta es antijurídica si no existe la causa de justificación, pero la pregunta debería antojarse negativa, puesto que la persona jurídica no ha tenido la posibilidad de actuar de forma distinta a la de su único/a integrante. La misma persona física que cometió el delito de la parte especial era quien debió adoptar y ejecutar con eficacia el programa de *compliance* penal (pues a su vez constituía el órgano de administración) para, precisamente, evitar el delito y, además, vigilar su cumplimiento. Por tanto, puedo estar de acuerdo con la postura que defiende la inimputabilidad de este tipo de entes unipersonales, pero no por la razón que apuntan, tanto la Fiscalía General del Estado como el Tribunal Supremo (por la mera consideración de un escaso desarrollo organizativo o de que no tengan un sustrato material suficiente, o porque las voluntades de la persona física y jurídica aparezcan en la práctica totalmente solapadas), sino por razón de ausencia de culpabilidad, es decir, por no ser posible reprochar al ente, desde el punto de vista organizativo, que no llevase a cabo la adopción y ejecución con eficacia del programa de *compliance* penal. De la misma forma decaería la reprochabilidad de la conducta de la persona jurídica en el caso de que sobreviniese una crisis económica repentina, inesperada fortuita y devastadora sobre la misma que la llegase a despojar de sus recursos, tanto económicos como humanos, de tal manera que se hubiese desmoronado toda la superestructura que sostenía el eficaz mecanismo de prevención de delitos, siendo el delito cometido de forma simultánea, o inmediatamente anterior a los hechos que hubieren ocasionado el desmembramiento momentáneo de su superestructura. Este supuesto se relaciona en la tesis con la posibilidad aplicación de atenuantes distintas a las del art. 31 quater, a lo que me referiré en una línea de trabajo independiente.

La incorrecta asimilación de una cultura de fidelidad al derecho, más que con la culpabilidad, se podría relacionar con el cumplimiento parcial, incompleto, de lo dispuesto en el apartado segundo o quinto del art. 31 bis, es decir con un programa de *compliance* penal parcialmente válido o ausente de una totalmente correcta adopción y ejecución, pudiendo el juzgador aplicar la eximente incompleta del último párrafo del apartado 2 del art. 31 bis, analizando de forma ponderada la realidad del grado de compromiso o fidelidad al derecho frente a las dimensiones de la omisión o el error en el diseño, adopción y/o ejecución del programa. Por tanto, la adopción de una cultura de

fidelidad derecho no es directamente la causa y elemento culpabilístico sino el sustrato que da soporte a la eximente incompleta del artículo 31 bis.2 *in fine*.

V.- El «debido control»

Como siguiente línea de estudio hay que referirse al concepto jurídico indeterminado tantas veces utilizado tanto en la teoría como en la aplicación judicial del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas: el «debido control».

Se propone en el trabajo la existencia, en el art. 31 bis del Código Penal, fundamentalmente, de tres tipos de debido control en cuanto a su contenido:

1.- El debido control emanado de la adopción y ejecución con eficacia de los programas de *compliance* penal, el cual requiere de una importante inversión en medios personales y económicos y que se identifica con el debido control capaz de evitar la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica requiriendo la máxima diligencia para ello. Por ello lo denomino «debido control absolutamente diligente».

2.- El debido control consistente en la vigilancia por parte de los sujetos descritos en el apartado a) del art. 31 bis del Código Penal, sobre los sujetos sometidos su autoridad. Este tipo de debido control es denominado en la tesis como «debido control atenuado», puesto que para que su omisión depare responsabilidad penal para la persona jurídica, debe ser de carácter grave, lo cual disminuye la exigencia de dicha vigilancia, en el ámbito que nos ocupa, por debajo de la estándar.

3.- Existe un tercer tipo de debido control que se identifica con el que debe ejercer el *compliance* officer sobre el funcionamiento y cumplimiento del programa de *compliance*. La ausencia de este «debido control» impedirá la aplicación de la eximente en virtud de lo dispuesto en el apartado 2.4º del art. 31 bis del Código Penal.

Es de gran importancia la correcta identificación de los tres tipos de «debido control» en la aplicación del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues, como se puede observar en la fundamentación jurídica de alguna de las sentencias que se comentan en la tesis, por ejemplo en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Arrecife 54/2019 de 18 de marzo, se confunde el «debido control absolutamente diligente» con el «debido control atenuado», lo cual tiene relevancia, puesto que cuando se dice que el sistema de debido control conocido como *corporate compliance* se corresponde con el deber de supervisión, vigilancia y control de los directivos sobre la actividad de los subordinados, está identificando un elemento típico de la ilícita conducta de la persona jurídica con la ausencia del programa de *compliance* penal adoptado y ejecutado con eficacia, lo que significaría que la mera concurrencia del presupuesto descrito en el art. 31 bis 1.b) del Código Penal, consistente en el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control del directivo sobre el subordinado, derivaría en la calificación como ineficaz de la adopción y ejecución del programa de *compliance*, resultando automáticamente antijurídica la conducta de la persona jurídica sin posibilidad de exención de responsabilidad, al menos por efecto de dicha causa de justificación. Todo lo cual supone una imprecisión en la fundamentación jurídica de la sentencia que afecta

a la tutela judicial efectiva de las personas jurídicas procesadas. Por tanto, se debe definir de forma mucho más precisa qué es y en qué consiste el debido control en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a lo cual se pretende contribuir con esta sistematización de dicho concepto jurídico indeterminado.

VI.- Las Atenuantes.

Para continuar con la siguiente línea de trabajo hay que referirse al estudio de las atenuantes en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De acuerdo con parte de la doctrina, no está justificada la aplicación de atenuantes a personas jurídicas limitada únicamente a las señaladas en el art. 31 quater del Código Penal (confesión, colaboración, reparación del daño, así como la adopción y ejecución con eficacia de un programa de *compliance* penal con posterioridad a la comisión del delito y antes del comienzo del juicio oral) o la eximente incompleta del último párrafo del apartado segundo del art. 31 bis. Difícilmente se justifica la imposibilidad de aplicar la atenuante por dilaciones indebidas, creando de nuevo un agravio comparativo respecto de las personas físicas y vulnerando así de nuevo el derecho a la igualdad ante la Ley y a la no discriminación del art. 14 de la Constitución. Incluso, tal y como se razona en la tesis, no resulta descabellado considerar la posibilidad de aplicar atenuantes por analogía del art. 21.7 en relación con el 21.1 del Código Penal por aplicación de las eximentes incompletas del art. 20, por ejemplo, de alteración psíquica o en la percepción, siempre considerado de forma analógica a su aplicabilidad sobre las personas físicas y, evidentemente, no desde un prisma humano-psicológico, sino desde el punto de vista organizativo de la persona jurídica. Y es aquí donde se relata el ejemplo consistente en un «descalabro» económico fortuito e inesperado que impida a la persona jurídica, como ente, reaccionar a semejante alteración en su estructura fundamental, lo cual, desde el plano organizativo se puede comparar con la eximente incompleta por analogía consistente en una alteración psíquica exculpante.

VII.- La creación de un Registro de modelos de organización básica de las personas jurídicas

Otra línea de estudio en la tesis, propone la creación de un registro de los manuales o modelos de organización básica de las personas jurídicas.

Los modelos de organización básica de las personas jurídicas se corresponderían con los protocolos de control sobre los elementos típicos descritos en el art. 31 bis del Código Penal de conexión exclusiva con la persona jurídica ya referidos, es decir, aquellos cuya ausencia constituye, según el modelo de conducta típica de la persona jurídica defendido en la tesis, el elemento negativo del tipo individualizador de la conducta de ésta.

El registro de modelos de organización básica no debería consistir en un registro de acceso público ilimitado sino de acceso exclusivo por la autoridad y debería ser de inscripción obligatoria. Con ello se ofrece una respuesta al problema de la carga de la prueba relacionado con la controversia entre la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo acerca del contenido necesario de la misma para poder proceder a la condena de la persona jurídica como ya se ha indicado.

Tal y como se observa en algunas de las sentencias comentadas en la tesis, dicha controversia deriva en la creación de un ámbito de impunidad provocado por la inevitable sentencia absolutoria que dicta el juez/a quien, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 29 de febrero de 2016), considera que no se ha practicado prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia de la persona jurídica por no haber sido acreditada por la acusación la ausencia del «debido control» relacionado con la adopción y ejecución con eficacia de un programa de *compliance* penal en los términos de los apartados 2 y ss del art. 31 bis del Código Penal. Deficiencia probatoria que tiene su origen en la consideración por parte del Ministerio Fiscal de la vigencia de un sistema de responsabilidad vicarial, en el cual no resulta necesario acreditar la ausencia de «debido control» relacionado con los programas de *compliance* penal, puesto que basta, según criterio del Ministerio público que se den todos los presupuestos descritos en el apartado primero del art. 31 bis, para proceder a la condena de la persona jurídica.

Con el registro propuesto se ofrece al acusación la posibilidad de acreditar la conducta omisiva de la persona jurídica materializada en la concurrencia de un elemento de carácter negativo como es la ausencia de los protocolos de organización básica, pero salvando la dificultad probatoria que supondría el hecho de tener que acreditar la ausencia de programas de *compliance* adoptados y ejecutados con eficacia, programas que están en poder de la persona jurídica, sin que sea posible requerir su aportación al proceso sin vulnerar algunos de sus derechos fundamentales procesales como ya hemos visto.

De esta forma, la acusación, por medio del informe pericial correspondiente, realizado por el perito experto en *compliance* penal podrá acreditar, en consonancia con lo que espera el órgano judicial que sea probado para enervar la presunción de inocencia de la persona jurídica, la concurrencia de ese elemento individualizador de la conducta típica de la persona jurídica.

Con esta propuesta se ofrece una respuesta, tanto en relación con el respeto por el principio de personalidad de las penas, al considerar ese elemento que caracteriza la responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho propio, como al problema de la impunidad derivada de la deficiencia probatoria que aplicará el juzgador/a que siga la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de febrero de 2016.

Se defiende en la tesis, en línea con parte de la doctrina, la creación de un cuerpo de peritos especialistas en *compliance* penal, adscritos a los juzgados y tribunales, que podrán informar acerca de la idoneidad de los controles establecidos en el modelo de organización básica.

VIII.- La adopción y ejecución con eficacia de los programas de *compliance* penal

Pasando a la parte más práctica de la tesis, se intenta definir en la medida de lo posible el concepto jurídico indeterminado «eficacia», el cual es elemento fundamental para la aplicación de la exención de responsabilidad penal.

Dado que la calificación de eficaz queda a criterio del juzgador/a y del Ministerio Fiscal, es necesario asegurar, en la medida de lo posible que se obtendrá dicha calificación. Y este es un trabajo de los diseñadores del programa y de los asesores para su adopción y ejecución.

Resulta patente del literal del art. 31 bis.5 del Código Penal, que el modelo deberá cumplir escrupulosamente todos y cada uno de los requisitos que se enumeran en dicho apartado, así como las condiciones que se enumeran en el apartado segundo de dicho artículo, teniendo en cuenta lo indicado en el apartado tercero respecto de una concepción más flexible de la figura del *compliance officer* para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones y en el apartado cuarto respecto de las más laxas condiciones en la consideración de un programa de *compliance* penal válido para el caso de los delitos cometidos por los subordinados (acerca de lo cual se fundamenta en la tesis la inconveniencia de disminuir la diligencia en el diseño del programa de *compliance* respecto de algunos elementos de los enumerados en el apartado segundo del artículo 31 bis).

Sin embargo, las escuetas referidas indicaciones, no resultan suficientes para asegurar una alta probabilidad de calificación positiva de la eficacia. Por ello, se propone en la tesis recurrir a los ejemplos de derecho comparado, principalmente el ejemplo de los Estados Unidos, país que nos lleva décadas de ventaja en cuanto a la vigencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Podemos recurrir a las once *topics and questions* publicadas por la *Fraud Section* de la *Criminal Division* del departamento de Justicia de los Estado Unidos, división administrada por el Fiscal General (Attorney General). Estas *topics and questions* son cuestiones comunes a todos los programas de *compliance* que son consideradas para la evaluación de los mismos, analizando el caso concreto y medida en que la persona jurídica ha llevado a cabo su trabajo de cumplimiento en referencia a cada una de ellas. Entre estas cuestiones se encuentran algunas que se identifican plenamente con lo dispuesto en nuestro artículo 31 bis del Código Penal, pero no ocurre lo mismo con otras que nos pueden servir para reforzar en gran manera la posibilidad de calificación positiva de la eficacia en la adopción y ejecución del programa.

También resulta relevante tener en cuenta la Guía sobre los procedimientos que las organizaciones comerciales relevantes pueden adoptar para evitar que las personas asociadas con ellas cometan soborno, publicada por el Ministerio de Justicia británico en 2011.

Como complemento a lo señalado, se podría aplicar la fórmula alemana referente a la obligación impuesta a las sociedades cotizadas consistente en declarar, y así publicarlo en su página web o cualquier otro medio, el grado de cumplimiento de las reglas de buena conducta y control de las empresas, así como la justificación de dicho cumplimiento, reglas que se deberían elaborar previamente al estilo de las *Deutche Corporate Governance Kodex*. Aunque es cierto que en España, la Ley 5/2021 de 12 de abril, introdujo por primera vez la figura de los asesores de voto, entidades asesoras de inversores en relación con el ejercicio del derecho de voto derivado de la titularidad de acciones, los cuales quedan obligados a publicar información acerca del código de conducta que apliquen las sociedades, informando de la forma en que lo hacen.

También sería deseable que en España existiesen instancias semi estatales como el “DIN” alemán, para el control del cumplimiento de una normativa sectorial profusa, en ciertos sectores de actividad.

La toma en consideración de estas prácticas en derecho comparado incrementaría la seguridad jurídica respecto de una más exacta definición de lo que debe ser el modelo de organización y control adoptado y ejecutado con eficacia a que se refiere el art. 31 bis del Código Penal. Seguridad jurídica siempre necesaria pero más, si cabe, en el caso de tratarse de la aplicación del derecho penal.

IX.- La figura del *Compliance Officer*

Otro concepto jurídico indeterminado a que hace referencia el art. 31 bis del Código Penal es el de la figura del órgano encargado de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención 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, también denominado *compliance officer* u oficial de cumplimiento.

Aunque bien es cierto que este concepto jurídico indeterminado está adquiriendo ya buena definición dado que existen másteres universitarios dedicados a la formación para el ejercicio profesional de dichas funciones, en la tesis se lleva a cabo un análisis de su figura, de su posible responsabilidad penal y de la idoneidad en cuanto a la configuración del órgano, el cual puede ser unipersonal o colegiado, realizando al respecto un estudio en relación con el derecho comparado.

Resulta de suma importancia la concurrencia de un elemento fundamental y que caracteriza la idoneidad y competencia en el desarrollo de las funciones del *compliance officer*, la independencia. Por ello, es necesario hacer hincapié en lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 31 bis del Código Penal, en el que se señala que en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (en referencia a las que estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada), las funciones del *compliance officer* podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. Según esto, el órgano de administración de la persona jurídica sería el encargado de adoptar y ejecutar el programa de *compliance* penal con eficacia y, a su vez supervisar el cumplimiento y funcionamiento del mismo, teniendo en cuenta sobre todo que el órgano de administración es un órgano integrante de la persona jurídica con altas probabilidades de cometer el delito, de hecho, es uno a los que se refiere el apartado primero del art. 31 bis. De esta forma se convierte al órgano de administración en juez y parte, encargando la vigilancia del cumplimiento del modelo a quien precisamente es susceptible de incumplirlo por tener intereses directos en la obtención de beneficios, en algunos casos a toda costa, para la persona jurídica. Es evidente que esta circunstancia, en caso de comisión del delito, operaría en detrimento de la eficacia del modelo. Por ello se propone en la tesis que, a pesar del literal del referido precepto, y en consonancia con parte de la doctrina, el *compliance officer* sea siempre independiente del órgano de administración.

Es cierto que resultaría desproporcionado que se obligase a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones a contratar un oficial de cumplimiento, tanto externo como interno, puesto que proporcionalmente podría incrementar en gran manera los costes de personal en relación con los recursos económico-financieros de la misma. Por ello se defiende en el trabajo una alternativa a que el órgano de administración ejerza las funciones de oficial de cumplimiento, consistente en la creación de un órgano de cumplimiento colegiado,

compuesto por una comisión del órgano de administración junto con algunos accionistas o personal integrante de la auditoría interna, tal y como propone parte de la doctrina, es decir, que se asegure la independencia del *compliance officer* respecto de los intereses puramente económicos que pueden residir en el órgano de administración y se tengan en cuenta otros como los reputacionales o de buen nombre, de interés para los accionistas. La idoneidad de los integrantes de la auditoría interna residiría en su relación directa con las funciones de control.

Por tanto, en relación con una calificación positiva respecto de la eficacia es importante que se interprete con los matices señalados lo dispuesto en el apartado tercero del art. 31 bis del Código Penal.

X.- La estructura del programa

Como siguiente línea de estudio hay que referirse a la estructura del programa de *compliance* penal.

Tanto de mi experiencia profesional en el diseño y asesoramiento para la adopción y ejecución de los programas de *compliance* penal, como de las lecturas bibliográficas de autores especializados, en la tesis se divide el programa en tres bloques fundamentales:

I.- Diseño del manual

El manual de *compliance* penal es el documento (o documentos, pues suele entregarse en varios archivos digitales) que contiene un reflejo escrito y gráfico de todos los elementos que se deberán adoptar y ejecutar para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica. Sin embargo, dicho manual no es suficiente para lograr la exención de responsabilidad penal si no se ha puesto en práctica de forma eficaz. No sirve para quedar exenta de responsabilidad penal que la persona jurídica muestre a la autoridad que posee un trabajo, aunque sea detallado y concienzudo, acerca de los elementos a implantar en la persona jurídica para la prevención de delitos, aunque según el criterio del juzgador/a podrá ser aplicada la atenuante basada en la eximente incompleta del art. 31 bis.2 *in fine*.

En la práctica profesional venimos construyendo los manuales de forma que integren, como mínimo, y siempre en consonancia con el perfil organizativo y económico de la persona jurídica, lo siguiente:

a.- Código ético

El código ético debe formar parte del programa de cumplimiento, en concreto de su manual, aunque suponga, aparentemente, una mera declaración de intenciones, dado que, en la mayoría de las ocasiones, cuando se comienza el estudio de la persona jurídica concreta para planificar el diseño del programa, se observa que ésta ya posee un código ético adoptado con anterioridad, lo cual dirá mucho en su favor para el caso en que se aporte el programa de *compliance* a la autoridad.

b.- Identificación, ubicación y análisis de los riesgos penales

En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado quinto, inciso primero, del art. 31 bis resulta del todo necesario y se constituye en centro neurálgico del programa

de *compliance* penal todo lo concerniente a la toma en consideración de los riesgos de comisión de delitos abarcando dicho estudio la totalidad de la persona jurídica.

En primer lugar, es necesario identificar, tras haber estudiado los datos aportados por la persona jurídica, los delitos que podrían ser cometidos en su seno, tanto por tratarse de delitos de posibilidad de comisión común por todas las personas jurídicas, como de delitos cuya posibilidad de comisión crece o decrece según la actividad de éstas.

Tras su identificación se debe proceder a realizar un mapa de procesos en relación con los riesgos inventariados, para lo cual se suelen complementar éstos con los supuestos de hecho que pudieran dar lugar a la conducta delictiva, consistiendo el mapa de procesos en la ubicación de los riesgos en los distintos procesos de cada uno de los departamentos de actividad de la persona jurídica.

Una vez ubicados los riesgos debemos analizar los mismos. Para ello hay que tomar en consideración, entre otras cosas, lo señalado en la Norma ISO-UNE 31000:2018, donde se establece como objetivo de dicho análisis la comprensión de la naturaleza del riesgo y sus características. Fundamentalmente, hay que considerar la probabilidad de ocurrencia de los eventos ilícitos y de sus consecuencias, así como la naturaleza y la magnitud de éstas, su complejidad o la eficacia de los controles existentes.

c.- Elaboración de un mapa o matriz numérica de riesgos, con la justificación de las razones por las que se han considerado ciertas magnitudes en la labor de ponderación, las cuales provendrán del resultado del análisis de riesgos anteriormente realizado, ponderación que suele considerar dos parámetros: “probabilidad de ocurrencia” (de materialización del riesgo penal) e “impacto en la organización” (severidad con la que la persona jurídica se vería afectada por la materialización del riesgo penal). Cada una de estas magnitudes se divide en un total de cuatro tramos (se puede dividir en más si se considera necesario por las particulares características de la persona jurídica). El producto de estas dos magnitudes ofrece un nivel de riesgo que será reflejado en el correspondiente gráfico y que en la práctica dividimos en riesgo leve, con vigilancia de las circunstancias que pudieran derivar de hacia comportamientos ilícitos en el seno de la persona jurídica, pero sin que sea necesario la adopción de especiales medidas preventivas; riesgo moderado, caso en que bien se requerirán medidas preventivas de bajo nivel, o bien el establecimiento de un protocolo de vigilancia más intenso que en caso del riesgo leve.; riesgo grave, en el que se deberán establecer medidas preventivas con una intensa vigilancia controlando todas las circunstancias que pudieran dar lugar a la comisión de cualquier conducta relacionada con el concreto delito que se haya calificado como grave; y muy grave, requerido medidas preventivas urgentes, incluso aunque pudieran afectar al habitual funcionamiento de la organización o a su estructura.

Según el resultado del producto «probabilidad» x «impacto», se acotarán las distintas clasificaciones del riesgo teniendo en cuenta que nunca existe riesgo cero y que debemos de considerar una menor amplitud en el ámbito de los riesgos leves

que en los riesgos moderados, graves o muy graves, de forma que no sean muy numerosos los delitos con ausencia de medidas preventivas, haciendo primar el debido control por encima del estricto resultado aritmético del riesgo. De esta forma únicamente consideramos riesgo leve de comisión de delitos a los resultados de riesgo 1 y 2.

Pueden utilizarse métodos de evaluación del riesgo más elaborados como se explica en la tesis, por ejemplo, con la utilización del método Mosler.

Será necesario que formen parte del manual documentos que, para cada uno de los riesgos detectados y analizados, contengan la justificación razonada de los niveles asignados de probabilidad e impacto en la organización, puesto que de lo contrario, estaríamos dando a entender que fue una decisión aleatoria que iría en detrimento de la eficacia del análisis.

El análisis de riesgos se puede complementar con un análisis GRC, el cual consiste en el reflejo de la interrelación entre cada una de las actividades realizadas por la organización, las cuales incluirán una serie de procesos que se asociarán con el delito en concreto que sea susceptible de ser cometido y con los controles, responsabilidades y mejoras o acciones (*compliance*). El análisis GRC es el resultado de la interrelación de estos factores.

d.-Diseño de los protocolos de prevención de los delitos con riesgo evaluado por encima de 2 (moderado).

Es la parte central y más importante del programa de *compliance* penal puesto que de ello depende que el delito sea o no correctamente prevenido. Es más, la adopción y ejecución de un protocolo mal diseñado, por mucho que la persona jurídica haya invertido en medios y esfuerzo, no servirá que para que ésta quede exenta de responsabilidad penal. Se debe llevar a cabo un análisis de los controles relacionados con las conductas susceptibles de derivar en comisión delictiva que pudieran ya existir en la persona jurídica.

e.-Determinación de funciones de CO

En cumplimiento del apartado segundo, inciso segundo, del art. 31 bis del Código Penal se deberá nombrar formalmente al *compliance officer*, de forma que quede constancia en el acta correspondiente del cumplimiento de dicho requisito, imprescindible para que la persona jurídica pueda quedar exenta de responsabilidad penal.

En el manual, deberán indicarse las funciones a realizar por este órgano, su mejor o más idónea configuración y las características y perfil fundamental que deban tener las personas a las que se confíe la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del programa.

f.-Protocolos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la PJ

En cumplimiento del apartado quinto, inciso segundo del art. 31 bis, deberemos incluir en el manual una descripción de los protocolos de formación de la voluntad

de la persona jurídica, para el momento posterior a la comisión del delito. Aunque existen interpretaciones que abogan por que dichos protocolos abarquen también los momentos anteriores, lo cual impondría a la persona jurídica una carga que equivaldría a una interpretación extensiva contra reo del precepto indicado.

En dichos protocolos se deberá definir quienes y cómo, dentro de la persona jurídica, deben de actuar en cuanto a la toma de decisiones una vez detectada una conducta ilícita en la organización.

g.-Modelo de gestión de los recursos financieros destinados a la prevención

La persona jurídica se deberá dotar de modelos de gestión de los recursos financieros destinados para la adopción y ejecución del programa de *compliance* penal, en cumplimiento del apartado quinto, inciso tercero del art. 31 bis.

Por tanto, deberá quedar reflejado en el manual qué modelos de gestión de los recursos financieros de la persona jurídica han sido destinados a mitigar los riesgos de comisión de delitos. Dichos modelos o protocolos de gestión deberán ser, por la autoridad, considerados «adecuados» para impedir la comisión de los delitos

h.-Todo lo referente al canal de denuncias

Deberá formar parte del manual de *compliance* penal la configuración del canal de denuncias o canal informativo, puesto que es otro de los elementos preceptivos en el sistema de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el apartado quinto, inciso cuarto del art. 31 bis del Código Penal.

Se defiende en la tesis un canal de denuncias anónimo con el objeto de conseguir que la adopción y ejecución del programa se considere eficaz, puesto que la reticencia a denunciar por miedo a represalias, aun comprometiéndose la persona jurídica al tratamiento confidencial de la denuncia, provocaría un bajo número de denuncias en relación con las conductas ilícitas detectadas, lo cual actuaría en detrimento de la calificación como eficaz.

También se debe describir detalladamente el funcionamiento del canal, el cual se deberá comunicar a todos los integrantes de la persona jurídica mediante la formación que ésta deberá impartir a aquellos en relación con el modelo de prevención penal.

Se recomienda que el canal sea externo para mayor seguridad en la imparcialidad de su gestión.

i.-Sistema disciplinario

Es en el apartado quinto, inciso quinto del art. 31 bis de Código Penal donde se establece la obligación de contar con un sistema disciplinario interno que sancione el incumplimiento del modelo, el cual puede estar integrado en el sistema disciplinario laboral de la empresa, o bien constituir un sistema disciplinario independiente.

En el manual, como mínimo, deberá constar su creación y las normas que lo rijan para sancionar las conductas incumplidoras del modelo. La gestión y ejecución de dicho sistema disciplinario deberá dejar constancia documental de ello.

j.-Establecimiento del periodo de revisión

Se deberá reflejar en el manual la periodicidad con la que se revisará el programa, así como el hecho de programar revisiones puntuales en el momento en que haya sido realizada cualquier conducta vulneradora de lo dispuesto en el modelo.

II.- Adopción y ejecución de lo dispuesto en el manual

En este segundo gran bloque se llevarán a cabo todas y cada una de las acciones que derivan de la aplicación práctica de lo dispuesto en el manual. Es aquí donde cobra mayor importancia el término «eficacia».

En primer lugar, se deberán poner en práctica todos los protocolos de prevención que forman parte del manual.

Una vez cumplido lo anterior, el compliance officer deberá cumplir escrupulosamente sus funciones de supervisión y control del funcionamiento y cumplimiento del modelo.

Cuando alguien detecte la realización de una conducta ilícita deberá seguir el conducto descrito en el manual para su denuncia, la cual deberá recibir el *compliance officer* en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado quinto, inciso cuarto, del art. 31 bis del Código Penal y que deberá ser gestionada, no necesariamente por éste, sino por un órgano colegiado imparcial que deberá registrar, clasificar e informar al órgano correspondiente que forme parte de la estructura prevista para la respuesta ante las conductas ilícitas, si en su labor de clasificación ha corroborado la veracidad de la comunicación y lo considera pertinente.

Una vez informado el órgano correspondiente de la persona jurídica se iniciará una investigación interna, en la que se tratará de esclarecer los hechos denunciados, cuyo primer paso será informar al denunciado en cumplimiento de lo dispuesto al respecto por la Agencia Española de Protección de Datos.

Es muy importante tener en cuenta la necesidad de que la investigación interna sea dirigida por el abogado penalista que diseñó o codiseñó el programa y que dicho abogado sea quien defienda a la persona jurídica en el proceso penal que podrá iniciarse contra ella. Ello es de suma importancia, puesto que un abogado especialista en derecho penal tratará con la debida diligencia todos y cada uno de los actos a llevar a cabo en la investigación interna que tienen que ver con intervenciones sobre el «investigado», ya que dichas intervenciones, como podrían ser interrogatorios, intervenciones de correo electrónico o seguimiento de páginas web por él visitadas, incluso llamadas telefónicas realizadas, podrían fácilmente vulnerar derechos fundamentales contra la intimidad, o el secreto de las comunicaciones y hay que insistir en la posibilidad de beneficiarse de la atenuante por colaboración con las autoridades aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. El abogado, consciente de la insuficiencia acerca de la idoneidad del programa para prevenir el delito que hubiere sido cometido, podría decidir

optar por aportar dichas pruebas al proceso para que la persona jurídica se pudiera beneficiar de la atenuante por colaboración, pero dicha colaboración quedaría vacía de contenido y, por tanto, no tendría en cuenta, si los elementos que se aportan para hacer prueba en el proceso penal están contaminados por la vulneración de derechos fundamentales, ya que en ese caso no podrían considerarse prueba válida en dicho proceso, decayendo la posibilidad de aplicación de la atenuante. También es importante que el abogado penalista sea externo a la persona jurídica para poder hacer valer el secreto profesional en el ejercicio del derecho de defensa de aquella, de forma que, en el proceso, no se le podrá obligar a declarar como testigo - director de la investigación interna, dejando así margen para que la persona jurídica pueda actuar conforme a sus intereses.

III.- Ejecución de las revisiones del periódicas o puntuales del programa

Este tercer bloque en que he dividido la estructura del programa de compliance penal consiste en la ejecución de las revisiones del programa. Dichas revisiones deberán ser periódicas (anuales, bianuales, semestrales, etc...), configurando periodos más o menos largos dependiendo, por ejemplo, de la complejidad de la persona jurídica, su estabilidad en el tiempo en cuanto a la conformación de los distintos departamentos o a la cantidad de personal que varíe de forma periódica en relación con la persona jurídica, tanto personal contratado como personas que mantienen relación de negocio con ella.

Se deberá proceder también con una revisión del programa cuando se produzca vulneración de alguno de los protocolos adoptados, pues será indicativo de que algo no funcionó bien en su adopción y ejecución.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Como análisis del estado de la cuestión a nivel práctico de lo visto en la primera y segunda parte de la tesis, se analiza la jurisprudencia más importante del Tribunal Supremo en la materia, así como la emanada por algunas audiencias provinciales, no dejando de lado algunas sentencias de los juzgados de lo penal en las que se constata que, aspectos tan importantes como, por ejemplo, el análisis de la adopción y ejecución con eficacia de los programas de *compliance* penal, no están siendo llevados a la práctica judicial con el rigor que sería exigible, quedando incluso vacía de contenido la propia responsabilidad penal de la persona jurídica por razón de la discordancia existente entre la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo acerca de la carga de la prueba, ello en relación directa con la identificación de los elementos del tipo en el sistema de responsabilidad penal de la personas jurídicas y de la consideración respectiva de la naturaleza jurídica de la eximente del apartado 2 del art. 31 bis.

Las Sentencias del Tribunal Supremo que se analizan son las siguientes:

- 1.-STS 514/2015, de 2 de septiembre.
- 2.-STS 154/2016, de 29 de febrero.
- 3.-STS 221/2016, de 16 de marzo.
- 4- STS 516/2016, 13 de junio.
- 5- STS 668/2017, de 11 de octubre.

A continuación, se analizan en el trabajo las siguientes sentencias de diferentes Audiencias provinciales y Juzgados de lo Penal, clasificados por sectores de actividad.

- 1.- Construcción: SJP de Arrecife 54/2019 d 18 de marzo. Imprecisión en la fundamentación jurídica en relación con el «debido control» y con la consideración de ambos títulos de imputación.
- 2.- Gestión: SJP n.8 de Madrid 63/2017, de 13 de febrero. Estafa. Persona jurídica inimputable.
- 3.- Decoración: SAP de Zaragoza 112/2016, de 27 de mayo. Aplicación indebida de la responsabilidad penal por delitos no susceptibles de comisión por las personas jurídicas. Ejemplo de la impunidad debida la controversia sobre la carga de la prueba.
- 4.- Deportes:
 - I.-SAP B 694/2016, de 14 de diciembre. Delito contra la Hacienda Pública. Aplicación de atenuante por *compliance*.
 - II.-Auto del Jdo. De Instrucción n. 2 de Pamplona de 11 de enero de 2016. Delito de corrupción deportiva. Principio de culpabilidad.
- 5.- Sector público: SJP Avilés de 13 de febrero de 2020 . Prevaricación administrativa, falsedad en documento mercantil, cohecho. Exención de responsabilidad por aplicación de la ausencia del debido control como núcleo de la tipicidad.
- 6.- Sector inmobiliario:

SAP Granada 194/2019 de 25 de abril. Estafa. Condena de la persona jurídica. Problema de la carga de la prueba en relación con la falta de uniformidad en la doctrina del Tribunal Supremo.
- 7.- Sector extracción de áridos:

SAP Pontevedra 38/2017de 30 de junio. Delito contra la hacienda pública. Condena de la persona jurídica. Ejemplo de la necesidad de determinar correctamente la naturaleza jurídica de la eximente y de los elementos del tipo individualizadores de la conducta de la persona jurídica.

PROPUESTAS DE MEJORA

A continuación, paso a resumir las propuestas de mejora en relación con el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, principalmente las relacionadas con el literal del Código Penal, todas ellas en conexión con las líneas de estudio y con los objetivos indicados al inicio.

En primer lugar, no está justificado un sistema de *numerus clausus* en cuanto a los delitos comisibles por las personas jurídicas. En consonancia con parte de la doctrina, en la tesis

se defiende la conveniencia de un sistema de *numerus apertus*, puesto que nada indica que las personas jurídicas no sean capaces de resultar responsables penales por delitos por los que hoy no pueden serlo según el Código Penal. Por ejemplo, un representante legal (o cualquier otra persona en nombre y por cuenta de la persona jurídica) podría «contratar» los servicios de un tercero para asesinar a una persona que estuviese dañando los intereses económicos de la persona jurídica, lo cual daría como resultado que se habría cometido un delito por un representante legal de la persona jurídica, actuando en nombre o por cuenta de la misma y en su beneficio directo o indirecto. Con el sistema de *numerus clausus* se evidencia la creación de un ámbito de impunidad para las personas jurídicas en relación con conductas que, a pesar de poder ser realizadas, no deparan responsabilidad penal para éstas.

Por tanto, debería eliminarse la referencia a «los supuestos previstos en este Código», al inicio del literal del apartado primero del art. 31 bis del Código Penal para evitar el sistema de *numerus clausus* en la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En segundo lugar, en el primer párrafo del art. 129 del Código Penal, cuando dice: «en caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer...», se debería eliminar la referencia al artículo 31 bis, puesto que, debido a su literal, cabe interpretar que únicamente serán aplicables las consecuencias accesorias a aquellas entidades sin personalidad jurídica en los casos en que la conducta depare responsabilidad penal para las personas jurídicas. Sin embargo, en el apartado segundo de dicho artículo se dice expresamente que «sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas», lo cual deja sin sentido ninguna aquella referencia al artículo 31 bis puesto que se podrán imponer las consecuencias accesorias, no sólo cuando la conducta de la entidad sin personalidad jurídica conlleve responsabilidad penal para las persona jurídicas, sino también cuando lo prevea expresamente el Código Penal. Por ello se propone una mejora en el literal de dicho artículo eliminando la referencia al art. 31 bis.

En tercer lugar, el art. 31 quater del Código Penal debería eliminar de su literal el término «sólo», puesto deberían ser de aplicación otras atenuantes aplicables a las personas físicas.

En cuarto lugar, en el art. 66 bis del Código Penal, se establece que «cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años».

Si el incumplimiento de los deberes de supervisión y control no tienen carácter grave, la conducta no será típica, puesto que no se habrá cumplido uno de los elementos expresamente indicados en el art. 31 bis.1, es decir, que se hayan podido realizar los hechos «por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión,

vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso», por tanto, no tiene sentido limitar la pena para el caso en que no se dé dicha circunstancia puesto que, en este caso, la persona jurídica no podrá tener responsabilidad penal alguna.

En quinto lugar, teniendo en cuenta lo propuesto a lo largo de la tesis, sería muy conveniente reformar el literal del art. 31 bis, en su apartado primero, añadiendo expresamente, como elemento típico individualizador de la conducta omisiva de la persona jurídica la ausencia de control derivado de los manuales de organización básica de la persona jurídica, de forma que no quepa duda por parte de la fiscalía de los extremos que requieren ser acreditados, en coincidencia con el criterio del juzgador. De esta forma se evitaría tener que recurrir a teorías controvertidas como de los elementos negativos del tipo. Y, para evitar crear un problema de inseguridad jurídica en relación con ello, se deberían definir los modelos de organización básica de la persona jurídica y establecer la obligatoriedad de su registro, bien en el propio Código Penal o bien por remisión a la legislación administrativa correspondiente.