

## LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. CULTURA DE CUMPLIMIENTO Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Carlos Requena y Néstor Aparicio

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. La autorreferencialidad organizativa empresarial. 3. La cultura de cumplimiento para mitigar la corrupción. 3.a. Los modelos de imputación penal de las personas jurídicas. 3.b. De la heterorresponsabilidad a la ‘autorresponsabilidad’ en la legislación penal española, para comprensión comparativa de la situación en México. 3.c. El hecho propio y la “cultura de cumplimiento”. 3.d. La eficacia de un sistema de compliance. 4. Elementos esenciales en torno a los que se integra la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación penal española, para comprensión comparativa de la situación en México. 4.a. Naturaleza jurídica del hecho de conexión o hecho de referencia de la persona física. 4.b. Naturaleza jurídica del ‘indebido control organizacional’ y la ubicación en la tipicidad. 5. La acreditación de la cultura de cumplimiento ante tribunales, reguladores y supervisores en España. 5.a. Los derechos de la persona jurídica: la preconstitución de la prueba en el procedimiento administrativo y el principio nemo tenetur judicial. 5.b. La actitud procesal de la empresa: colaboración u oposición. 5.c. ¿Cómo acreditar la eficacia de un sistema de gestión de compliance?: elementos prácticos que muestran la madurez del sistema de compliance. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.*

### 1. Introducción

El rigor del cumplimiento de la ley, como ideal político de cualquier sistema organizativo, incluye principios procedimentales y estructurales sustentados en valores éticos previos. La idea de la superioridad de las leyes se apoya vigorosamente en creencias firmes, hábitos y costumbres arraigadas a lo largo de la historia. Todo ello en aras de lograr el anhelado **orden social justo**. La ley se convierte así en su propia racionalización y sistematización. Sin embargo, tal ley, ajena a ese logro, anhelo y sustento, se convierte en algo artificial dependiente de la fuerza coactiva del Estado para exigir su cumplimiento a través del Derecho Sancionador.

Por su parte, la conducta humana depende mucho más de los hábitos, del entorno y las costumbres que de la razón. Su racionalidad equivale a razonabilidad. De modo que la política afectiva se apoya más en el entendimiento o sentir común que en la especulación abstracta <sup>1</sup>; lo que nos lleva necesariamente al concepto aristotélico de *virtud* como hábito o repetición de cosas buenas y correctas para cumplir con la propia naturaleza del ser y de las cosas.

Partiendo de la etimología del término latino *corruptio* (*com*-junto y *rumpere*-romper) comprobamos que **la corrupción** supone “una alteración de las cosas”. Es decir, la desnaturalización de algo cuando no actúa sometido al fin impuesto o inherente por su propia naturaleza sino en función de intereses ajenos, maliciosos o torcidos. En este sentido, la ley es un elemento afectivo o coactivo para *vuelta o regreso al estado natural*. Los Estados, como poder legitimador, imponen modelos de convivencia que aseguran su propia subsistencia, con fundamento en la tradición y algunas creencias firmes transversales que se demuestran como útiles (ejemplo, robar es malo) a nivel personal y colectivo, que permean a todos los niveles de una sociedad determinada. Así, **el delito**, resultado de la conducta humana, no es sino la ruptura, la desviación de lo correcto o bueno y la frustración de la propia naturaleza. Surge así la necesidad de la definición legal o formal de delito, según el orden o modelo jurídico aplicable.

Este es un punto relevante puesto que, en palabras de Bertrand Russell, *sin moralidad cívica las comunidades perecen. Sin moralidad individual, su supervivencia carece de valor* <sup>2</sup>. La moralidad impuesta por y desde el Estado, que es plasmada en la ley, tiene un referente personal y colectivo que, en lo que respecta a este ensayo, se manifiesta de forma especial no solo en las personas físicas, sino también en las personas jurídicas. Estas organizaciones, resultado de la unión de voluntades personales y colectivas (por debajo de la familia), son básicas en las sociedades actuales. Asumiendo que tales organizaciones se exteriorizan a través de la voluntad e inteligencia organizacional, respectivamente. De ahí la necesidad de identificar, analizar y valorar la moralidad de las personas individuales y de las personas jurídicas como personas autónomas. Incluyendo la necesidad de regularlas legalmente en forma autónoma respecto de las personas físicas.

---

<sup>1</sup> NEGRO, Dalmacio, Sobre la naturaleza de la corrupción política.

<sup>2</sup> Bertrand Russell, Autoridad e individuo.

Definir la forma en que la organización, ente colectivo, empresa o persona jurídica permanece, vuelve y regresa al bien o a lo correcto tiene una trascendencia especial en *la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Por ello debemos fijar la atención en las personas físicas que las componen y en el concepto importantísimo de ***cultura de cumplimiento individual y organizacional***. El respeto a la ley o legalidad por parte de la empresa y a la moralidad de las personas físicas que la integran, quiénes actúan con base en su voluntad e inteligencia humana, asegura su supervivencia y forma de interactuar o relacionarse como ente colectivo al esforzarse por cumplir con su naturaleza, que en el ámbito corporativo le podemos denominar ***objeto social***. Este, por mandato legal, no puede ser ilícito ni contrario a la ley. Adicionalmente, la persona jurídica también conjunta y realiza diversas actividades empresariales, comerciales, productivas y/o industriales que se desarrollan con motivo o en el contexto del cumplimiento de dicho objeto social. Siendo éstas actividades una fuente de riesgo para la prevención de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica.

La imputación de la empresa en el ámbito penal tiene, por lo tanto, su origen en la frustración de su objeto social como estado natural de la empresa <sup>3</sup>.

Ciertamente, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue presentado inconvenientes técnicos, procesales y doctrinales en modelos de imputación tradicionalmente diseñados de manera exclusiva para las personas físicas. Y algunos Estados han reaccionado con diferentes soluciones o aparentes soluciones para comprender y aplicar el modelo de imputación penal basado en regulaciones procesales propias para las personas jurídicas que intervienen en un hecho con apariencia de delito. Por ello, vale la pena revisar el concepto de ***cultura de cumplimiento organizacional en la empresa*** como elemento nuclear para la imputación de las personas jurídicas, al tratarse de un modelo sustentable filosófica y jurídicamente en legislaciones e interpretaciones judiciales americanas.

---

<sup>3</sup> La norma **ISO 37301** de sistemas de gestión de Compliance manifiesta con especial agudeza que “las organizaciones que pretenden ser exitosas a largo plazo necesitan establecer y mantener una cultura de integridad y cumplimiento (...). El compliance, por tanto, no sólo es la base, sino también una oportunidad para una organización exitosa y sostenible”, de forma que las desviaciones de su objeto social no son sino obstáculos para la propia sustentabilidad de la empresa.

Es importante recordar que la legislación nacional, federal y estatal en México en materia de *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, por ser innovadora, está siendo sometida a una imprescindible -y aún incipiente- aplicación, entendimiento e interpretación. Por el momento existen pocos criterios y resoluciones de los más altos tribunales federales mexicanos que permitan los ajustes correspondientes a la reforma legislativa incorporada desde el año 2014 y 2016, a través del Código Nacional de Procedimientos Penales y Código Penal Federal, respectivamente.

## 2. La autorreferencialidad organizativa empresarial

Siendo evidente el poder transformador de la persona física individual y de la familia como primer sistema social, no es exagerado afirmar que las organizaciones, sea cual sea su forma, tamaño y naturaleza constituyen el principal entorno que rodea a la vida humana.

Toda organización humana supone integración, convivencia, conflicto, utilización y orientación de recursos y ordenación de voluntades conjuntas dirigidas a la consecución de objetivos que se resumirán en la obtención de beneficio económico y cuyos resultados se observan por su efecto transformador y de agregación de valor <sup>4</sup> en muchos casos, cuando no en un efecto dañino o lesivo en tantos otros.

La discusión sobre ***el modelo de imputación*** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe basarse necesariamente en la conceptualización de la persona jurídica como un sistema 'autopoyético'. Es decir, un sistema en el cual la única operación posible son las voluntades y decisiones que hacen que la organización se cree o constituya a sí misma, con base en la primera voluntad expresada en el objeto social constitutivo que marca la línea del "hacer bien o hacer lo correcto" y alinearse al mandato de la ley <sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> ARNOLD-CATHALIFAUD, Marcelo; Las Organizaciones desde la Teoría de los Sistemas Sociopoiéticos. Artículo publicado en Cinta de Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile.

<sup>5</sup> Lo contrario, un objeto social ilegal, determina la imposibilidad de adquirir identidad de acuerdo a la práctica totalidad de legislaciones mercantiles.

Las decisiones actuales (que según Luhmann<sup>6</sup> deben ser comunicadas como un elemento básico) tienen origen en decisiones anteriores y son parte de la secuencia posterior de otras decisiones<sup>7</sup> o voluntades organizacionales, lo que, a la postre, tiene una importancia penal relevante puesto que consideramos a las organizaciones (personas jurídicas) como sistemas autónomos, autoadministrables, autorregulables y autoorganizativos.

La empresa como entidad autorreferenciable, autorregulada y autoorganizativa es el elemento esencial, por cuanto fija la frontera entre la empresa (persona jurídica) y los individuos (personas físicas) que la componen. Y determina **la falta, déficit o defecto de organización** como elemento perturbador que lleva aparejado el incumplimiento y, en su caso, la sanción, también de naturaleza penal.<sup>8</sup> El defecto de organización conforma la frustración de la naturaleza propia de la empresa manifestada en un objeto social, en actividades empresariales y en los medios legales, materiales y éticos para lograrlo.

### 3. La cultura de cumplimiento para mitigar la corrupción

#### 3.a. Los modelos de imputación penal de las personas jurídicas

El concepto de *imputación*, siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española, puede definirse como el ejercicio material de atribución de la responsabilidad de un acto reprobable.

Atendiendo a la terminología en comento, la doctrina penal refiere generalmente dos modelos de imputación de la persona jurídica:

---

<sup>6</sup> Cfr. LUHMANN, Niklas; La ciencia de la sociedad y Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.

<sup>7</sup> URTEAGA, Eguzki: La teoría de sistemas de Niklas Luhmann. Artículo publicado en Contrastes. Revista Internacional de Filosofía, vol. XV (2010), pp. 301-317.

<sup>8</sup> Aunque el cumplimiento normativo se ha popularizado por el empuje de la legislación penal, este artículo se referirá al cumplimiento normativo en general, toda vez que los sistemas de gestión de compliance no se limitan al cumplimiento de la legislación penal, sino que abarcan un buen número de normas imperativas externas (administrativas en muchos casos) e internas (códigos corporativos de cumplimiento interno).

- (i) El modelo de responsabilidad vicarial, por transferencia, indirecta, derivada, por representación, por atribución o heterorresponsabilidad y,
- (ii) El modelo de responsabilidad propia, originaria o autorresponsabilidad.

En el modelo de *heterorresponsabilidad* se construye la responsabilidad de la persona jurídica exclusivamente a partir de la transferencia o imputación de la responsabilidad de la persona física cuando actúa en nombre o representación de la propia organización. Se sigue la teoría de la identificación<sup>9</sup> entre la persona física que representa a la persona jurídica cuando comete el delito, y persigue atribuir a la empresa una responsabilidad objetiva por hechos ajenos, sin necesidad de fundamentar reproche alguno propio. Cuestión que se permite con algunas reservas en la tradición jurídica anglosajona (incluidos Francia y Bélgica). Este modelo de imputación penal de las personas jurídicas se fundamenta en atribuir responsabilidad penal a la empresa por la conducta delictiva protagonizada o perpetrada por el directivo, representante y/o trabajador (personas físicas integrantes de la organización), cuando concurren ciertos requisitos o presupuestos.

El modelo de *autorresponsabilidad*, por el contrario, se construye a partir de la infracción de deberes propios, es decir, una culpabilidad por hecho propio. La persona jurídica se concreta en la falta, insuficiencia, déficit o defecto de control, vigilancia y supervisión organizacional de la empresa con respecto a la ilicitud o corrupción de su propio ecosistema en contra del estado inicial de respeto a la ley. Este modelo de imputación penal de las personas jurídicas se fundamenta en la noción del **defecto en la organización**, por considerar que la empresa tiene capacidad real para autoorganizarse y autodirigirse.

---

<sup>9</sup> La teoría de la identificación parte de las tesis de Savigny, que define la personalidad jurídica a partir de la capacidad para ser parte de una relación jurídica: sólo son sujetos de derecho los seres humanos porque pueden entablar relaciones jurídicas. Gierke, por el contrario, niega lo anterior manifestando que “la persona-asociación es una persona completa y real equiparable a la persona-singular”, por lo que cuando la legislación le otorga capacidad de obrar, no está simulando nada, sino reconociendo capacidad para ser sujeto de Derecho.

### 3.b. De la heterorresponsabilidad a la ‘autorresponsabilidad’ en la legislación penal española. Para comprensión comparativa de la situación en México.

La incorporación de la persona jurídica como sujeto criminal al derecho penal español se ha llevado a cabo de forma progresiva, disponiendo del primer antecedente válido en el art. 15 bis del *derogado Código Penal de 1973*<sup>10</sup>, mediante el que se hacía responder personalmente al directivo o al que tuviera poder de representación legal de la empresa de los delitos cometidos por ésta “aunque no concurren en él y sí en la organización en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo”. En este sentido, los elementos de acción, tipo y antijuridicidad se dan en la persona jurídica y, como no resultará condenada, se transfiere a la persona física, estableciéndose un sistema vicarial o de responsabilidad por transferencia mediante el cual el administrador se hace cargo de los delitos cometidos por la persona jurídica, aunque no se cumplan en él los elementos del delito (acción típica, dolosa o imprudente y antijurídica).

El Código Penal español de 1973 dejó paso *al de 1995*<sup>11</sup> mediante el que se mantuvo un artículo 31 con la misma redacción que el artículo 15 bis y se introdujeron ciertas consecuencias accesorias para las personas jurídicas mediante un novedoso artículo 129<sup>12</sup> que ha sido heredado en siguientes modificaciones y que venía a establecer una serie de medidas civiles o administrativas que serían impuestas por un juez penal. El nuevo planteamiento sugiere algunas dudas<sup>13</sup>, puesto que –tratándose de consecuencias accesorias penales– deberían ser necesariamente compatibles con:

---

<sup>10</sup> El texto penal de 1973 es refundición de la revisión del Código Penal de 1944, efectuada en 1963. Se aprobó mediante Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre.

<sup>11</sup> Cfr. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>12</sup> “El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: 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. 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.”

<sup>13</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español”, Lima 2002.

- (i) La teoría del delito (principio de culpabilidad penal) y,
- (ii) Los modelos de imputación posibles, a saber: el de atribución, y el derivado del hecho propio (por defecto de organización), respectivamente.

La primera mención a la responsabilidad penal de la persona jurídica se hace en la reforma del Código Penal (de España) operada mediante la Ley Orgánica nº 15/2003, de 25 de noviembre<sup>14</sup> con la inclusión de un segundo párrafo al art. 31 que viene a establecer de forma directa el modelo vicarial o de transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad civil. La exposición de motivos tampoco ofrece mayores aclaraciones sobre las razones de política criminal o de dogmática que recomendaron la reforma: “se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria”. Así pues, se incorporó al artículo 31 mencionado un segundo párrafo mediante el que se instituye la responsabilidad civil directa de la empresa (*“si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”*), sin mayores aclaraciones al respecto de los derechos y garantías procesales del responsable civil. Así, la norma penal establece la condena civil a la empresa por actos típicos cometidos por personas físicas dependientes más o menos de la persona jurídica <sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> En la reforma de 2003 se introdujo un segundo apartado al art. 369 (delitos contra la salud pública) destinado a sancionar a la asociación o titular del establecimiento en el que se traficara con una pena de multa, el comiso de los productos y beneficios y la imposibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y que venía a significar una transmisión directa a la persona jurídica de las consecuencias penológicas del delito de la física.

<sup>15</sup> Cfr. art 31 bis: “Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de las mismas (...) por sus representantes legales”.



La modificación del Código Penal en España operada en 2010 mediante Ley Orgánica nº 5/2010 introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un sistema criminal esencialmente personalista <sup>16</sup> y en un único artículo, el denominado 31 bis <sup>17</sup>.

Sin apenas experiencia práctica, se buscaron los orígenes en la doctrina legal anglosajona, encontrándose en la sentencia de 23 de febrero de 1909 (*New York Central Railroad Company vs. United States*, 212 U.S. 481<sup>18</sup>) y en la denominada Ley Elking que la sentencia cita, en la que se identifica “el acto de un representante de la empresa como acto de la propia empresa”, hasta el punto de que podrían ser acusados conjuntamente si se establecían los elementos típicos de la conducta delictiva.

La teoría vicarial fue entonces inmediatamente acogida por la entonces Fiscalía General del Estado española en la Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de empresas.

La llegada de la reforma del Código Penal operada mediante LO 1/2015, define con mayor precisión la responsabilidad penal de la persona jurídica en España. El nuevo artículo 31 bis 2 establece que la persona jurídica quedará *exenta de responsabilidad penal* si se cumplen las siguientes condiciones:

- (i) El órgano de administración ha implementado un programa de compliance<sup>19</sup> (“*modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*”),

---

<sup>16</sup> En el que solo los seres humanos podían cometer delitos, por ostentar el verdadero dominio psicológico del hecho delictivo.

<sup>17</sup> El precepto estaba basado en el *Decreto Legislativo 231/2001* italiano, que regula de forma bastante completa la responsabilidad de las personas jurídicas, implantándose “una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, derivada de la responsabilidad penal en la que pueden haber incurrido sus directivos o empleados, y que ha de ser dilucidada ante los tribunales penales y en un procedimiento que no puede ser catalogado sino como jurisdiccional y penal” (Cfr. “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de D. Antonio del Moral García, publicado en la obra llamada “Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas”, Aranzadi 2013). Sea como fuere, lo cierto es que cabe resaltar la novedad –desconocida en el marco europeo– de que la mercantil pueda mitigar su responsabilidad si ha implementado un modelo de prevención de riesgos y conductas ilícitas (*il Modello Organizzativo*) y dispone de un “*organismo di vigilanza*” independiente que supervise el cumplimiento del modelo de *compliance*.

<sup>18</sup> Cfr. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/>

<sup>19</sup> Se utiliza en este artículo el término anglosajón, de uso común en el ámbito legal, judicial y corporativo y por definir con mayor exactitud el denominado “cumplimiento normativo corporativo”.

- (ii) La supervisión del modelo ha sido confiada a un órgano de la empresa con poderes autónomos,
- (iii) Los autores materiales del delito lo han cometido eludiendo fraudulentamente los controles y,
- (iv) El *compliance officer* no ha omitido los deberes de control y vigilancia.

Aun con las dudas al respecto de la naturaleza jurídica de esta peculiar circunstancia eximente (causa de justificación, excusa absoluta<sup>20</sup> o condición de procedibilidad) la nueva definición legislativa expresa que si la empresa está bien organizada (de conformidad a lo manifestado en la exposición de motivos de la LO 1/2015) el inicio del procedimiento penal debería plantear un *juicio de atipicidad*, puesto que la conducta de la empresa es 'atípica' si está bien organizada.

La conducta típica (el hecho propio) es, precisamente, *la falta, déficit o defecto de organización en la empresa* que permite la comisión de ilícitos penales: ausencia de cultura organizacional que prevenga incumplimientos legales.

### 3.c. El hecho propio y la “cultura de cumplimiento”

La Fiscalía General del Estado español advertía en su Circular 1/2011 que “lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, *corporate defense*, *compliance guide*, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que

---

<sup>20</sup> Cfr. Sentencia 154/2016, de 29 de febrero de la Sala 2ª del Tribunal Supremo español: “Según la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una “*excusa absoluta*”, vinculada a la punibilidad, pág. 56, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una “*excusa absoluta*” ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción”.

han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación”<sup>21</sup>; concretando más adelante que “los modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs* no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa, sino promover una *verdadera cultura ética empresarial*”<sup>22</sup>.

La corrupción es un elemento socavador de la estabilidad de las personas, empresas y Estados en los ámbitos sociales, políticos y económicos. Crea un terreno fértil para la destrucción de la integridad personal y corporativa. La existencia de eventos corruptos en la empresa hace sospechar de inmediato en la responsabilidad legal de la corporación y de las personas involucradas, presumiendo de forma errónea el fracaso del sistema organizativo de la empresa.

En efecto, la mera existencia del delito (cometido por cuenta o en beneficio de la empresa por directivos, representantes o empleados) no conlleva la transferencia de la responsabilidad penal a la persona jurídica, sino que, como establece el Tribunal Supremo español en la sentencia nº 154/2016 de 29 de febrero:

“...la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (...), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, *por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho*, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por estos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”.

La ausencia, defecto, déficit o insuficiencia de una *cultura de cumplimiento en la empresa* se convierte, de esta manera, *en elemento del tipo objetivo* que, por lo tanto, debe ser probado en cada caso por la

---

<sup>21</sup> Circular nº 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

<sup>22</sup> Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

acusación, como materia de imputación penal. Nótese que el Tribunal Supremo de España en la sentencia citada, establece que “el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión”.

La cultura de cumplimiento, y no la mera constatación de la comisión de un hecho delictivo por la persona física, se convierte en el elemento esencial para perseguir penalmente a la empresa o persona jurídica, lo que debe llevar a determinar cuáles son los elementos esenciales para diseñar y ejecutar un modelo (programa o política) capaz de generar en la empresa el respeto o fidelidad al cumplimiento del Derecho<sup>23</sup>.

En España hasta el momento las resoluciones judiciales del Tribunal Supremo se han adherido al modelo de autorresponsabilidad. Sin que ello suponga una toma de decisión gubernamental definitiva.

En México subsisten legalmente ambos modelos de imputación probablemente por la influencia norteamericana en los modelos de gestión corporativos, debatiendo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas entre la autorresponsabilidad y la heterorresponsabilidad. Sin embargo, más allá de la discusión doctrinal, lo cierto es que el art. 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales parece reivindicar tímidamente el modelo de autorresponsabilidad al manifestar que “las personas jurídicas serán penalmente responsables (...) cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización” (con independencia de las posibles responsabilidades a las personas físicas).

---

<sup>23</sup> La comisión del delito desencadena la exigencia de responsabilidad penal en la empresa, pero el presupuesto es la falta de organización, la inexistencia de respeto a la legalidad que permite o promueve el ilícito.

En el ámbito administrativo -y referido al sector público- el “ambiente de control” se ha traducido en diversos principios que pueden ayudar a verificar la existencia de una cultura de respeto a la legalidad y la integridad<sup>24</sup>:

1. “El Órgano de Gobierno, en su caso, el Titular y la Administración deben mostrar una actitud de respaldo y compromiso con la integridad, los valores éticos, las normas de conducta, así como la prevención de irregularidades administrativas y la corrupción.
2. El Órgano de Gobierno, en su caso, o el Titular es responsable de vigilar el funcionamiento del control interno, a través de la Administración y las instancias que establezca para tal efecto.
3. El Titular debe autorizar, con apoyo de la Administración y conforme a las disposiciones jurídicas y normativas aplicables, la estructura organizacional, asignar responsabilidades y delegar autoridad para alcanzar los objetivos institucionales, preservar la integridad, prevenir la corrupción y rendir cuentas de los resultados alcanzados.
4. La Administración, es responsable de establecer los medios necesarios para contratar, capacitar y retener profesionales competentes.
5. La Administración, debe evaluar el desempeño del control interno en la institución y hacer
6. responsables a todos los servidores públicos por sus obligaciones específicas en la materia”.

Esta diversidad de posiciones divergentes dificulta la armonización de criterios orientadores, interpretativos o aplicativos, creando un caldo de cultivo para el fomento de la impunidad organizacional y, por ende, de espacios para los fenómenos de corrupción en los contextos empresariales, públicos y privados.

### 3.d. La eficacia de un sistema de *compliance*

En un entorno corporativo globalizado, un sistema de gestión de *compliance* es un elemento crítico no solo para evitar la imposición de sanciones, sino para orientar la toma de decisiones dentro de la empresa acordes a la legalidad. En efecto, un sistema de *compliance* promueve “una cultura organizacional que

---

<sup>24</sup> Cfr. Marco Integrado de Control Interno, Auditoría Superior de la Federación, 2014  
([https://www.asf.gob.mx/uploads/176\\_Marco\\_Integrado\\_de\\_Control/Marco\\_Integrado\\_de\\_Cont\\_Int\\_leyen.pdf](https://www.asf.gob.mx/uploads/176_Marco_Integrado_de_Control/Marco_Integrado_de_Cont_Int_leyen.pdf))

fomenta la conducta ética y un compromiso con el cumplimiento de la ley”<sup>25</sup>. Si bien se ha puesto el acento en la necesidad de contar con un sistema de *compliance* pensado, construido y ejecutado sistemáticamente y aplicado consistentemente con el fin de prevenir, detectar, remediar, reparar e informar sobre los ilícitos<sup>26</sup>, lo cierto es que los programas maduros de *compliance* miden su eficacia por la interacción de la función de *compliance* en la toma de decisiones corporativas. Nótese que hablamos de *eficacia* y no necesariamente de eficiencia.

En la actualidad existen muchas herramientas nacionales e internacionales, legales y paralegales (o de *softlaw*) que permiten diseñar, ejecutar y medir con eficacia<sup>27</sup> un sistema de *compliance*, en el entendido que la finalidad de un programa de *compliance* no es la evitación de la sanción (penal o administrativa), sino primordialmente incrementar el nivel de seguridad jurídica en la toma de decisiones afectadas por riesgos legales, en este caso, riesgos de naturaleza penal. Este sistema de decisiones tendrá como objetivo la identificación, análisis y evaluación de riesgos para la prevención delictiva en y desde el seno organizacional.

Haciendo la advertencia previa de que cada persona jurídica tiene diferentes necesidades de *compliance* dependiendo de sus dimensiones, número de miembros, su operación y de los riesgos concretos asociados a su objeto social y actividades empresariales, y que, por tanto, el sistema de *compliance* ha de ajustarse<sup>28</sup> a la empresa concreta sin que existan modelos o formularios. Sin embargo, pueden establecerse algunos elementos comunes a modelos de éxito y que vienen asociados a la madurez y nivel de gestión de un sistema de *compliance* eficaz:

1. **Gobierno y liderazgo.** *Compliance* comienza y termina con el compromiso inequívoco de la organización para fidelizar el cumplimiento de la ley en el funcionamiento habitual de las empresas.

---

<sup>25</sup> Cfr. U.S. Sentencing Guidelines § 8B2.1(b).

<sup>26</sup> Adviértase de nuevo que no se limita a ilícitos penales, ni siquiera a legales, por cuanto que la empresa puede pretender y regular un estándar de conducta superior a obligación legal alguna, cuyo incumplimiento puede ser advertido y sancionado.

<sup>27</sup> Debe advertirse que *eficacia* (“ha adoptado y ejecutado con eficacia”) ha sido el término escogido por el legislador español para definir la primera condición de exención de la persona jurídica (art. 31 bis 2. 1ª del Código Penal).

<sup>28</sup> Resultan muy visuales los conceptos “tailored” o “suitable” empleados por la FCPA norteamericana para referirse a los sistemas de *compliance*.

La organización, con base en la **ISO 37301** de sistemas de gestión de *compliance*<sup>29</sup>, debe desarrollar, mantener u promover una cultura de cumplimiento a todos los niveles de la corporación. Con un compromiso activo, expreso, visible, consistente y sostenido de un estándar común de comportamiento y conducta vivencial en todos los miembros de la organización. Se trata, finalmente, de fomentar comportamientos que desarrollen de forma habitual y ética el objeto social de la compañía , evitando y no tolerando comportamientos contrarios que vengan a corromper su identidad y naturaleza. Recordemos que la **identidad corporativa** es un tema esencial para las personas jurídicas.

No basta, a estos efectos, una voluntad corporativa abstracta y genérica de querer cumplir, sino que además hay que demostrar *con hechos y recursos* el compromiso activo de querer cumplir. El desarrollo de una cultura de cumplimiento de la legalidad a través de, entre otras cuestiones, **criterios claros de gobernanza corporativa** que faciliten el cumplimiento en todos los niveles y todas las actividades. Es clásico atribuir este compromiso a empresas con un correcto sistema de gobierno corporativo en el que se definan roles y responsabilidades claras en todos los puestos de trabajo que incluyan este **compromiso vivencial de cumplimiento**.

Un buen instrumento que expresa el liderazgo son las acciones colectivas a corto plazo como las declaraciones anticorrupción <sup>30</sup> o las basadas en principios <sup>31</sup>. Mejores que pretender promover una

---

<sup>29</sup> Cfr. Apto. 5.1.2 ISO 37301.

<sup>30</sup> “La idea central es que los riesgos de corrupción se reducirán a medida que los potenciales sobornadores y sobornados se den cuenta de que el comportamiento inapropiado puede ser objeto de un escrutinio individual y colectivo. Estas prácticas deben contrastarse con los principios enunciados en la declaración para trazar una línea clara y pública entre lo que es aceptable y lo que no lo es. Esta línea pública se cristaliza en una declaración firmada que puede publicarse y compartirla con los subcontratistas y otros agentes en la cadena de valor de la empresa”, cfr. A Practical Guide for Collective Action against Corruption, United Nations Global Compact, 2015.

<sup>31</sup> “Al igual que las declaraciones anticorrupción las iniciativas basadas en principios carecen de mecanismos para exigir el cumplimiento de los compromisos éticos acordados. Pero, en cambio, son iniciativas a largo plazo. Se forman por una serie de razones. Por ejemplo, cuando las empresas están interesadas en luchar colectivamente de combatir la corrupción, pero se sienten incómodas con el concepto debido a la escasa confianza en el comportamiento de sus de sus competidores o por su reticencia a aceptar de sus competidores o son reacias a aceptar el control formal del cumplimiento, pueden tantear el terreno emprendiendo primero iniciativas de "compromiso blando". En particular, de alto riesgo pueden ser demasiado problemáticos ser demasiado problemáticos para que las empresas acuerden normas ejecutables, especialmente cuando hay de confianza entre los competidores del sector, cfr. A Practical Guide for Collective Action against Corruption, United Nations Global Compact, 2015.

conducta empresarial a largo plazo y en un país y/o sector determinado, aprovechando la voz de diversas partes interesadas para abordar eficazmente el problema de la corrupción y unir fuerzas para presionar al gobierno para que aplique y se apliquen las leyes anticorrupción.

La empresa debe transmitir que el cumplimiento de la ley no es un elemento del que ninguno de los empleados pueda prescindir. Entre otras medidas, la empresa debe definir al *compliance officer* u oficial de cumplimiento, su estatus concreto en el organigrama de la empresa, sus funciones y obligaciones y su efectivo acceso a puestos directivos y la información relevante, así como la dotación acreditable de recursos financieros, humanos y materiales proporcionales para desarrollar su función. Actualmente, se sigue debatiendo sobre el grado de independencia o autonomía del oficial de cumplimiento y la dirección general en la organización.

El compromiso de la empresa con el **sistema de gestión de *compliance*** deberá plasmarse en un documento de alto nivel (denominado Política de compliance en la ISO 37301 y *Política Interna de Prevención Delictiva*<sup>32</sup> de acuerdo con el Código Penal Federal de México) que ha de aprobarse por el órgano de administración.

2. **Evaluación de riesgos.** El sistema de compliance debe adaptarse al negocio específico de la empresa y a los riesgos asociados<sup>33</sup> con base en su objeto social y actividades empresariales, por lo que la empresa debe ejecutar un proceso continuado y actualizable de evaluación, que comprenda la identificación, el análisis y la valoración de los riesgos.

La madurez del sistema de *compliance* se verifica con la presencia de una metodología estable de evaluación de riesgos normativos que permita *objetivar los riesgos*<sup>34</sup> y, por lo tanto, las decisiones

---

<sup>32</sup> Art. 11 Bis. último párrafo, del Código Penal Federal de México.

<sup>33</sup> Cfr. A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act by the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, Chapter 5.

<sup>34</sup> Resulta recomendable, en este punto, valerse de instrumentos como la ISO 31000 de gestión del riesgo y la 31010 de técnicas de apreciación del riesgo. Otros instrumentos interesantes son el Modelo de Capacidad de GRC (Red Book) de la OCEG, COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway) y las recomendaciones de The Wolfsber Group.



corporativas tomadas en función del riesgo inherente y de la adecuación del diseño y eficacia de los controles usados para el tratamiento del riesgo de acuerdo con el impacto esperado y la probabilidad de la amenaza (factores externos) y la vulnerabilidad (factores internos).

El concepto de seguridad jurídica corporativa se asocia al *de risk-based approach* para establecer que la empresa identifica, evalúa y comprende el riesgo de (in)cumplimiento normativo al que se exponen con sus voluntades, decisiones y toma las medidas de tratamiento apropiadas organizacionales de acuerdo al nivel de riesgo concreto. Así, la empresa y sus decisiones están enfocadas a riesgos legales específicos en tiempo, modo, lugar y circunstancia, evaluados de forma objetiva desde la función de *compliance* y las leyes de orden público que regulan el derecho penal.

3. **Ambiente de control.** *Compliance* es el resultado de un esfuerzo generalizado y transversal de la organización para manifestar expresamente que cumple con sus obligaciones (no solo penales). El cumplimiento sostenible, introduciéndolo en la cultura de la organización y en el comportamiento y en la actitud de las personas que se vinculan a ella. Una vez definidos los riesgos de cumplimiento normativo a los que la empresa se ve expuesta, conviene dotarse de un cuerpo normativo compuesto, en una primera fase, de un estándar común de comportamiento (denominados Código ético y de conducta, cada uno con un contenido y alcance determinado) y, posteriormente, de políticas y procedimientos que permitan a la organización dar cuenta del “proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas”<sup>35</sup>. Es decir, de la forma que tienen en la organización de desarrollar el mandato fundacional de su objeto social manteniéndose fieles a su naturaleza propia, la cual necesariamente se constituyó legal y lícitamente.

La persona jurídica deberá desarrollar protocolos concretos de actuación, proporcionales, conocidos y publicados, para procesos en los que se puedan materializar riesgos<sup>36</sup>. Los protocolos deberán

---

<sup>35</sup> Cfr. Art. 31 bis, 5. 2º del Código Penal español.

<sup>36</sup> Aunque no se ha advertido hasta ahora, valga la pena decir que, una vez identificados los riesgos, la empresa deberá tomar decisiones sobre si debe realizar la actividad, puede maximizar sus oportunidades, si los riesgos

llevar aparejados determinados controles financieros y no financieros que hagan efectivas las obligaciones establecidas en las políticas (en este sentido, una eficaz política anticorrupción o de prevención de delitos relacionados con actos de corrupción establece controles concretos, por ejemplo, sobre los regalos, hospitalidades e invitaciones, gestión de conflictos de interés, relaciones con intermediarios y las formas concretas de proceder para los empleados).

Una parte esencial de este ambiente de control es la presencia de canales de comunicación de incumplimientos e irregularidades (*hotline*), de dudas o sugerencias (*helpline*), de capacitación, concienciación y adiestramiento (*eduline*) y del correspondiente proceso de investigaciones internas y de régimen sancionador.

La empresa acreditará, frente a socios de negocio, partes interesadas, clientes y proveedores, reguladores y supervisores, la existencia de este ambiente de control (protocolos, manuales, programas y controles debidamente definidos) y la forma en que se ha comunicado a los empleados responsables (*risk-owners*) de los procesos en los que se han identificado riesgos materializables. En este punto, resulta esencial un plan de formación específico de *compliance*, con el fin de fomentar que los miembros de la organización se conciencien y se formen adecuada, eficaz y proporcionalmente al respecto de los riesgos penales con la finalidad de evitarlos, detectarlos o saberlos gestionar”.

4. **Actualización y revisión.** El sistema de gestión de *compliance* deberá actualizarse a intervalos planificados y, en todo caso, cuando se produzcan modificaciones en elementos internos (modificación de objeto social, estructura y/o administración de la empresa, actividades, etc.) o externos (cambios legislativos, políticos o de gobierno) que modifiquen la evaluación de los riesgos. Todo diagnóstico de riesgos es, por naturaleza, actualizable.

---

necesitan tratarse y, en este caso, priorizar el tratamiento o seleccionar la estrategia más adecuada para el tratamiento (ISO 31010, Apartado 4.3.4).

Concretamente los riesgos penales son susceptibles de actualización, mediante un diagnóstico preventivo cuando: (i) la empresa u organización modifiquen o inicien una línea de producción o prestación de servicios; (ii) se modifiquen o cambien el objeto social o las actividades u operaciones empresariales y, (iii) cuando haya modificación a las leyes penales, base del establecimiento de tales riesgos.

#### **4. Elementos esenciales en torno a los que se integra la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación penal española, para comprensión comparativa de la situación en México.**

##### **4.a. Naturaleza jurídica del hecho de conexión o hecho de referencia de la persona física**

La responsabilidad penal de la persona jurídica se construye sobre el *modelo de la autorresponsabilidad*, una vez concretados los elementos legales establecidos. A saber:

- La comisión de uno de los delitos expresamente identificados en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de España como susceptibles de imputación a la persona jurídica, y calificados como de *numerus clausus*<sup>37</sup>, es decir, identificar la concreción de un delito establecido en el catálogo del Código Penal correspondiente;
- Delito cometido por directivos, representantes o empleados<sup>38</sup>;
- En provecho o beneficio directo o indirecto de la empresa;

---

<sup>37</sup> La discusión al respecto del catálogo exclusivo y excluyente de tipos penales por los que se puede condenar a una persona jurídica, fue resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo español nº 121/2017 al hilo de un delito contra los trabajadores: “la entidad (...) no puede ser acusada por este delito a tenor del art. 31 bis CP. El art. 318 no se remite al art. 31 bis. Lo que hace -mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por Lo 5/2010- es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del art. 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal. (...) De hecho, ha sido frecuente la crítica doctrinal sobre la no inclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el listado de delitos en los que cabe opere el art. 31 bis”.

<sup>38</sup> Resulta especialmente recomendable la lectura del apartado 2.3 (Las personas físicas capacitadas para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica de la letra a) del artículo 31 bis.1) de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado, por cuanto que hace un análisis exhaustivo de las personas que pueden vincular a la empresa con su actitud incumplidora.

- En el ejercicio de las actividades sociales <sup>39</sup>; y
- Por no haberse adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito (*ex ante*), modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos (deficiente cultura de cumplimiento u organizacional) <sup>40</sup>.

De estos elementos, el verdadero *hecho de conexión* no es tanto la comisión del delito en el seno de la organización, sino *la deficiente, insuficiente o defectuosa organización*. Ciertamente, si se pusiera el acento en la comisión del delito por parte de cualesquiera personas físicas vinculadas con la empresa, a la postre se pretendería la objetivación de la responsabilidad de la persona jurídica, con la referencia de la responsabilidad de la física ‘por hecho ajeno’ a la empresa. En este punto, cabe preguntarse ¿qué dominio psicológico del hecho tiene la empresa respecto de una acción individual de otro, ante un hecho delictivo cometido por una persona física, que le es completamente ajena, cuando uno de los principios de culpabilidad de las personas físicas está basado en la responsabilidad ‘por hecho propio’?

A mayor abundamiento, como quiera que la persona jurídica puede ser incluso perseguida aun cuando no se haya podido individualizar a la persona física responsable del delito, “la transferencia, a título de conexión

---

<sup>39</sup> Las sociedades pantalla o meramente instrumentales, así como aquellas “que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal” (cfr. Apartado 3 de la Circular 1/2016 de FGE) resultan inimputables, como expuso el Auto de 19 de mayo de 2014, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La sentencia 156/2016, de 29 de febrero del Tribunal Supremo español es de la misma opinión, al manifestar que “la sociedad meramente instrumental, o ‘pantalla’, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante ‘consecuencia accesoria’ a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento”.

<sup>40</sup> La sentencia del Tribunal Supremo español nº 221/2016, de 16 de marzo, resume con claridad los requisitos expuestos en orden a dotar de contenido un principio esencial del proceso penal: “en efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica (...)”.

o referencia' de la responsabilidad de la física a la persona jurídica conlleva necesariamente a una *responsabilidad objetiva de la empresa* ante la mera acreditación de la existencia del delito, al responder de 'hechos ajenos' frente a los cuales no existe una actuación directamente culpable de la empresa ni atribuible directamente a ésta. La exigencia de responsabilidad 'por hechos ajenos' en el ámbito penal viene además prohibida por el derecho a la presunción de inocencia, que, como el resto de los derechos de las personas físicas, resulta también plenamente de aplicación a la persona jurídica, como sujeto independiente de derechos y obligaciones<sup>41</sup>. No es aceptable, por tanto, la objetivación de la responsabilidad penal trayendo criterios del ámbito del derecho civil.

El delito "es la consecuencia", no el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica. Como expresa la sentencia nº 154/2016 del Tribunal Supremo de España, "la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (...), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por *la ausencia de una cultura de respeto al derecho*, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos, representantes y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por estos de los delitos enumerados en el Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica".

Luego entonces, la empresa es responsable por no haber querido ni sabido mitigar la comisión de hechos ilícitos, y 'no por un hecho ajeno'. No obstante, la falta, déficit o defecto de organización, el incumplimiento grave de los deberes de control, supervisión y vigilancia puede imputarse, asimismo, a una persona física

---

<sup>41</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español nº 514/2015, 2 de septiembre: "ya se optara por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal" y Sentencia del Tribunal Supremo español nº 154/2016, 29 de febrero: "de manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados (...), como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc. (...) ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones".

(miembros del Consejo de Administración, directivos, representantes y/o a aquellos integrantes que tienen una especial encomienda legal o contractual dentro de la empresa, es decir, una “calidad de garante”) que será, por tanto, responsable a título personal, como persona física, si es el caso (por ejemplo, tratándose de delitos contra la hacienda pública, blanqueo de capitales, etc.), situación que se traducirá en un elemento el tipo penal atribuible correspondiente.

En ningún supuesto el individuo *transfiere* su responsabilidad a la persona jurídica, que es “personalmente” responsable de un hecho propio. Concretamente, de la deficiente, insuficiente o defectuosa organización que permite o generó espacios para la comisión de ilícitos penales en su seno, en razón de la ausencia de cultura de cumplimiento del derecho o por su infidelidad a la cultura de legalidad en materia de prevención delictiva.

#### **IV.B. Naturaleza jurídica del ‘indebido control organizacional’ y ubicación en la tipicidad**

El fundamento básico de la responsabilidad de la persona jurídica es la inexistencia “de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, *el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, complementario de la comisión del ilícito por la persona física”<sup>42</sup>.

El delito cometido por la persona física, en el contexto o seno organizacional, es un elemento más que habrá de tenerse en cuenta para someter a la persona jurídica como *autora*, acorde con su propia imputación penal, puesto que en el *modelo de autorresponsabilidad* el núcleo de la responsabilidad penal es el de la ausencia, déficit o defecto de medidas de control, supervisión y vigilancia adecuadas para evitar la comisión de ilícitos penales. Es decir, el *indebido control organizacional* para la asegurar el cumplimiento del objeto social, el sometimiento al cumplimiento de la ley y, en consecuencia, la evitación del delito.

Así, la *cultura de cumplimiento* se define como elemento normativo del tipo penal de empresa, como núcleo de la responsabilidad de persona jurídica, de forma que será la imputación y la acusación las que deberán tomar la iniciativa probatoria, a través de datos de prueba útiles, idóneos y pertinentes, para acreditar la

---

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Supremo nº 154/2016, pág. 22.

inexistencia de un sistema de compliance o ineficacia de los controles que constituyen la falta de cultura de cumplimiento o infidelidad del derecho por parte de la empresa.

En un primer momento procesal o de investigación inicial, la imputación-acusación deberá demostrar que no existen los elementos que acrediten la existencia de cultura de cumplimiento o que, existiendo, son insuficientes, inadecuados, ineficaces o meramente de papel -cosméticos-.

Si no se acreditara por parte de la acusación, que es quien tiene procesalmente la carga de la prueba, la acción podría resultar *atípica*<sup>43</sup> respecto de la persona jurídica imputada, tal y como lo ha expresado el Tribunal Supremo español en la sentencia nº 966/2018, de 16 de marzo del 2018:

“En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la **conurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica**, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015. (...) En definitiva, **en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo**, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave<sup>44</sup> de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona

---

<sup>43</sup> Téngase en cuenta que, si la peculiar exención del delito de la persona jurídica afectara a la punibilidad, se fundamentaría en la preexistencia de la responsabilidad penal.

<sup>44</sup> Aunque no existe una definición clara de los elementos suficientes para acreditar un “incumplimiento grave”, el Tribunal Supremo español ha manifestado en la sentencia 221/2016 de 16 de marzo, que los “incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos”, exigiéndose la suficiente actividad probatoria al ministerio fiscal sobre la gravedad del incumplimiento. “La pregunta es obvia [sigue la sentencia citada]: ¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación

jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos - pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad” (págs. 13 y ss.).

Así las cosas, constatada la existencia de un hecho delictivo cometido por una persona física vinculada a la organización, deberá examinarse la comisión del delito por la persona jurídica por una inexistente, deficiente, insuficiente o ineficaz cultura de cumplimiento, cuya prueba, basada en los principios irrenunciables y derechos fundamentales inherentes al derecho penal, deberá determinar la tipicidad o atipicidad del delito o injusto penal respecto de ésta.

La jurisprudencia española ha reprochado en algún caso la manifiesta inexistencia de sistemas de *compliance*, como elemento constitutivo de la cultura propia de la empresa, más allá de sus posibles efectos mitigadores o remediadores en cuanto a la responsabilidad penal. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 316/2018 de 28 de junio de 2018 concreta que, “de haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas de apropiación de fondos y de abuso de gestión, no se hubieran dado”, “de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales *ad extra*, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreadores que son sujetos pasivos por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc, sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, es decir, *ad intra*. Estos últimos, aunque no derivan la responsabilidad penal a la empresa por no estar reconocidos como tales en sus preceptos, esta derivación y sus efectos *ad intra*, sí que permiten obstaculizar la comisión de delitos como los aquí cometidos por los administradores que no dan rendición pautada de cuentas a sus socios o administradores solidarios y que

---

de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave? (...) en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión”.



cometen irregularidades que, en algunos casos, como los aquí ocurridos, son constitutivos de ilícitos penales”.

Nótese que los magistrados introducen la idea del *compliance ad intra*, como elemento que protege a los propietarios, inversores y empleados de los incumplimientos e irregularidades de sus directivos, al ser capaces de detectarlos y corregirlos. En efecto, la medida del *compliance* eficaz parece ser el nivel de involucración que tiene la cultura ética en la toma de decisiones de la empresa, no ya para evitar la comisión de delitos, sino para defender ‘los legítimos intereses’ de la propia empresa.

Por ello, continúa la sentencia, “una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, o abusos de funciones que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato (...). Al menos, es evidente que el programa de cumplimiento lo que traslada al administrador societario, que tiene en mente realizar este tipo de conductas, es saber la existencia de un control.”

## **5. La acreditación de la cultura de cumplimiento ante tribunales, reguladores y supervisores en España**

### **5.a. Los derechos de la persona jurídica: la preconstitución de la prueba en el procedimiento administrativo y el principio de *nemo tenetur judicial*.**

La persona jurídica es una creación de la ciencia del derecho para expresar una realidad jurídica. Ya se ha advertido que, desde Gierke y la teoría de la voluntad, la empresa posee una voluntad independiente de sus miembros manifestada en *la voluntad social u organizacional* y su capacidad autoorganizativa, que preexiste a la atribución por el derecho de esa condición de persona jurídica. Incluso, reconocemos que existen personas jurídicas, con o sin personalidad jurídica propia.

Las empresas, como sujetos de obligaciones y equiparados a las personas físicas deberán disponer en el proceso administrativo y judicial de las mismas herramientas de defensa de sus intereses. En efecto, como advirtió en España el Tribunal Supremo en su sentencia nº 514/2015, de 2 de septiembre de 2015, “parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”, *lo que exige un juicio de culpabilidad de la persona jurídica propio e independiente de la física*, después de haber sido llamada al proceso de forma independiente y con todas las garantías (establecidas como una garantía indispensable para un juicio justo). Es decir, habrá de identificar la *culpabilidad corporativa*, propia de las personas jurídicas en el ámbito penal, distinta de la culpabilidad individual de persona física y con las mismas garantías procesales individuales para ambos.

En concreto, a la persona jurídica le serán de aplicación los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, entre otros muchos otros derechos fundamentales comunes para las personas físicas y jurídicas. En este sentido, en aplicación del principio *nemo tenetur (seipsum accusare)* en virtud del cual, nadie está obligado a declarar contra sí mismo (derecho a no autoincriminación), la persona jurídica, a través de su representación en el proceso, tiene el derecho de ocultar o no facilitar información e, incluso, de mentir<sup>45</sup>. El *derecho a la no autoincriminación*, que también detentan las personas jurídicas, deberá acreditarse y hacer valer su contenido, alcances y efectos desde el inicio y hasta el final del procedimiento penal. Este tema está siendo materia de debate en las ramas administrativa y penal, sobre todo en tratándose de los delitos fiscales, entre otras ilicitudes.

La llamada al proceso de la empresa con todas las garantías significa, entre otras cosas, que deberá ser oída de forma separada a las personas físicas involucradas en el delito antecedente, con independencia de la posición que tengan (de forma que, por ejemplo, el consejero delegado puede ser llamado a título

---

<sup>45</sup> A este respecto y aunque no es objeto de este artículo, deberá hacerse extensiva la argumentación del Tribunal Constitucional español en la sentencia nº 142/2009 de 15 de junio que asienta una numerosa jurisprudencia (cfr. SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4) y que considera que el imputado puede llevar a cabo dos conductas: “puede callar total o parcialmente” o bien, puede *“incluso mentir”*, consagrándose por tanto este peculiar “derecho a mentir” del investigado en causa penal.

personal una vez y otra como representante de la persona jurídica)<sup>46</sup>. Esto es, la citación, requerimiento o acto de autoridad para hacer intervenir o sujetar al procedimiento a la persona jurídica.

Cuestión especialmente relevante es la preconstitución de prueba en un procedimiento administrativo sancionador (en el que hay obligación de colaborar por parte del administrado), que finalmente deriva en un procedimiento penal. Piénsese, por ejemplo, en una infracción tributaria o contra el derecho de la competencia económica que se remite a los juzgados por haberse constatado la existencia de un hecho que -en apariencia- reviste los caracteres de delito, es decir, un hecho con apariencia de delito. La autoridad administrativa que ha instruido el procedimiento ha dispuesto de la colaboración total de la empresa remitiendo, posteriormente, la totalidad de la documentación y/o datos de prueba a los juzgados o tribunales e, incluso, a la fiscalía penal.

---

<sup>46</sup> Surge entonces una la discusión doctrinal de quién será la persona idónea para representar a la empresa en juicio, habida cuenta el posible conflicto de intereses que surge entre los derechos (y estrategia de defensa) entre una y otro. A estos efectos, valga la pena solo incoar la duda con las valoraciones que hizo el Tribunal Supremo español en la sentencia nº 154/2016, 29 de febrero cuyo contenido reproducimos por ser de especial interés: “Se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor. (...) La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante [vid. art. 31 quáter b) CP]. (...) En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación”.

En consecuencia, la empresa, acusada en lo administrativo, pero colaboradora, puede encontrarse desasistida en el procedimiento penal, por mucho que se le permita “mentir” u ocultar información complementaria. En este supuesto, más allá de la acreditación de los elementos del tipo penal, la empresa deberá probar la existencia de una cultura de cumplimiento y su eficacia *real*.

Debe advertirse la importancia, dentro del sistema de gestión de *compliance*, de la implementación de políticas, programas o protocolos de *dawn raid*<sup>47</sup> o inspecciones corporativas que delimiten la colaboración de la empresa ante solicitudes de colaboración por parte de reguladores o supervisores.

### **5.b. La actitud procesal de la empresa: colaboración u oposición**

En virtud de los derechos procesales y fundamentales de la persona jurídica, y habida cuenta que la parte acusadora deberá demostrar la existencia o inexistencia de ‘cultura de cumplimiento’, como elemento nuclear del tipo penal, la empresa citada, requerida o sujeta de investigación en un procedimiento penal puede optar por *la colaboración* o *la oposición* (callar total o parcialmente o, incluso, mentir)<sup>48</sup>.

Dicho esto, la opción sensata para las empresas que pueden acreditar cierto nivel de cumplimiento y, por ende, la falta de un incumplimiento ‘grave’ en sus obligaciones de control será la de valerse “de los medios probatorios que estime oportunos (pericial, documental, inspección, testifical, etc.) para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad”<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Las denominadas *dawn raid* policies protocolizan, en un sistema de *compliance*, la actitud y actividad de la empresa ante una inspección de una entidad reguladora o supervisora, desde la comprobación del alcance y contenido de la orden de inspección a las medidas de recuperación patrimonial o reputacional como consecuencia del resultado esperado de la inspección.

<sup>48</sup> En el bien entendido que la falta de colaboración o el ejercicio de estos derechos no significan la culpabilidad de la empresa o, como se viene manifestando por la doctrina, no son garantías de culpables. Como manifiesta CALERO MARTÍNEZ, “las garantías procesales no son instrumentos que pretenden eludir la acción de la justicia, sino lo contrario: instrumentos legales sin los que no es posible ejercer de modo JUSTO, la acción de la justicia. Por eso, no solo eliminan la posibilidad de ser ‘justamente castigado’, sino que lo hacen posible. Es decir, las garantías procesales resultan indispensables para la existencia de un juicio justo”.

<sup>49</sup> Cfr. Sentencia Tribunal Supremo español nº 221/2016, de 16 de marzo.

La colaboración, voluntaria, estratégica o espontánea, sin perjuicio de que el delito se haya cometido efectivamente en el seno de la empresa, debe aportar los elementos suficientes, útiles, idóneos y pertinentes para acreditar la *cultura de cumplimiento* y, por tanto, probar que las personas físicas cometieron el ilícito “a pesar” de los controles implementados por la persona jurídica, es decir, que dichos individuos “burlaron” los mecanismos o medidas de control, supervisión y vigilancia de la empresa.

### 5.c. ¿Cómo acreditar la eficacia de un sistema de gestión de *compliance*?: elementos prácticos que muestran la madurez de un sistema de *compliance*

En las legislaciones -como México- en las que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un concepto novedoso, basado en regulaciones no claras, ha surgido la preocupación de cómo acreditar frente a terceros la utilidad, idoneidad y eficacia del sistema de *compliance*. *Compliance*, como se ha venido mencionando, es el resultado de que una organización cumpla con sus obligaciones y esté en disposición de demostrarlo<sup>50</sup>. Este concepto -*la demostración de la eficacia*<sup>51</sup>- adquiere relevancia especial para el caso de los reguladores, públicos y privados, y supervisores que, como se ha comprobado, tienen la carga de la prueba sobre la inexistencia o ineficacia del sistema de *compliance*.

En este sentido, siguiendo las indicaciones de los denominados “*Filip Factors*”<sup>52</sup> (*The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations in the United States Attorney’s Manual*) y de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado español, podemos concretar ocho puntos claves<sup>53</sup> en los que centrar la acreditación de los datos y medios de prueba sobre la eficacia del sistema de *compliance*:

---

<sup>50</sup> Cfr. Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado español: “Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos”.

<sup>51</sup> Nótese que no señalamos “eficiencia”, pues son conceptos con un contenido, alcance y efectos distintos.

<sup>52</sup> Especialmente recomendable a estos efectos resulta el documento elaborado por el U.S. Department of Justice denominado “Evaluation of Corporate Compliance Programs” (<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>) cuyo esquema se seguirá en el desarrollo de este apartado.

<sup>53</sup> Para efectos de un *Compliance* sólido y robusto, evidentemente existen otros puntos adicionales o complementarios.

1. **Previo:** antes de analizar el propio sistema de compliance, tanto la empresa como las autoridades administrativas o judiciales examinarán la naturaleza del hecho presuntamente delictivo<sup>54</sup>, identificando a la persona física autora del ilícito, puesto que la posición en el organigrama de la empresa determinará la mayor o menor responsabilidad de la propia empresa: en el caso de la doctrina norteamericana por la doctrina del *respondeat superior* y, en el caso de España, porque difícilmente puede hablarse de instauración de ‘cultura de cumplimiento’ si el delito es cometido por los representantes legales de la corporación<sup>55</sup>. Una vez determinado el delito (dentro del catálogo de delitos por los que responde penalmente la organización, según el código penal aplicable) deberá conocerse la existencia o inexistencia de un sistema de *compliance*, lo que, a la postre, determinará el examen de la cultura de respeto a la legalidad. Finalmente, deberá conocerse el origen en el conocimiento de la infracción o hecho ilícito, siendo especialmente relevante que haya sido advertido, en su caso, por medio de los canales de *whistleblowing* de la empresa. La fiscalía en España reconoce en su Circular 1/2016 que “detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo”.
2. **Gobierno y liderazgo:** se deberá acreditar la forma concreta en la que la empresa, a través de sus órganos directivos y alta dirección, motiva o desmotiva conductas respetuosas con la legalidad<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Aunque pudiera parecer que la mera existencia del hecho delictivo pudiera indicar la ineficacia del sistema de compliance, la propia Fiscalía General del Estado viene a responder en su Circular 1/2016 al indicio: “lo cierto es que no puede descalificarse por ello automáticamente un programa por inefectivo. El delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta. En atención a esta realidad, la idoneidad se establece en el articulado con carácter relativo, admitiendo como eficaz un programa que solo permite ‘reducir de forma significativa’ el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido”.

<sup>55</sup> Cfr. Circular FGE 1/2016: “la responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores o un alto directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa, de tal modo que los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz si un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito”.

<sup>56</sup> Cfr. *Ibidem*: “El comportamiento y la implicación del Consejo de Administración y de los principales ejecutivos son claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Por el contrario, su hostilidad hacia estos programas, la ambigüedad, los mensajes equívocos o la indiferencia ante su implementación traslada a la compañía la idea de que el incumplimiento es solo un riesgo que puede valer la pena para conseguir un mayor beneficio económico”.

Hechos concretos son, por ejemplo, los requisitos de las políticas de contratación de empleados<sup>57</sup>, los planes de formación y concienciación y la comunicación del sistema de *compliance* a *stakeholders*, la fijación de objetivos laborales (*KPIs*) de *compliance* para directivos y empleados, etc. A este respecto, resulta un buen indicador la acreditación de la interacción que tiene la función de *compliance* en la toma de decisiones: el número de reportes, los informes requeridos al *compliance officer* (oficial de cumplimiento) ante la toma de decisiones que llevan aparejado un riesgo, la presencia de este en reuniones del comité de dirección, etc.). Coincidimos que, para efectos prácticos en materia penal, en última instancia siempre existirá en toda organización imputada una o varias personas físicas que pudieran haber realizado actos u omisiones reprobables o reprochables, sea intencional o negligentemente.

3. **Oficial de cumplimiento o *compliance officer*:** deberá conocerse la autonomía y recursos de *compliance officer* (CCO) y su implicación en la estructura organizativa y de toma de decisiones. La posición del CCO en la organización habrá de tenerse en cuenta a fin de valorar su grado de “independencia y autonomía” frente a la propia dirección general o administración. En empresas de tamaño considerable, se acude al modelo de las tres líneas de defensa<sup>58</sup>, para acreditar las mejores prácticas en la gestión de riesgos.

Se deberá revisar el ‘mapa de riesgos’ (el juicio de aplicabilidad o no aplicabilidad de los riesgos y la descripción de los hechos en los que puede materializarse, concretamente el *riesgo penal*), la metodología de evaluación de riesgos y los controles implementados. El mapa o la matriz de riesgos penales, y su inherente prevención para efectos de los planes de mitigación y remediación, puede dar mucha información sobre el grado de compromiso de la empresa con el *sistema de compliance* en su conjunto, puesto que la mayor o menor información y conocimiento sobre los procesos

---

<sup>57</sup> Cfr. Íbidem: “los Sres. Fiscales deberán valorar de manera especial que los modelos de organización y control de la compañía establezcan altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados y su aplicación en el caso concreto”.

<sup>58</sup> En el modelo de las TRES LÍNEAS DE DEFENSA, el control de la gerencia es la primera línea de defensa en la gestión de riesgos; las varias funciones de supervisión de riesgos, controles y cumplimiento establecidas por la administración son la segunda línea de defensa; y el aseguramiento independiente es la tercera (cfr. Documentación de The Institute of Internal Auditors).

internos corporativos en situación de riesgo, los antecedentes y medidas de -evitación, mitigación- y remedio implementadas en anteriores eventos<sup>59</sup> y las métricas usadas para la evaluación de los controles constatan la preocupación de la empresa por la mitigación de los riesgos y la generación de verdadera 'cultura de cumplimiento'. El mapa de riesgos de naturaleza, contenido, alcances y efectos penales deberá ofrecerse actualizado, actualizable y, en la medida de lo posible, con la *trazabilidad suficiente* para comprobar las variaciones en el nivel del riesgo concreto habida cuenta los controles y medidas implementadas.

4. **Ambiente de control:** se deberá conocer con exactitud el contenido de los controles que planifiquen la mitigación y remediación del riesgo penal concreto (políticas, procedimientos, códigos, protocolos, lineamientos, manuales y guías), así como las medidas concretas de mitigación de aplicación al hecho investigado. Igualmente se deberá revisar quién ha elaborado los controles y medidas, quién los ha aprobado, quién los evalúa, quién los vigila y supervisa, con qué periodicidad se comunican y si se auditan y revisan a intervalos planificados. Resulta importante conocer la accesibilidad al conocimiento e implementación de los controles por parte de los empleados o integrantes de la organización, acreditando la formación y concienciación y la intervención concreta de los *risk owners* en el tratamiento del riesgo. En este sentido, la empresa deberá conocer (y mostrar) qué control (financiero o no financiero) ha fallado o ha sido obviado por los responsables físicos del delito: no es indiferente conocer qué régimen de aprobaciones o de acceso a recursos ha tenido el responsable del delito para tomar una decisión contraviniendo, por acción u omisión, la legalidad.
5. **Formación, concienciación y comunicación:** la formación ha de estar enfocada a riesgos, por lo que el plan de formación y concienciación ha de definir el contenido de la formación, el *target* (directivo/empleados) al que se dirige y la periodicidad, de acuerdo a criterios de 'relevancia del riesgo', así como la eficacia en su ejecución. Vale la pena demostrar la *comunicación corporativa*

---

<sup>59</sup> Cfr. Circular 1/2016 de la FGE española: "El comportamiento de la corporación en relación con anteriores conductas es relevante para deducir la voluntad de cumplimiento de la persona jurídica y en qué medida el delito representa un acontecimiento puntual y ajeno a su cultura ética o, por el contrario, evidencia la ausencia de tal cultura, desnudando el modelo de organización como un mero artificio exculpatorio. La compañía podrá acreditar que, aun fallido en el caso concreto, el modelo ha funcionado eficazmente en anteriores ocasiones".



que se ha desarrollado una vez identificado el hecho delictivo, puesto que el conocimiento por el resto de los empleados (del ilícito, de las medidas de reparación y de las consecuencias para el infractor) perfila la cultura de respeto a la legalidad por parte de la empresa<sup>60</sup>. Si los empleados o integrantes de la organización que han cometido el ilícito fueran conocedores de las políticas internas (mediante la acreditación de la entrega de un “*compliance welcome-pack*”, la aceptación expresa de políticas o la superación de procesos de formación específicos) deberá acreditarse para certificar el alejamiento de la empresa del hecho delictivo, por mucho que su materialización pudiera haber beneficiado a la empresa. Estamos ante una nueva visión-concreción de formación, capacitación y adiestramiento continuo, con independencia de los *background checks* o *screening* previo a la contratación laboral o con motivo de ésta.

6. **Hotline y helpline:** la empresa deberá acreditar la existencia de canales de comunicación de irregularidades, incumplimientos, dudas y sugerencias y su efectividad. A estos efectos, podrá acreditarse el número de consultas recibidas y contestadas a través de la operativa de atención al cliente, redes sociales, *mail* o teléfono corporativo, canales de *whistleblowing*, etc., así como la actuación concreta de la empresa en los supuestos en los que indiciariamente se hubieran comunicado incumplimientos del sistema de compliance (aunque no se tratara de conductas delictivas). La empresa deberá acreditar la formación, ausencia de conflictos de interés y capacidad de las personas encargadas de los procedimientos de investigaciones internas (*internal affairs*), así como las respuestas proporcionales y contundentes a hechos de especial gravedad e, incluso, los procedimientos de guarda de información, cadena de custodia de evidencia y políticas para el acceso, intervención, manejo, extracción y custodia lícita de información en el seno organizacional.
7. **Sistema de remuneración e incentivos:** además de las políticas de contratación, resulta visual conocer las políticas de remuneración y la fijación de objetivos en personal de dirección y con responsabilidades, puesto que la remuneración de acuerdo con criterios exclusivamente

---

<sup>60</sup> Cfr. Íbidem: “Las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas. La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento”.

económicos o de venta suele dar mensajes equívocos a los empleados. Por ejemplo, los *KPIs* deben incluir conceptos de cumplimiento (aprovechamiento de las formaciones, implicación con el sistema de *compliance*, colaboración con el CCO, etc.). Las medidas disciplinarias impuestas y la consistencia en la imposición (con independencia de la posición en el organigrama corporativo del infractor) dan idea de la eficacia del sistema de *compliance*, por lo que la contundencia en la reacción frente al ilícito y el infractor ofrece mensajes claros de *tolerancia cero* frente a actuaciones ilegales a la empresa, a los empleados y al resto de socios de negocio y partes interesadas, además de clientes y proveedores.

8. **Mejora continuada, actualización y revisión.** La existencia de procesos de auditoría y revisión ofrece información valiosa sobre los esfuerzos de la empresa en implementar un sistema de *compliance*. Deberá revisarse la interacción del encargado, área o departamento de control interno o de otros procesos directamente relacionados con el sistema de *compliance* (recursos humanos, financieros, etc.) y la presencia de una política de revisión del mapa de riesgos y las políticas (plan y memoria de *compliance*). Por último, la implicación del órgano de gobierno en la aprobación de los planes de actualización y mejora del sistema de *compliance* (con actas que acrediten la toma de acuerdos concretos) es un elemento relevante para evaluar la eficacia del sistema de *compliance*. En este sentido, el acuerdo formal de cumplimiento organizacional adoptado por los máximos órganos de gobierno corporativo.

## 6. Conclusión

Por ahora nos inclinamos a defender práctica y jurídicamente el **modelo de autorresponsabilidad** sustentado en un derecho penal antropocéntrico que permita la aplicación de modelos de imputación propios de las personas jurídicas. Alineado con el principio de culpabilidad penal por hecho propio. Para ello, entendemos que es necesaria la creación e innovación de conceptos que sustenten la acción u omisión, la atribuibilidad y la culpabilidad penal propias del ente colectivo.

Tal parece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, atendiendo al actual sistema legal mexicano, no se puede construir ni aplicar sobre modelos de responsabilidad vicarial o de heteroresponsabilidad, por cuanto que violan los principios básicos de política criminal nacional. Las legislaciones penales modernas deben ser orientadas hacia la posibilidad de que las empresas, las organizaciones y las personas jurídicas puedan ser penalmente investigadas y, en su caso, sancionadas únicamente *por hechos propios*.

Siendo así, la culpabilidad penal organizacional debe sustentarse en el **defecto organizativo** (sea por falta, insuficiencia, deficiencia o ineficacia de 'cultura de cumplimiento'). El defecto de organización representa esa indiferencia para evitar, disminuir, mitigar y/o reparar hechos contrarios a la legalidad que acontezcan o surjan en el seno empresarial y desvirtúen su naturaleza. En concreto, las leyes penales deben dirigirse a que las personas jurídicas puedan ser investigadas, perseguidas y sancionadas penalmente por su **indebido control organizacional**, entendido éste concepto reglado como la violación a los deberes de control, decisión, vigilancia y supervisión organizacionales. Entre otras cuestiones, al demostrarse la ausencia o deficiencia en la identificación de deberes jurídico-penales y la falta o déficit de prevención de riesgos de naturaleza penal a nivel organizacional.

La 'cultura de cumplimiento' se inserta, por tanto, en el núcleo del *tipo penal* atribuible a las personas jurídicas. De forma que opere como *requisito de tipicidad* para los efectos de una sentencia condenatoria. Siendo así, el objetivo de los **sistemas de compliance penal** no es tanto la evitación de la responsabilidad penal, sino la necesaria generación de una "cultura de cumplimiento *eficaz*" que favorezca, mediante medidas, políticas y programas, acciones concretas en respeto a la legalidad y la fidelidad al derecho. Asimismo, acciones y actividades organizacionales congruentes y consistentes con su objeto social y legítimas actividades empresariales.

*Compliance* entendido como el resultado de que la organización cumpla con sus obligaciones legales, entre otras, específicamente los deberes jurídicos de fuente penal para la prevención eficaz de los riesgos delictivos en el seno organizacional. Deberes identificados, analizados y valorados, susceptibles de confirmación en el derecho penal. Asimismo, distinguiendo entre los riesgos penales permitidos y los no

permitidos. Y considerando que el modelo de imputación penal tomará en cuenta los datos de prueba existentes, útiles y pertinentes como elementos de conocimiento para proporcionar a las autoridades penales la información que dará posibilidad y probabilidad a la cuestión fáctica con el fin de acreditar el hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que la persona jurídica imputada haya intervenido en ese hecho. El objetivo será demostrar -en el procedimiento penal acusatorio y oral- que el **compliance penal** y/o las políticas internas de prevención delictiva resultan *eficaces* para la prevención delictiva en el contexto del cumplimiento del objeto social y la realización de legítimas actividades empresariales, acordes con la normativa penal aplicable.

Coincidimos con el Excmo.Sr.D. Manuel Marchena Gómez <sup>61</sup> quien afirmó, para efectos de España, que se necesita tiempo y casuística para poder erigir y perfilar un modelo de responsabilidad que responda a los problemas que surgen en la práctica. México también deberá evolucionar y perfeccionar su modelo de imputación penal de las personas jurídicas en los próximos años. Veremos si el Derecho Penal Económico logra erigir un sistema normativo y regulatorio capaz de promover orden social justo a nivel de las organizaciones.

En consecuencia, el **compliance penal** deberá seguir sometiéndose a rigurosos exámenes para demostrar su eficacia en cada caso concreto, a nivel de personas físicas (miembros e integrantes de la organización, clientes y proveedores), data e información, instalaciones, oficinas, mobiliario o infraestructura, equipamiento o herramientas de trabajo, procesos y subprocesos internos y del sistema organizacional en su conjunto. Es decir, integrando el Compliance Penal Ad Intra, Ad extra, Ex Post y Ex Ante, respectivamente. De ese inmenso tamaño es el reto normativo y regulatorio que México enfrenta en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto actual.

---

<sup>61</sup> Jurista español y desde el año 2007 magistrado del Tribunal Supremo de España, siendo el presidente de la Sala Segunda, de lo Penal.