



# Consideraciones en torno a la eficacia en la adopción y ejecución de un programa de Compliance Penal, de cara al artículo 31bis del Código Penal Español

## Considerations regarding the effectiveness in the adoption and execution of a Criminal Compliance program, in view of article 31bis of the Spanish Penal Code

Emma Canchari Palomino\*

### Resumen:

En el presente artículo la autora analiza la eficacia de los Programas de Compliance, como condición para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica, de cara al artículo 31 bis del Código Penal español. En esa línea, realiza un acercamiento al contenido del término desde un enfoque de prevención y gestión del riesgo penal, a la luz de los elementos y criterios de calidad propuestos desde la legislación comparada y de los estándares internacionales de cumplimiento normativo y buen gobierno corporativo.

### Abstract:

In this article, the author analyzes the effectiveness of the Compliance Programs, as a condition to exempt the legal entity from criminal liability, in view of article 31 bis of the Spanish Penal Code. In this line, it approaches the content of the term from a focus on prevention and management of criminal risk, in light of the elements and quality criteria proposed by comparative legislation and international standards of compliance and good corporate governance.

### Palabras clave:

Compliance – Compliance Penal – Delito Corporativo – Programas de Cumplimiento Penal – UNE 19601 – ISO 19600 – Buen Gobierno Corporativo – Oficial de Cumplimiento

### Keywords:

Compliance – Criminal Compliance – Corporate Crime – Criminal Compliance Programs – UNE 19601 – ISO 19600 – Corporate Governance – Compliance Officer

### Sumario:

1. Introducción – 2. Eficacia y Seguridad Jurídica – 3. Aportes desde la Circular de la Fiscalía General 01/2016 – 4. Pronunciamientos del Tribunal Supremo – 5. Norma UNE 19601: Requisitos para la implantación de un modelo de Compliance Penal – 6. Aportes desde la legislación y normativa comparada – 7. Aportes desde las normas involucradas en el proceso de estandarización en Compliance – 8. Conclusiones – 9. Bibliografía

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid. Con estudios de postgrado en Compliance y Buen Gobierno Corporativo en la UPF Barcelona School of Management.

## 1. Introducción

La reforma del Código Penal Español del 2010<sup>1</sup>, que introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica en el sistema jurídico español, trajo consigo el inicio de un largo debate jurídico sobre diversos aspectos materiales y procesales, que han sido abordados tanto por destacada doctrina, como por los propios órganos de justicia (Fiscalía General del Estado y Tribunal Supremo), y que continúa discurriendo -no con pocos cuestionamientos- hasta el día de hoy. Así pues, entre los principales temas abordados, se han venido desarrollando los referidos al modelo de imputación de responsabilidad penal (vicarial o de heteroresponsabilidad), a la diferenciación de las vías de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>2</sup>, al contenido del concepto de administradores o representantes, a cómo debe entenderse el incumplimiento grave de los deberes de supervisión y vigilancia, cuál debe ser el contenido mínimo de un Programa de Cumplimiento, presupuestos de la eximente de responsabilidad penal, el aludido “traslado” de la misma, entre muchos otros que, si bien se tuvieron en cuenta por el legislador en la reforma del 2015<sup>3</sup> y en los pronunciamientos realizados por los órganos de justicia, aún continúan invitando a la reflexión y a la crítica jurídica.

En dicho contexto, un aspecto esencial que se desprende del artículo 31bis del Código Penal Español (en adelante, artículo 31bis), es el referido al contenido de la “eficacia” de los modelos de organización y gestión<sup>4</sup>, así como de los controles internos<sup>5</sup> implementados por la persona jurídica, de cara a la prevención o mitigación del riesgo de comisión de delitos en la organización. Y es que, en tanto el término “eficacia” podría resultar muy amplio como para formar parte de una norma penal, desde su tipificación las críticas respecto a su necesaria delimitación resonaron al unísono, siendo imperativo que -en la reforma del 2015- el legislador estableciera determinados requisitos básicos que debía ostentar un modelo de organización y gestión, a efectos de ser considerado “eficaz”. Sin embargo, aunque el legislador no lo haya planteado en tales términos necesariamente, y aun cuando el desarrollo del concepto se encuentre en manos de la jurisprudencia, la importancia de dotar de un contenido objetivo a la eficacia del modelo es esencial, sobre todo si se tiene en cuenta que dicho contenido deberá traducirse en medios de prueba que la persona jurídica tendrá que aportar al proceso penal, a fin de verse exenta de responsabilidad penal<sup>6</sup>.

Conforme a lo expuesto, el presente artículo pretende aportar y nutrir el contenido del término “eficacia”, no obstante, lo hará a la luz de la primera vía de imputación, es decir, enfocándose en la eficacia del modelo para prevenir la comisión de delitos por parte de los órganos de dirección y altos mandos de la organización, a quienes se ha tenido a bien denominar apicales o “apicali”.<sup>7</sup> Con dicha finalidad, realizaremos un acercamiento a la legislación española y extranjera, así como a los estándares internacionales sobre Cumplimiento Normativo, Buen Gobierno Corporativo e, incluso, al reciente estándar español UNE 19601; todo ello, a efectos de contar con un mínimo de elementos de debida diligencia y criterios de calidad que ofrezcan soluciones prácticas y útiles a las sociedades y que -a su vez- sean de gran apoyo para los operadores de justicia, de cara a construir una noción y *ratio* de aquellos criterios que nos permitirían considerar la eficacia del modelo, así como de las medidas de vigilancia y control para la prevención del denominado delito corporativo<sup>8</sup>.

1 Véase: Artículo 31 bis de la Ley Orgánica 5/2010 española.

2 Como se desprende del artículo 31bis, el legislador español ha establecido dos vías en virtud de las cuales se podría imputar responsabilidad penal a la persona jurídica: la primera de ellas, a través de la comisión del delito por parte de un representante o persona física que ostente facultades de organización y control dentro de la misma; y la segunda, por parte de una persona física sometida a la autoridad del referido representante.

3 Véase: Ley 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Español.

4 También denominados “Programas de Compliance”. Véase: Art. 31 bis, artículo 2, inciso 1º: “(...) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con **eficacia**, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión (...)”.

5 Art. 31 bis, artículo 2, inciso 2º: “(...) o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la **eficacia** de los controles internos de la persona jurídica”. Condición establecida para la primera vía de imputación.

6 En la reforma del 2015, el legislador introdujo en el artículo 31bis.2 un supuesto de exención de responsabilidad penal para la persona jurídica, de verificarse -entre otros elementos- que ésta implantó con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de organización y gestión que debía contener determinadas medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. Dicho modelo de organización y gestión es el que hoy en día se ha denominado “compliance”, “programa de compliance”, “programa de cumplimiento normativo”, “programa de prevención de delitos”, entre otros.

7 Del italiano “*soggetti apicali*” al que hace referencia el DL 231/2001 italiano. Entiéndase por sujetos con una posición apical o superior de jerarquía en la organización.

8 Para un mayor acercamiento al contenido del delito corporativo, véase la Sentencia del Tribunal Supremo Nº 966/2016 de fecha 16 de marzo. En soporte electrónico: <http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/TS%20Penal%2016%20mar%202016.pdf>.

## 2. Eficacia y Seguridad Jurídica

El inciso segundo del artículo 31bis hace referencia a la eficacia de los modelos de organización y gestión en los siguientes términos:

*"(...) 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:*

*1.º el órgano de administración ha adoptado y ejecutado **con eficacia**, antes de la comisión del delito, 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; (...)"*

Del texto legal se infiere que para que la persona jurídica pueda verse exenta de responsabilidad penal, no bastará con que haya implementado un Programa de Cumplimiento "cosmético" o de "fachada" que contenga alguna que otra norma ética, sino que el mismo debe describir los riesgos específicos de la organización y desarrollar los controles y medidas idóneas para su prevención o mitigación, así como los mecanismos de supervisión; de ahí que el inciso quinto del artículo 31bis<sup>9</sup> desarrolle cuáles son los elementos mínimos que debe contener un Programa de Compliance, de cara a verificar la eficacia del modelo. Sin embargo, es necesario precisar que el criterio de eficacia no debe entenderse como de idoneidad absoluta frente a la prevención del delito, sino como de carácter relativo, siendo posible admitir como eficaz a aquel programa que permita reducir "de forma significativa" el riesgo delictivo<sup>10</sup>.

Lo expuesto refleja desde un mejor escenario la importancia de conocer cuáles deben ser aquellos criterios que nos permitan afirmar que nos encontramos ante un Programa de Compliance eficaz para prevenir o mitigar el riesgo de comisión de un delito y, por ende, que permitan a las empresas tener mayor certeza del nivel de éxito que obtendrían al solicitar verse exentas de responsabilidad en el curso de un eventual proceso penal. Lo que corresponde ahora es analizar si los elementos de la estructura del Programa de Compliance establecidos por el artículo 31bis, tal y como están expuestos en la norma, otorgan dicha seguridad jurídica a las empresas, en el marco de la gestión del debido control del riesgo.

Como hemos revisado, en la reforma del 2015 el legislador tuvo a bien establecer los elementos (a modo de requisitos) que debe contener el denominado Modelo de Organización y Gestión o Programa de Compliance; no obstante, la referida lista conlleva a una serie de cuestionamientos entre los cuales destacan: (i) la suficiencia de los elementos o requisitos tipificados, a la luz de los instrumentos internacionales sobre Compliance, (ii) si la misma debe ser entendida como el único marco de referencia en cuanto a la efectividad del Programa de Cumplimiento se refiere o si, de lo contrario, el juez también podría atender a criterios o lineamientos extra penales, y (iii) si un eventual traslado de los criterios de eficacia hacia los instrumentos de *soft law*, mantendrían indemne la garantía de la seguridad jurídica.

En cuanto a los citados cuestionamientos, el profesor Nieto Martín<sup>11</sup> reflexiona que "al día de hoy, puede decirse que mientras existe un acuerdo generalizado a la hora de señalar los componentes o la estructura del programa de cumplimiento, no ocurre lo mismo con la determinación de los criterios de calidad del sistema o de cada uno de sus elementos". De ahí que los requisitos propuestos por el legislador constituyan un listado (aunque incompleto) de los principales elementos que legislaciones de otros países y estándares internacionales consideran básicos en todo Programa de Cumplimiento.

9 "5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.º del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

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

10 Véase: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, p. 44; que precisa: "Aunque la comisión del delito puede interpretarse como una inicial muestra de la ineficacia del modelo, lo cierto es que no puede descalficarse 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 soporte electrónico: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JURÍDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JURÍDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041)

11 Adán Nieto Martín, La institucionalización del Sistema de Cumplimiento. En: Manual de Cumplimiento en la Empresa (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), pp. 112.

En la misma línea, en cuanto a la implementación de medidas de vigilancia y control del riesgo como primer requisito tipificado del Programa de Compliance, bien advierte Dopico Gómez-Aller<sup>12</sup>, que:

*“La tipología de estas medidas puede ser muy variada. El Código Penal no concreta a cuáles de ellas se refiere, lo cual abre no poca inseguridad jurídica (máxime en una cláusula tan exigente para la exención de responsabilidad). Aunque los usos empresariales actuales pueden dar pautas en relación con medidas de vigilancia y control a empleados, suministran poca orientación en relación con controles a administradores y representantes.*

*Si se atiende a las pautas que se han dado en otros ordenamientos, cabe afirmar que este tipo de medidas varían dependiendo de diversos factores: la naturaleza y envergadura de la organización, de la actividad a la que se dedique, del riesgo en concreto al que se refiera, etcétera”<sup>13</sup>.*

Conforme se desprende de lo expuesto, consideramos que los requisitos del Programa de Cumplimiento, tal y como están tipificados en el artículo 31bis, no son suficientes para dotar de seguridad jurídica a las organizaciones, de tal manera que éstas posean un grado razonable de certeza respecto a los criterios de calidad que deben ostentar las medidas de vigilancia y control de un modelo que pretende revestirse de eficacia.

En primer lugar, pues como veremos en los acápite siguientes, el legislador ha omitido listar elementos básicos que todo modelo de prevención de riesgos debe ostentar, de conformidad con los principales estándares y normas internacionales especializados, tales como la formación a empleados y directivos y el necesario establecimiento de un sistema documentario, como desarrollaremos más adelante. Asimismo, aunque el artículo 31bis no remita de manera literal el desarrollo de las mencionadas medidas de vigilancia y control al contenido de los estándares extra penales especializados para cada tipo de riesgo (medio ambiente, seguridad y salud en el trabajo, blanqueo de capitales), se entiende que -oportunamente- los magistrados podrán atender a los mismos en tanto constituyen patrones normativos útiles para evaluar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En este último punto, coincidimos con Nieto Martín<sup>14</sup> en que el denominado “Proceso de Estandarización”, en virtud del cual se consolidaría una especie de estándar de eficacia de los Programas de Cumplimiento basado en determinados elementos de debido control, no debe agotarse en lo expuesto por el legislador en el artículo 31bis, sino que existen varias razones de índole constitucional que obligan al juez a tener en cuenta criterios extra penales a la hora de evaluar la responsabilidad penal de la persona jurídica, tales como normas administrativas regulatorias, recomendaciones realizadas por organismos públicos y privados, normas emitidas por asociaciones de colectivos empresariales de determinado sector económico, entre otros.

Sin ánimo de ahondar en el análisis de los principios constitucionales<sup>15</sup> que validan la necesidad judicial de atender no solo a estándares de cumplimiento internacionales, sino también -inclusive- a la posesión de informes de auditorías o certificaciones obtenidos por la empresa, consideramos relevante concluir como un primer planteamiento a la problemática sobre la eficacia de los Programas de Cumplimiento, que si bien el análisis de idoneidad de las medidas de debido control de la empresa no debe agotarse en la mera descripción de los requisitos planteados por el legislador, la actual tipificación del artículo 31bis ha generado una zona gris de inseguridad jurídica al omitir especificar o hacer referencia a los instrumentos normativos que desarrollen los criterios de calidad del sistema y de sus elementos. Lo expuesto cobra mayor relevancia, si se tiene en cuenta que actualmente existen ámbitos de riesgo penal que no han sido suficientemente abordados por normas extra penales o estándares de cumplimiento, como el relativo a la eficacia de las medidas de prevención y control del riesgo delictivo que debe implantar el órgano interno de vigilancia y control, sobre los apicales de la empresa<sup>16</sup>.

En atención a lo expuesto, a continuación realizaremos un breve acercamiento a los principales estándares internacionales en materia de cumplimiento corporativo, así como a la regulación de los modelos propuestos por la legislación extranjera, de cara a recoger sus principales aportes en cuanto a criterios de calidad y eficacia de los Programas de Cumplimiento se refiere, y así poder contribuir con el análisis al que ya

12 Jacobo Dopico Gómez-Aller, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. En: Memento Práctico Penal, Autores Varios, Lefebvre, (Madrid, 2016), número marginal 3127.1.

13 El resaltado es nuestro.

14 Nieto Martín, *Op. Cit.*, p. 114 y ss.

15 A saber: principios de última ratio, de unidad del ordenamiento jurídico, de determinación penal y de lesividad. Para una mejor comprensión, véase: Nieto Martín, *ibidem*.

16 Al respecto, cabe precisar que (i) España no cuenta con normas mercantiles o societarias que obliguen a las sociedades a contar con un órgano interno de vigilancia y control que supervise la actuación de los administradores o directores de una sociedad, y que (ii) desde el ámbito de la auditoría y del buen gobierno aún no se cuenta con un desarrollo exhaustivo de técnicas, mecanismos o criterios bajo los cuales deba desenvolverse el órgano de supervisión de cara a gestionar la prevención del riesgo delictivo de apicales.

se enfrentan los operadores de justicia, aunque con mayor preocupación, el gran sector del empresariado español.

### 3. Aportes desde la Circular de la Fiscalía General 01/2016

Un primer aporte interno luego de la reforma del artículo 31bis el 2015, fue el ofrecido por la Fiscalía General del Estado a través de la Circular 1/2016, la misma que tuvo a bien establecer algunos criterios interpretativos para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión, con la finalidad de facilitar la labor de los señores fiscales garantizando el principio de unidad de actuación de dicha institución pública y, del mismo modo, siendo conscientes de la demanda de criterios homogéneos, claros y objetivos, por parte de las sociedades y empresas<sup>17</sup>.

Así pues, la Circular proporcionó las siguientes pautas exegéticas de carácter general, a efectos de valorar la eficacia de los Modelos de Compliance:<sup>18</sup>

**Primera:** *La mera adopción de un Modelo de Compliance no constituye un salvoconducto que blindará a la persona jurídica de responsabilidad penal.*

**Segunda:** *La verdadera eficacia no radica en la existencia per se del Programa de Cumplimiento, sino en la promoción y expresión de una cultura o compromiso de cumplimiento.*

**Tercera:** *Las certificaciones de idoneidad del modelo podrán apreciarse como un elemento adicional de prueba, mas no acreditan por sí mismos la eficacia.*

**Cuarta:** *El inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía constituyen elementos indispensables para considerar la eficacia del modelo.*

**Quinta:** *El nivel de exigencia en el análisis debe ser mayor frente a casos de delitos cometidos en beneficio directo para la sociedad.*

**Sexta:** *La capacidad de detección de incumplimientos constituye un elemento sustancial de la validez del modelo.*

**Séptima:** *La comisión de un delito en el seno de la organización, no invalida de manera automática la eficacia del modelo de prevención.*

**Octava:** *Los antecedentes o circunstancias de incumplimiento penal y administrativo deberán ser tomados en cuenta para evaluar su compromiso ético.*

**Novena:** *Las actuaciones adoptadas tras la comisión del delito son muestra del compromiso de los dirigentes de la organización con el programa de cumplimiento.*

En cuanto a las pautas citadas, el profesor Casanovas Ysla tuvo a bien afirmar que:

*“La Circular 1/2016 de Fiscalía General del Estado es un texto que está a la altura de las circunstancias en materia de Compliance. Aunque no ha sido su voluntad detallar los requisitos de estos modelos, trata algunos aspectos de trascendencia reconocida internacionalmente, como la necesidad de documentarlos por escrito, los códigos de conducta, los canales de denuncia, los procedimientos de diligencia debida en la selección del personal, etc. Es, por lo tanto, un documento relevante para comprender el mensaje esencial de Compliance: no se trata de una cuestión de meras formalidades, sino de eficacia en la generación o mantenimiento de una cultura de respeto hacia las leyes y los estándares éticos”<sup>19</sup>.*

### 4. Pronunciamientos del Tribunal Supremo

Por su parte, desde el 2010 a la fecha, el Tribunal Supremo de Justicia Español ha emitido ocho sentencias relacionadas a la responsabilidad penal de la persona jurídica, incidiendo gran parte de su desarrollo en el ámbito procesal de su juzgamiento. Sin perjuicio de ello, consideramos relevante mencionar que, en cuanto a los Modelos de Organización y Gestión establecidos por el artículo 31 bis, el alto tribunal coincide con la Fiscalía General del Estado en la importancia de que las empresas promuevan o generen una “cultura” ética y de cumplimiento de la legalidad que se inserte en cada una de sus actividades.

<sup>17</sup> Véase Circular de la Fiscalía General del Estado N 1/2016, *Op. Cit.*, punto 5.6.

<sup>18</sup> Alain Casanovas Ysla, La Circular 1/2016 de la Fiscalía y los Modelos de Compliance, Blog KMPG Cumplimiento Legal, 25.01.16. En soporte electrónico: <http://www.kpmgcumplimientolegal.es/la-circular-12016-de-fiscalia-y-los-modelos-de-compliance/>

<sup>19</sup> Idem.

Así, en su Sentencia 154/2016 del 29 de febrero de 2016, el Tribunal Supremo afirma que una adecuada cultura ética empresarial:

*“(…) es un dato relevante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal, de cara a la existencia de una causa de exención de la responsabilidad (…)”*

*“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 aquélla, 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 jurídicas 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 éstos de los delitos”<sup>20</sup>.*

En ese sentido, qué duda cabe que -aunque con no tan amplio desarrollo como la Fiscalía General- el Tribunal Supremo también ha adoptado el razonamiento en virtud del cual la implantación de un Programa de Cumplimiento en el seno de la empresa es más que documentos y nombramientos a modo de “requisitos legales” para obtener el beneficio futuro de la exención. De ahí que hoy en día los operadores de justicia hayan interiorizado la necesidad de que las empresas se ocupen de generar una verdadera cultura de cumplimiento, procurando que cada medida de control y prevención se adopte de manera coherente con tal propósito, desde los órganos máximos de dirección.

## 5. Norma UNE 19601: Requisitos para la implantación de un modelo de Compliance Penal

El último aporte importante de criterios para la valoración de la eficacia de los Programas de Compliance se ha ofrecido también desde el ámbito nacional por parte del Comité Técnico CTN 307 SCI de AENOR<sup>21</sup>, quien elaboró la recientemente publicada **Norma Española UNE 19601: Sistemas de Gestión de Compliance Penal – Requisitos con orientación para su uso**.

Así pues, la UNE 19601 “constituye un marco de interpretación susceptible de ser desarrollado para disponer de sistemas eficaces y alineados con las buenas prácticas que vienen acordándose a nivel internacional”<sup>22</sup>. En ese sentido, la referida norma:

*“(…) viene a establecer un marco de referencia completo que no solo permite disponer de sistemas de gestión de compliance penal alineados con las exigencias del Código Penal español, sino completarlos con los estándares internacionales en materia de compliance que contribuyen a cincelar sus contenidos e incrementar su eficacia. Bajo tal premisa, [la] norma UNE facilita diseñar o evaluar sistemas de gestión de compliance penal, que permitan generar o mejorar una adecuada cultura organizativa sensible a la prevención y detección penal y opuesta a las malas praxis que toleran o amparan conductas ilícitas en el seno de las personas jurídicas”<sup>23</sup>.*

Entre sus principales características se tiene que: **(i)** la norma desarrolla lo que se denomina una “estructura de alto nivel” que es común a todas las normas internacionales ISO<sup>24</sup> de sistemas de gestión, por lo que es integrable a otros<sup>25</sup>; **(ii)** podrá ser certificable en base a los parámetros de la ISO 19600:2015<sup>26</sup>, sin que ello implique la exención automática de responsabilidad penal a la organización y **(iii)** está dirigida a todo tipo de organizaciones, independientemente de su tipo, tamaño, actividad o sector comercial (de carácter privado, público, con o sin ánimo de lucro).

Por su parte, en cuanto a los elementos de eficacia del Programa de Compliance, la norma bajo comentario establece que se debe atender a los siguientes criterios:

20 Véase la sentencia citada en soporte electrónico: <https://supremo.vlex.es/vid/599579023>

21 Asociación Española de Normalización y Certificación.

22 Norma UNE 19601:2017 elaborada por el Comité Técnico CTN 307 Gestión de riesgos, publicada el 18 de mayo de 2017, p. 6.

23 *Ibidem*.

24 Organización Internacional de Normalización, más conocida por sus siglas en inglés como ISO, “International Organizations for Standardization”.

25 Que pueden estar también relacionados con Compliance: ISO 19600 e ISO 37001) o no (ISO 27001, ISO 31000, ISO 14001).

26 Sobre Sistemas de Gestión de Compliance. Norma que analizaremos más adelante.



UNE 19601			
	Elemento	Criterios	Mecanismos o instrumentos <sup>1</sup>
1.	<b>Contexto de la organización</b>	Comprensión de la organización y su contexto	Política de Cumplimiento
		Entendimiento de las necesidades y expectativas de las partes interesadas	Política de Cumplimiento
		Determinación del alcance objetivo y subjetivo del sistema de gestión.	Risk Assesment
		Sistemas de gestión de compliance penal.	Políticas, procesos y procedimientos.
2.	<b>Liderazgo</b>	Liderazgo y compromiso del órgano de gobierno.	Código Ético Política de Compliance Penal. Establecimiento de órgano de compliance penal. Revisión y auditoría del modelo. Verificación periódica de la eficacia. Procesos de formación de la voluntad y toma de decisiones de la organización.
		Órgano de Compliance Penal	Formación Responsabilidades de compliance en MDP <sup>2</sup> . Sistema documentario. Canal de denuncias. Sistema de evaluación de desempeño de compliance. Sistema de comunicación reporte.
		Alta dirección	Procedimientos, normas, protocolos para la detección y prevención de riesgos. Régimen disciplinario.
		Política de Compliance Penal	Identificación de actividades de riesgo penal. Canal de denuncias. Independencia de la función de compliance. Sistema disciplinario. Sistema documentario disponible.
		Roles y responsabilidades	Sistema de comunicación reporte. Responsabilidades de compliance en MDP. Procesos de formación de la voluntad y toma de decisiones de la organización.
3.	<b>Planificación</b>	Acciones para abordar riesgos y oportunidades	Risk Assesment Revisión y auditoría del modelo.
		Evaluación de los riesgos penales	Identificación, análisis y valoración de riesgos penales. Plan de acción y remediación post incumplimiento. Mecanismos de medición de objetivos de Compliance.
4.	<b>Elementos de apoyo</b>	Cultura de Compliance	Compromiso del órgano de gobierno y de la alta dirección. Formación Canal ético
		Recursos	Recursos financieros, tecnológicos y humanos.
		Competencia	Personal de Compliance competente. Debida diligencia en la contratación de personal de riesgo.
		Formación	Contribución a la eficacia del sistema. Canal ético.
		Comunicación	Sistema de comunicación reporte. Política de Compliance. Sistema documentario disponible.
5.	<b>Operación</b>	Planificación y control operacional	Políticas, procesos y procedimientos. Sistema documentario disponible.
		Diligencia debida	Identificación de ámbitos de riesgo penal.
		Controles financieros y no financieros.	Identificación de ámbitos de riesgo penal.
		Controles en filiales y socios de negocio.	
		Condiciones contractuales	Cláusulas de control y reducción del riesgo penal.
		Comunicación de incumplimientos e irregularidades	Canal ético (confidencialidad y anonimato). Protección ante represalias.
		Investigación de incumplimientos e irregularidades	Procedimiento interno de investigación de irregularidades.

1 A sugerencia nuestra.

2 Manual de descripción de puesto de trabajo.

6.	<b>Evaluación del desempeño</b>	Seguimiento, medición, análisis y evaluación.	Mecanismos para garantizar la eficacia del Programa de Compliance.
		Fuentes de opinión sobre el desempeño de Compliance Penal.	Sistema de comunicación reporte.
		Informes sobre Compliance Penal.	
		Auditoría interna	
		Revisiones	
7.	<b>Mejora</b>	Acciones correctivas	

Como se desprende del cuadro expuesto, la norma UNE 19601 ha realizado un desarrollo de los criterios que -a su consideración- cada elemento o requisito de eficacia planteado por el artículo 31bis, debe contener. Asimismo, plantea elementos adicionales que la citada norma penal no tuvo a bien tener en cuenta, como el referido a la formación de los empleados y a los sistemas de documentación que acrediten la implementación del Programa de Compliance y de los elementos que consolidan su eficacia.

## 6. Aportes desde la legislación y normativa comparada

### 6.1 Estándares americanos

#### 6.1.1 RRPJJ en USA

Si bien el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica en los Estados Unidos de América (USA) difiere del establecido por el legislador español en tanto pertenecen a diferentes sistemas jurídicos, los matices y alcances referidos principalmente al desarrollo del Compliance y su método de aplicación y valoración, constituye un referente muy valioso de cara a dotar de contenido al artículo 31bis.

En principio, el modelo vigente de responsabilidad penal consagrado en USA es el de responsabilidad objetiva o vicarial, *“según el cual las personas jurídicas serán penalmente responsables por los delitos cometidos por cualquiera de sus representantes o empleados, siempre que ello tenga lugar en el ejercicio de las funciones que les correspondan dentro de la entidad y con la intención de beneficiarla”*<sup>27</sup>.

Así pues, el que la organización responda directamente por los delitos cometidos por sus altos mandos encuentra justificación en tanto son sus propios directivos quienes “crean e implementan la política de la compañía y son responsables de guiar su actuación”<sup>28</sup>. En esa línea, Villegas García, nos aporta la siguiente reflexión:

*“En definitiva, se pretende que los directivos de las compañías ejerzan un control auténtico sobre el funcionamiento de la misma, evitando la comisión de ilegalidades en el desarrollo de su actividad, en cualquiera de sus niveles; de manera que, si deciden delegar parte de su autoridad en empleados inferiores, deberán adoptar las medidas adecuadas para asegurarse que estos últimos cumplen, a su vez, con su deber”*<sup>29</sup>.

Sin perjuicio de la transferencia que plantea el modelo, el mismo no deja de lado la valoración del comportamiento de la persona jurídica como organización o ente propio. Y es que, el análisis de su culpabilidad se realiza ex-post, es decir, al momento de valorar la individualización de la pena o sanción a aplicar, tomándose en cuenta –como veremos en el siguiente acápite, elementos de responsabilidad subjetiva tales como la colaboración de la organización con las autoridades y, sobre todo, la debida diligencia en sus controles de prevención del delito.

#### 6.1.2 Federal Sentencing Guidelines

Las denominadas *sentencing guidelines* federales fueron aprobadas en 1987 a modo de normas que establecieron un sistema de puntos para individualizar la pena aplicable a una persona jurídica en un caso en concreto, que toman en cuenta circunstancias tanto de la ejecución del hecho como las del propio autor<sup>30</sup>.

27 Para una mayor y exhaustiva comprensión de la doctrina del *responde at superior*, véase: Villegas García, María Ángeles, Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América, Universidad Complutense de Madrid, 2015, pp. 143 y ss., soporte electrónico: <http://eprints.ucm.es/33361/1/T36458.pdf>

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

30 *Idem*, pp. 260 y ss.



En sus inicios, como se comentó en el acápite precedente, la persona jurídica respondía directamente por la comisión de un hecho delictivo por parte de alguno de sus empleados, no teniéndose en cuenta la participación o incidencia de la organización en el hecho en concreto. Sin embargo, con posterioridad, la jurisprudencia americana consideró pertinente no solamente valorar la gravedad del delito, sino también las características y proceder del delinciente. De esta manera, en palabras de Villegas García:

*“La segunda realidad que se asume por la comisión es que el comportamiento de los directivos de las compañías podía reducir considerablemente la posibilidad de la comisión de infracciones penales en su seno, así como su impacto. Debía fomentarse la denuncia de las infracciones cometidas y la cooperación en su investigación, para facilitar la reparación del daño causado y la identificación de las personas físicas que cometieron el delito, para que también pudieran ser castigadas. En esta línea, los programas de compliance debían jugar un papel fundamental (...)”<sup>31</sup>.*

Así pues, el sistema americano consideró que las *Guidelines* también podían tener como finalidad el ser un incentivo para fomentar comportamientos éticos que debían tener en cuenta las compañías, a fin de ser sancionadas con una pena menor, ante cualquier contingencia delictiva o, por el contrario, ser sancionadas con mayor severidad, ante la omisión de los mismos. Con posterioridad, las *Guidelines* fueron materia de continuas reformas, las mismas que -en la actualidad- han llegado a establecer los elementos que garantizan la eficacia de un Programa de Compliance y -por ende- logran que la persona jurídica pueda verse beneficiada<sup>32</sup>.

Conforme a lo expuesto, hoy en día las *Guidelines* constituyen un referente muy importante para la ejecución de los Programas de Cumplimiento por parte de las empresas en los Estados Unidos, contando entre los factores que conllevan a una rebaja de la pena, los siguientes:

*“La denuncia inmediata de los hechos, la cooperación prestada para su investigación y el reconocimiento y aceptación de responsabilidad.  
(...)”*

*La existencia de un efectivo y ético programa de compliance, lo que exigirá (...) la existencia de procedimientos eficaces para la prevención y detección de los delitos; pero también, la promoción de una determinada cultura corporativa, que favorezca los comportamientos éticos y el cumplimiento del derecho”<sup>33</sup>.*

Por su parte, en cuanto a los elementos de eficacia del Programa de Compliance que establecen las *sentencing guidelines*, entre otros, se encuentran los siguientes:<sup>34</sup>

- Órgano de cumplimiento dotado de recursos suficientes.
- Difusión y comunicación del contenido del programa entre todo el personal de la organización, incluyéndose la formación de deberes y responsabilidades.
- Sistemas de auditoría interna y evaluaciones periódicas para la detección de riesgos penales.
- Canales de denuncia que garanticen el anonimato y la confidencialidad, sin temor a represalias.
- Medidas disciplinarias adecuadas ante conductas infractoras.
- Medidas de reacción o respuesta ante la comisión de un delito (reparación del daño, denuncia, colaboración, etc.).

De otro lado, las *Guidelines* establecen también que, si el delito fue cometido por alguno de los directivos o altos mandos de la empresa, el análisis de la eficacia deberá ser aún más exigente, entre otros, en los siguientes aspectos:<sup>35</sup>

- Rapidez en la detección y denuncia del hecho ante las autoridades.
- Establecimiento de mecanismos que eviten la implicación del personal encargado del Compliance en la empresa, en la comisión de delitos.
- Establecimiento de mecanismos de comunicación adecuados entre el personal encargado del Compliance y la dirección de alto nivel de la empresa.

31 *Ibidem*, p. 271.

32 *Ibidem*, pp. 272 y ss.

33 *Ibidem*, p. 276

34 *Ibidem*, pp. 279 – 280.

35 *Ibidem*, p. 281.

Conforme a lo expuesto, es también en base a los elementos de efectividad mencionados como se establece la culpabilidad propia de las personas jurídicas en el sistema americano, los cuales -como es evidente- resultan siendo de gran importancia para las empresas por cuanto, oportunamente, podrían verse beneficiadas con una rebaja significativa de la pena aplicable e -incluso- dar lugar a un acuerdo con la Fiscalía a fin de verse exentas de responsabilidad penal.

### 6.1.3 Ley Sarbanes-Oxley

Otra norma más reciente, pero de gran relevancia para la materia bajo análisis es la denominada ley Sarbanes-Oxley, la misma que fue aprobada en junio de 2002 y que surgió como respuesta a los grandes escándalos de fraude que se destaparon en los Estados Unidos durante la década del 2000, casos como el de las multinacionales Enron, WorldCom, Adelphia Communication, entre otros, fueron los que despertaron el interés en establecer una regulación más exigente en el ámbito financiero-bursátil<sup>36</sup>.

La importancia de esta ley a nivel internacional radica en su alcance extraterritorial, lo que supone que las grandes firmas empresariales que coticen en el mercado de valores americano, sean objeto de sus estrictas medidas de control y sanciones, implantadas para prevenir el fraude corporativo y la corrupción. Así pues, a efectos de evitar el fraude económico y contable por parte de las referidas empresas, la ley Sarbanes-Oxley estableció los siguientes criterios:<sup>37</sup>

- Independencia de los miembros del comité de auditoría de la persona jurídica.
- Responsabilidad empresarial por los informes financieros emitidos por los principales ejecutivos financieros.
- Prohibición de préstamos personales a directores y ejecutivos de la compañía.

Como se desprende de los referidos controles, los mismos tienen también como finalidad gestionar el riesgo de corrupción a nivel público y privado que se trata de ocultar a través de balances e informes fraguados o manipulados, complementándose así con la Ley contra Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA).

## 6.2 Estándares italianos

Si bien de una breve revisión de los estándares de la legislación americana, se puede vislumbrar que el Compliance se encuentra enmarcado en un sistema jurídico que difiere de los principios y praxis en España, el estándar de la legislación italiana constituye un alcance más accesible y hasta -podríamos decir- necesario, teniendo en cuenta que el artículo 31bis es casi una copia fiel del Decreto Legislativo N 231/2001 que estableció la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, derivada de la comisión de delitos en el seno de la organización.

Así pues, el inciso 5 del artículo 31 bis español establece los mismos elementos del Modelo de Organización y Gestión tipificados en el artículo 6.2. del D.L. 231/2001 italiano. En ese sentido, si bien coincidimos con Neira Pena<sup>38</sup> en que el legislador español debió adaptar el texto de la norma italiana a la realidad empresarial y al marco jurídico interno, y sin perjuicio de las consecuencias que ello trae consigo en cuanto a la aplicación del modelo de atribución de responsabilidad penal de las empresas, consideramos que para los efectos del presente artículo, conviene aterrizar brevemente en dos aspectos que configuran un aporte por parte de dicho país, al contenido de los elementos del Programa de Compliance.

En primer lugar, en Italia los modelos no solamente deben atender a los elementos de eficacia establecidos en el DL N 231/2001, sino también a los denominados "Códigos de Conducta" de cada sector económico, aprobados por el Ministerio de Justicia. Así pues, como explica Gimeno Beviá:<sup>39</sup>

*"Las asociaciones que representen sectorialmente a la persona jurídica, enviarán al Ministerio de Justicia los códigos de conducta que contengan las disposiciones específicas de su sector, en orden a la adopción y aplicación de los programas de cumplimiento.  
(...)"*

*El Director General de la Justicia Penal (DGJP) debe examinar el código de comportamiento (...), podrá valerse del asesoramiento de expertos en administración, dirección y organización empresarial (...)"*

36 Gimeno Beviá, *Op. Cit.*, p. 40.

37 *Ibidem*, pp. 41 y ss.

38 Neira Pena Ana María, La efectividad de los *Criminal Compliance Programs* como objeto de prueba en el proceso penal, *Política Criminal*, Vol. 11, N 22, diciembre 2016, pp. 467-520. Véase en soporte electrónico: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf)

39 Gimeno Beviá, *Op. Cit.*, pp. 305.

*Si tras la recepción del Código, la Administración no formula observación alguna, ha de entenderse convalidado y, por tanto, adquiere toda su eficacia.”*

Justamente, en atención a la necesidad de contar con medidas de control y prevención que doten de eficacia al Programa de Cumplimiento, fue el sector de manufacturas y servicios italiano, **CONFINDUSTRIA**<sup>40</sup>, el pionero en aplicar a la referida convalidación, creando las denominadas “líneas maestras para la elaboración de un programa de cumplimiento”, aprobadas por la administración italiana el 2002<sup>41</sup>.

De esta manera, tanto el sector privado con sus propias directrices y el profundo conocimiento de su ámbito económico de riesgo, como la propia administración del Estado, confluyen para establecer criterios mínimos en base a los cuales las empresas puedan evaluar internamente la eficacia de sus programas de cumplimiento, no quedándose solamente a merced de lo establecido en la legislación sub materia.

De otro lado, en cuanto al desarrollo jurisprudencial italiano relacionado a los Programas de Compliance, en febrero de 2008 se emitió la famosa **Sentencia del Tribunal de Milán**, por la cual se condenó al presidente del Consejo de Administración (CEO) de una empresa, por no haber implantado un Modelo de Compliance en la organización<sup>42</sup>. La sentencia bajo comentario, fundamentó la condena -entre otros- en el siguiente argumento:

*“(…) en lo referente a la falta de adopción de un adecuado modelo organizativo, por un lado, el daño aparece como indiscutible atendiendo al pago de la sanción pactada y, por el otro, resulta igualmente indiscutible el concurso de responsabilidad del demandado que, como Consejero Delegado y presidente del Consejo de Administración, **tenía el deber de activar este órgano** que, en cambio, permaneció inoperante (…)”*

De esta manera, la jurisprudencia italiana marcó un precedente muy importante al establecer que la alta dirección de la organización debe encontrarse debidamente informada respecto a la necesidad de implantar un modelo de cumplimiento y, sobre todo, de demostrar su compromiso en el establecimiento de mecanismos de debida diligencia para prevenir o mitigar el riesgo penal.

### 6.3 Estándares australianos

En cuanto a estándares de cumplimiento, Australia ha tenido a bien aportar el primer estándar de Compliance denominado **AS 3806-2006**, emitido por la **AUSTRALIAN STANDARDS**<sup>43</sup> el año 2006 y que ha constituido una norma base y marco de referencia para los estándares internacionales emitidos con posterioridad (como la ISO 19600), por lo que constituye un referente esencial para el diseño de un programa de cumplimiento efectivo.

Así pues, el estándar australiano **AS 3806/2006** facilita doce principios para desarrollar y mantener Programas de Cumplimiento efectivos, entre los cuales destacan los siguientes:

- La alta dirección debe estar comprometida con la eficacia del sistema.
- El programa de cumplimiento debe contar con los recursos necesarios para su implementación, desarrollo y mejora.
- Las obligaciones en materia de cumplimiento deben ser debidamente identificadas y evaluadas.
- La formación de los empleados permite que puedan cumplir con sus obligaciones de cumplimiento.
- Los comportamientos de incumplimiento no deben ser tolerados.
- Deben existir controles para gestionar los riesgos de cumplimiento detectados.
- El avance del programa de cumplimiento debe ser monitoreado, medido y reportado.
- La organización debe ser capaz de acreditar el contenido del programa de cumplimiento a través de documentación.

Como se puede apreciar de los principios expuestos, éstos se despliegan a modo de criterios de gran utilidad para evaluar la eficacia de un Programa de Compliance y que han dado lugar al desarrollo de los estándares internacionales actuales que abordan los criterios de eficacia con mayor minuciosidad, como veremos más adelante.

40 Véase el sitio web oficial de la Confederación General de la Industria Italiana: <http://www.confindustria.it/>

41 *Ibidem*.

42 Manuel Zorrilla Suarez, Sobre una nueva versión y diferente perspectiva de la responsabilidad social corporativa, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. Soporte en línea: <https://core.ac.uk/download/pdf/78502845.pdf>

43 Véase sitio web de organización sobre estándares australianos **AUSTRALIAN STANDARDS**: <http://www.standards.org.au/Pages/default.aspx>

## 6.4 La eficacia en el modelo alemán

Otro referente en cuanto a estándares, metodología y herramientas para dotar de eficacia a un Programa de Cumplimiento, sin lugar a dudas lo constituye el estándar de aseguramiento **IDW ASS 980**<sup>44</sup>, norma altamente estructurada que en Alemania regula la auditoría de Modelos o Programas de Cumplimiento.

La IDW está orientada a auditores y se estructura de tal manera que permite analizar la efectividad del programa de cumplimiento, a través de un sistema de auditoría. Así pues:

*“El IDW identifica tres niveles o alcances de la auditoría del CMS; un plano superior más abstracto en el que solo se evalúa el diseño del modelo, uno de profundidad media en que se evalúan tanto el diseño como la implementación, y un tercero, el más exhaustivo, en el que se analizan y validan tanto estos dos niveles anteriores **como la efectividad del modelo**”<sup>45</sup>.*

En ese sentido, bajo la inspiración de los mecanismos de verificación planteados por el referido **IDW ASS 980**, se puede tener un mejor acercamiento a determinados componentes generalmente aceptados como elementos básicos que integran la eficacia de los modelos de cumplimiento<sup>46</sup>. Entre ellos, los siguientes:

- Apoyo de alto nivel o compromiso de la máxima dirección de la empresa con los objetivos del Compliance<sup>47</sup>.
- Establecimiento de políticas de cumplimiento (Código Ético, entre otras), como normas de alto nivel o rango en la empresa u organización.
- El modelo debe contar con una estructura organizativa de tal manera que las responsabilidades de Compliance de la alta dirección y mandos intermedios, se encuentren debidamente establecidas por escrito.
- Detección y análisis de los ámbitos de riesgo de incumplimiento en la organización.
- Establecimiento de medidas de control para evitar o mitigar el riesgo de incumplimiento.

Entre otros componentes que, actualmente, forman parte también de otros estándares de cumplimiento internacionales y se mencionan algunas legislaciones penales.

## 7. Aportes desde las normas involucradas en el proceso de estandarización en Compliance

En el acápite anterior pudimos tener un breve alcance de los lineamientos y criterios que en materia de eficacia de un Programa de Compliance, nos aportan la legislación y jurisprudencia de otros países; sin embargo, en lo que ahora atañe, consideramos relevante también tener un acercamiento a los estándares<sup>48</sup> internacionales vinculados al cumplimiento normativo y a la gestión de riesgos penales en la empresa.

Y es que, actualmente, se cuenta con una cantidad significativa de estándares que desarrollan normativamente la implementación de modelos para la prevención de riesgos de incumplimiento e -inclusive- desarrollan una serie de criterios que permitirían detectar cuándo estamos ante un Programa de Compliance eficaz.

Así pues, como vimos supra, los estándares internacionales constituyen marcos de referencia generalmente aceptados cuyos procedimientos y directrices podrán ser tenidos en cuenta por las empresas (quienes no solamente podrán implantar sus modelos bajo el estándar correspondiente, sino -inclusive- certificarlo), así como también por nuestros jueces, en el ejercicio de su libre y sana valoración.

### 7.1.1 ISO 19600:2014 Sistemas de gestión de Compliance

La norma **ISO 19600:2014**<sup>49</sup> se estableció como el primer estándar internacional sobre sistemas de gestión de cumplimiento (*Compliance Management Systems - CMS*), con la finalidad de proporcionar orientación

44 Reconocido por su acrónimo alemán como PS 980.

45 Ricardo Seoane Rayo, *Compliance para los que se la juegan*, 2015. En soporte electrónico: <http://businesscriminallaw.com/idw-ass-980-compliance-para-los-que-se-la-juegan/>

46 Para un mayor desarrollo del Estándar IDW ASS 980, revisar: <https://www.idw.de/idw/verlautbarungen/idw-ass-980/43126>

47 Como reflexionaremos más adelante, este elemento no fue tomado en cuenta por el legislador en el 31 bis; sin embargo, sí fue materia de desarrollo por parte de la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016.

48 Al respecto: “*Son normas en las que participan reconocidos expertos lo que, unido a las anteriores características, imprime a este tipo de normas un indudable valor como representación del estado del arte en su materia. Los estándares tanto nacionales como internacionales pueden ofrecer directrices para ordenar modelos tanto genéricos como específicos de Compliance*”. Véase: Web oficial de ISO: <https://www.iso.org/standard/62342.html>

49 Conforme a sus siglas en inglés, las ISO (International Organizations for Standardization) son normas internacionales que establecen requisitos, especificaciones, directrices o características que sirven para garantizar la idoneidad o el propósito de un material, producto, proceso o servicio. Véase la web oficial de ISO: <https://www.iso.org/standard/62342.html>

para el establecimiento, desarrollo, implementación, evaluación, mantenimiento y mejora de un sistema de gestión del cumplimiento efectivo y sensible dentro de una organización<sup>50</sup>. De esta manera, el referido estándar se basa en los principios de buena gobernanza, proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad, teniendo como antecedente a la IDW ASS 980.

Una de las principales características de la **ISO 19600:2014** fue la de establecer las denominadas Superestructuras de Compliance, "sistemas orientados a gestionar o coordinar el cumplimiento de obligaciones de diversos ámbitos y naturaleza, que a su vez pueden estar siendo tratadas a través de sistemas específicos (medioambiental, de prevención penal, entre otros)"<sup>51</sup>.

Asimismo, entre los principales principios o directrices que -según la norma- rigen un buen gobierno en la organización se encuentran los siguientes:

- Identificación y mantenimiento de las obligaciones de Compliance.
- Identificación, análisis y evaluación de los riesgos de Compliance.
- La función de compliance<sup>52</sup> debe tener acceso directo al órgano de gobierno.
- La función de compliance debe estar revestida de independencia y autoridad.
- Liderazgo y compromiso de la alta dirección.
- Política de Compliance adecuada al propósito de la organización.
- La integración del desempeño en Compliance debe tenerse en cuenta en la evaluación de los empleados.
- Los acuerdos de contratación externa deben recoger obligaciones en materia de Compliance.

Finalmente, cabe hacer mención a la importancia que el estándar bajo comentario otorga al necesario desarrollo de una cultura de Compliance, la misma que exige que el órgano de gobierno, la alta dirección y la dirección tengan un compromiso viable, consistente y sostenido con un estándar común y publicado de comportamiento que se requiere en todas y cada una de las áreas de la organización<sup>53</sup>.

#### 7.1.2 ISO 37001:2016 Antisoborno

Por su parte, la **ISO 37001:2016** se estableció como la primera norma mundial antisoborno diseñada para prevenir el riesgo de corrupción en las organizaciones, por lo que constituye una herramienta muy valiosa para implementar un Modelo de Cumplimiento, si se tiene en cuenta que el riesgo de corrupción es un riesgo transversal a toda organización. Y es que, en la actualidad, la gran mayoría de empresas y organizaciones se encuentra expuesta a un riesgo de corrupción, ya sea pública o privada, independientemente de su tamaño y sector de actividad.

Destaca de esta norma el que su sistema de gestión "es perfectamente integrable con los sistemas de Compliance y con otros sistemas de gestión ya que la norma incluye la estructura común de las normas ISO de los sistemas de gestión". De esta manera, la **ISO 37001:2016** aporta los siguientes criterios o parámetros claves de eficacia de un modelo de prevención de riesgos penales en el ámbito anticorrupción:<sup>54</sup>

- Apoyo de alto nivel (órgano máximo de gobierno o dirección).
- Presencia de una función de Compliance anti soborno, dotada de recursos.
- **Establecimiento de una política anti-soborno.**
- Necesidad de identificación y evaluación de riesgos de soborno.
- Establecimiento de procedimientos de diligencia debida en la vinculación con personas de la organización y partes externas<sup>55</sup>.
- Importancia de las acciones formativas y concienciación del riesgo anti-soborno.

Otro criterio importante que establece la ISO bajo comentario es el de la "aproximación basada en el riesgo", en virtud de la cual, las medidas de control y prevención se implantarán de manera proporcional al

50 Véase ISO 19600/2014 en soporte virtual: <https://www.iso.org/standard/62342.html>

51 Casanovas Ysla Alain, Superestructuras de Compliance: el estándar global, Blog KPMG - Cumplimiento Legal, octubre 2014. En soporte electrónico: <http://www.kpmgcumplimentolegal.es/superestructuras-de-compliance-el-estandar-global/>

52 Entiéndase como Función de Compliance, a la persona que ostenta la responsabilidad de Compliance. Según la ISO bajo comentario, de preferencia, la responsabilidad global de la gestión de Compliance, debe asignarse a un solo individuo.

53 Véase: Norma UNE 19600, punto 7.3.2.3

54 Casanovas Ysla Alain, ISO 37001: Un paso histórico en la lucha contra el soborno, octubre 2016, soporte electrónico: <http://www.kpmgcumplimentolegal.es/iso-37001-un-paso-historico-en-la-lucha-contra-el-soborno/>

55 Política más conocida en el ámbito del blanqueo de capitales como el "know your customer" o "conoce a tu cliente". Aplicable también a la debida diligencia en la contratación del personal, sobre todo, de aquel que se encuentra expuesto a mayor riesgo de corrupción.

riesgo detectado. Así pues, a mayor gravedad del riesgo, mayores y más eficientes controles de detección y gestión. Lo contrario, en caso de que el riesgo sea menor, por lo que las pequeñas empresas y pymes no estarán obligadas al cumplimiento de estándares de alto nivel que no les son aplicables.

Al respecto, Casanovas Ysla realiza la siguiente reflexión:

*“Muy relacionado con ello está la aproximación basada en el riesgo que también sigue el estándar, en el sentido que tanto el diseño como la operación del sistema de gestión están condicionados por los riesgos de soborno a prevenir, detectar y responder. Esto precisa identificarlos y evaluarlos **para darle de un enfoque razonable** y contribuye, de paso, a modular correctamente la **proporcionalidad** de sus contenidos. En este sentido, el estándar declina imponer una metodología de risk assessment concreta, consciente de que podría ser un gravamen excesivo para algunas organizaciones, pero liviano para otras”<sup>56</sup>.*

Finalmente, precisar que actualmente la **ISO 37001:2016** es certificable, aunque -como ya hemos revisado- dicha certificación solamente podrá ser considerada como un elemento de prueba adicional a efectos de dilucidar la eficacia de un Programa de Cumplimiento, en el ámbito de aplicación del artículo 31 bis.

### 7.1.3 OCDE: Principios de Buen Gobierno Corporativo

Un tercer referente clave a tener en cuenta lo constituyen los denominados Principios de Buen Gobierno Corporativo, los cuales se despliegan como un referente internacional y son aceptados por los países miembros de la OECD de manera voluntaria<sup>57</sup>. Su primera versión se expidió el 1999; sin embargo, a la fecha se encuentra vigente la última modificación realizada en Antalya en noviembre de 2015<sup>58</sup>.

Así pues, los referidos principios ayudan a evaluar y mejorar el marco legislativo, reglamentario e institucional del gobierno corporativo, proporcionando a los accionistas, consejeros y a los proveedores de servicios, los incentivos adecuados para desempeñar sus funciones dentro de un marco de controles y contrapesos. De igual manera, los principios proporcionan directrices a los mercados de valores, a los inversores, a las empresas y a otros agentes económicos que intervienen en el desarrollo de un buen gobierno corporativo, en un entorno genérico de cumplimiento<sup>59</sup>.

Si bien no se trata de un texto enfocado únicamente en Compliance, entre los principios o directrices establecidos por la OCDE<sup>60</sup> que inciden en la eficacia de un Programa de Cumplimiento, se destacan los siguientes:

- Desarrollo de principios de buen gobierno corporativo con un enfoque de gobernanza.
- Alto nivel de transparencia y rendición de cuentas.
- Gestión de riesgos por bloques normativos (DDHH, medio ambiente, relaciones laborales, lucha contra la corrupción, el soborno y otras formas de extorsión.)
- Responsabilidad del Consejo de Administración<sup>61</sup> en la gestión de riesgos y en la supervisión de la auditoría interna.
- Auditorías externas por parte de auditores independientes, competentes y cualificados.
- El Consejo deberá aplicar unos niveles de ética muy elevados, no solo a través de sus propias acciones, sino también en su tarea de designación y de supervisión de los directivos principales y de la gestión en su conjunto.
- El Consejo debe desempeñar funciones clave como la política de riesgos.
- El Consejo debe velar por la eficacia en el control del gobierno para garantizar la existencia de cadenas de responsabilidad claras.
- El Consejo debe garantizar la integridad del sistema de gestión de riesgos o Programa de Compliance.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Los principios de la OECD se publicaron por primera vez en 1999; sin embargo, la versión bajo comentario fue revisada por última vez entre el 2014 y 2015.

<sup>58</sup> Véase la norma: G20/OECD: Principles of Corporate Governance.

<sup>59</sup> Véase: OCDE Soporte en línea: [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/g20-ocde-principios-de-gobierno-corporativo\\_9789264259171-es#page8](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/g20-ocde-principios-de-gobierno-corporativo_9789264259171-es#page8)

<sup>60</sup> Véase el documento en soporte electrónico: <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>

<sup>61</sup> El consejo de administración o directorio es una de las formas que puede adoptar el órgano de administración y de representación de una sociedad mercantil, con carácter colegiado. Véase: Ley de Sociedades de Capital: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.



Como se desprende de las principales directrices de la OECD, los últimos estándares en gobierno corporativo vinculados a Compliance establecen un rol más activo por parte del órgano de la administración, no solo al momento de implantar el Programa de Compliance, sino a lo largo de toda su ejecución y con mayor énfasis, en la consecución de su eficacia.

## 7.2 Elementos adicionales que refuerzan una noción objetiva de eficacia del modelo

Conforme hemos podido revisar de manera general, el contenido básico de un Programa de Compliance suele estar conformado por una serie de elementos que se reiteran con mayor o menor desarrollo, en las normas y estándares expuestos. De ahí que, actualmente, exista un consenso generalizado en cuanto a los principales pilares o fundamentos prácticos de un Programa de Compliance, aunque -en definitiva- se continuará mejorando el contenido y aspectos de cada uno de ellos, de cara a consolidar la efectividad del modelo.

En ese sentido, el atento lector habrá podido comprobar también que, como mencionamos en un inicio, si bien el artículo 31bis establece criterios específicos que evidenciarían la efectividad del modelo de organización y gestión, los estándares en cumplimiento dejan a relucir la existencia de criterios o elementos adicionales que también son relevantes de cara a determinar la tan mencionada efectividad.

En ese razonamiento, Casanovas Ysla realiza la siguiente reflexión:

*“En España disponemos de un buen ejemplo con los modelos de prevención penal contemplados en la modificación del Código Penal que se halla en tramitación parlamentaria. Se trata de una regulación más modesta que la recogida en estándares internacionales solventes como los que estamos tratando y, por ello, **su valor como modelo extrapolable a la realidad global es tremendamente limitado**. De ahí la importancia de asegurarse de que el modelo de prevención penal en la empresa, además de cumplir con los requisitos mínimos impuestos por el Código Penal, esté alineado con otros componentes que soporten su razonabilidad más allá de nuestras fronteras. (...) El silencio que nuestro Código Penal guarda en esta materia, como en tantas otras, ejemplifica que, sin una labor de adaptación a estándares internacionales, una organización española difícilmente estará en condiciones de medirse en los mercados extranjeros”<sup>62</sup>.*

Así pues, siendo que los elementos establecidos en la reforma del Código Penal del 2015, a modo de requisitos para elaborar una noción de eficacia, ya han sido mencionados supra, a continuación, expondremos algunos elementos adicionales que se desprenden de los principales estándares internacionales y que -en su oportunidad- deberán ser tenidos en cuenta tanto por nuestros operadores de justicia como por las propias organizaciones.

### 7.2.1 Formación o capacitación

Un elemento recurrente en la mayoría de estándares internacionales consiste en la capacitación que deben recibir los empleados o miembros de la organización, a efectos de conocer y prevenir los riesgos a los que se encuentran expuestos.

En principio, un primer acercamiento al elemento de la formación como medida de control se puede retrotraer inclusive al momento de la misma contratación de los empleados. Como hemos visto, algunos estándares recomiendan el establecimiento de controles de debida diligencia en el conocimiento no solamente de los clientes y proveedores, sino también de los empleados<sup>63</sup>. Ello, en tanto conviene a la organización conocer si el empleado al que está contratando es una persona ética y con valores de respeto y cumplimiento de la legalidad pues, finalmente, va a generar un vínculo que podría desembocar en un riesgo para la misma.

Una vez incorporado el empleado o colaborador, la formación se debe desplegar en distintos ámbitos: (i) conocimiento de las políticas de cumplimiento, (ii) conocimiento de las normas internas y procedimientos, (iii) conocimiento de su ámbito de acción o labores y de los (vi) riesgos a los que se encuentra expuesta la empresa relacionados a su ámbito de acción, entre otros. Como es evidente, el plan de formación debe contener también capacitación especializada (blanqueo de capitales, medio ambiente, corrupción) orientada a determinados grupos de la organización como el Consejo de Administración, la alta dirección, las gerencias de primera línea, los miembros del equipo que encabeza la función de Compliance y otros que exigen que la organización establezca un sistema estructurado de formación y no un curso general al año común a todos sus empleados.

62 Casanovas Ysla Alain, Superestructuras de Compliance: el estándar global, *Op. Cit.*

63 Dicho mecanismo se aplica con mayor énfasis en la prevención del blanqueo de capitales.

Al respecto, resulta interesante la lógica planteada por los estándares comentados, según la cual este elemento del Programa de Compliance debe atender a una “aproximación basada en el riesgo”, según la cual se tendrá en cuenta el número de empleados, su rotación, su vinculación al riesgo, su grado de responsabilidad, entre otros factores que la empresa deberá documentar a fin de sustentar la eficacia de la formación brindada. De esta manera, será más diligente brindar una capacitación personalizada y especializada a los altos mandos de la organización y elaborar folletos o campañas de sensibilización al personal cuya exposición de riesgo es mínima.

Sin perjuicio del importante rol que juega la capacitación en la solidez de un Programa de Cumplimiento, conviene concluir que -en sí misma- esta medida no es absoluta para la eficaz prevención del riesgo. Y es que, ahí donde existe formación, pero no medidas idóneas para prevenir y controlar, el riesgo continúa latente. Así pues, si bien la formación es la base, ésta debe estar integrada en un sistema que, a la par, implemente las correspondientes medidas de control para procurar la eficacia del modelo.

### 7.2.2 Políticas y normativa de máximo nivel

Si bien no se mencionan explícitamente como uno de los elementos de eficacia del Programa de Compliance en el artículo 31bis, qué duda cabe todo modelo debe contar normas de máximo nivel que estén vinculadas al Compliance. Así, en principio, se puede hacer referencia al Código Ético, documento en el cual la organización manifiesta el compromiso adecuar sus actividades y negocios al entorno normativo legal en el que se desenvuelve como un ciudadano responsable y respetuoso con la ley.

Por su parte, a través de la Política de cumplimiento, la organización establece el desarrollo del compromiso establecido en el Código Ético. Así pues, la Política de cumplimiento establece, entre otros, los siguientes elementos:<sup>64</sup>

- Objetivos de alto nivel (cultura de integridad, respeto de las normas y estándares éticos).
- Ámbito de aplicación.
- Cometidos de la función de Compliance.
- Declaraciones de cumplimiento.
- Responsabilidades de cumplimiento.
- Reacción ante incumplimientos.

Evidentemente, el Código Ético y la Política de Cumplimiento darán lugar a la creación de diversas normas internas con políticas más específicas relacionadas, por ejemplo, a la corrupción, medio ambiente, blanqueo de capitales, entre otros<sup>65</sup>.

### 7.2.3 Protocolos de reacción

El presente elemento a modo de mecanismos de reacción, como hemos revisado, es muy valorado en el sistema americano de cara a establecer la culpabilidad de la persona jurídica y, por ende, graduar su sanción. Así pues, constituye un elemento que dota de mayor eficacia al sistema, el contar con protocolos de reacción frente a la comisión grave o un delito, que se encuentren debidamente documentados, que establezcan responsabilidades y sobre los cuales se capacite también al personal.

Al respecto cabe mencionar que, en muchos casos, ante la verificación de un incumplimiento o delito al interior de la empresa, ésta procedía a despedir a los empleados involucrados y a guardar absoluto silencio sobre el tema. En otras ocasiones, si bien se optaba por presentar la correspondiente denuncia ante las autoridades, la empresa se limitaba a brindar información parcial y ocultar determinadas circunstancias que podrían repercutir en contra de sus intereses.

De ahí que resulte más sencillo y menos comprometedor para una organización, establecer un Código Ético, que expedir un Protocolo de Reacción, en el que se comprometa a denunciar hechos de los que ella misma podría resultar imputada penalmente. Justamente, tales hechos son los valorados por la justicia americana al punto que la empresa podría llegar a un acuerdo con la Fiscalía para evitar una acusación, bajo el cumplimiento de medidas correctivas.

Al respecto, Nieto Martín comenta lo siguiente:

64 Alain Casanovas Ysla, Postgrado en Compliance, material presencial, bloque VII, 2016/2017.

65 Nieto Martín, Manual de Cumplimiento Penal, *Op. Cit.*, p. 123.

*“La denuncia de los hechos, la reparación o la colaboración con las autoridades públicas deben basarse en valores coherentes con los del resto del sistema de cumplimiento, fijándose de antemano cómo la empresa debe actuar en estas situaciones. Esta determinación sirve para optimizar los derechos de defensa de la empresa, pero también evita que los dirigentes de la entidad abusen de la cooperación y la denuncia con el fin de derivar la responsabilidad hacia chivos expiatorios o a las partes más débiles de la organización”<sup>66</sup>.*

Así pues, la manera en la que una organización reaccione frente a incumplimientos internos, demuestra también su interés en establecer una cultura de cumplimiento de la legalidad y podría tener efectos más contundentes ante los propios empleados, que la normativa o la formación.

#### 7.2.4 Sistema documentario

Un elemento final que no queremos dejar de mencionar y que se sugiere de manera coincidente en los estándares ya revisados, es el referido al sistema de documentación interna con el que debe contar la organización, a efectos de dejar constancia del establecimiento y ejecución de las políticas, normas, protocolos y procedimientos que forman parte del Modelo de Organización y Gestión.

Así pues, este elemento resulta indispensable tanto para acreditar la eficacia del programa en eventuales auditorías internas y externas, que forman parte del elemento de supervisión continua del mismo (al que sí hace referencia el artículo 31 bis), como para sostener la eficacia del Programa de Cumplimiento al momento de solicitar acogerse al beneficio de la exención de responsabilidad penal.

En cuanto a este elemento, el profesor Nieto Martín, afirma lo siguiente:

*“La documentación comprende dos tipos de documentos. En primer lugar, aquellos en los que se contiene la normativa interna de la empresa en materia de cumplimiento. (...) Ahora bien, esta documentación estática que contiene la normativa básica del sistema, no muestra el funcionamiento del sistema de prevención en el día a día que es lo que más interesa judicialmente. Por eso el sistema documental debe integrarse también por los documentos que muestran la vida y el funcionamiento diario del sistema.”*

Al respecto, la ISO 19600<sup>67</sup> precisa que el sistema de gestión de *Compliance* de la organización debe tener, entre otra, la siguiente documentación:

- La política de compliance.
- Los objetivos, fines, estructura y contenido del sistema de gestión de compliance.
- La asignación de roles y responsabilidades de compliance.
- El registro de las obligaciones de compliance relevantes.
- El registro de los riesgos de *compliance*.
- El registro de los incumplimientos.
- Los planes anuales de *compliance*.

De otro lado, no puede obviarse la debida diligencia en mantener vigente el contenido de la referida documentación, en ponerla a disposición de los interesados o de conservar su confidencialidad, en caso sea necesario.

Conforme a lo expuesto, un adecuado sistema documentario constituye un elemento indispensable en todo Programa de Compliance que, aunque no ha sido contemplado por el legislador, deberá ser tenido en cuenta en las supervisiones periódicas del modelo y de su eficacia, así como por los operadores de justicia.

### 7.3 Criterios de calidad que refuerzan una noción objetiva de eficacia del modelo

Conforme a lo revisado hasta aquí, bien podemos coincidir con Nieto Martín en que, en la actualidad, dados los importantes avances en la materia, es posible establecer un mínimo de elementos estructurales e indispensables para montar el Modelo de Organización y Gestión al que alude el artículo 31bis; sin embargo, lo que se está empezando a desarrollar y constituye un nuevo nicho de análisis práctico y jurisprudencial, es el enfoque de aquellos criterios o indicadores que perfeccionan o tornan eficaz cada uno de los mencionados elementos.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>67</sup> Véase: Norma UNE-ISO 19600 Sistema de Gestión de Compliance, pp. 25 y ss.

Así pues, en palabras del destacado catedrático:

*“Como señalábamos en la introducción existe acuerdo generalizado en los elementos estructurales de un sistema de cumplimiento. Desde las Guidelines a principios de los noventa, se han configurado una serie de elementos básicos tal como acaba de mostrarse. Ahora bien, existe mucho menos acuerdo en relación a cuáles son los criterios de calidad, que determinan el grado óptimo de implantación de cada uno de los elementos y la efectividad del programa. Estos criterios pueden ser descritos como principios o directrices básicas para el diseño, implantación y desarrollo de un programa de cumplimiento”<sup>68</sup>.*

En ese sentido, a continuación, expondremos brevemente aquellos criterios de calidad que son considerados por el citado autor<sup>69</sup>, a fin de tener una mejor comprensión del alcance e influencia que pueden llegar a tener en la consolidación de un programa de cumplimiento eficaz.

### 7.3.1 Apoyo e iniciativa de alto nivel

La necesidad de que el órgano máximo de gobierno y la alta dirección se encuentren directamente involucrados en la implantación y ejecución del Programa de Cumplimiento de una organización, constituye uno de los elementos indispensables al que de manera recurrente aluden los estándares internacionales en cumplimiento.

En primer lugar, el compromiso de la alta dirección se debe ver reflejado en el nombramiento de un órgano de *Compliance* y en la dotación de autonomía, independencia y recursos que se le asignen. Así pues, el nombramiento de un *Compliance Officer* que no ostente un alto rango o que dependa jerárquicamente del CEO o de algún Comité de Auditoría, son circunstancias que podrían invalidar la eficacia del modelo. La misma lógica se debe aplicar en caso se evalúe el rendimiento o la permanencia del órgano de *Compliance*, en cuyo caso podría recurrirse -inclusive- a figuras independientes y no a mandos con intereses económicos o de negocio. En todo caso, un primer criterio para analizar si la alta dirección se encuentra realmente comprometida con la implantación eficaz del Programa de *Compliance*, se encuentra relacionada al tratamiento, facultades y al apoyo o legitimación de la función de *Compliance* ante la compañía, frente a posibles interferencias en el curso de sus labores.

Un segundo criterio se vincula a la determinación de competencias y responsabilidades que, en materia de *Compliance*, deben tener asignados los mandos altos o gerencias de la organización. Y es que, poco sentido de eficacia supondría el dotar de independencia y autonomía a la función de *Compliance*, para que se desenvuelva en un ámbito en donde no se tiene certeza de los alcances y el grado de responsabilidad de los altos cargos, en cuestiones de cumplimiento.

Finalmente, un tercer indicador de relevancia para conseguir la institucionalización del sistema de cumplimiento, implica que:

*“Los directivos, y no solo ya los administradores, deben participar en la formación, comunicar directamente las novedades o modificaciones, enviando mensajes claros acerca de la importancia del cumplimiento. En este punto lo decisivo no es tanto conocer qué piensan los directivos, sino cómo es percibida por los empleados su actitud hacia la legalidad”<sup>70</sup>.*

Al respecto, es necesario mencionar que el apoyo y la iniciativa por parte de la alta dirección deberá ser acreditada por la organización, en base a documentación que refleje las decisiones asumidas en ese sentido y la manera en que las mismas se han implementado.

### 7.3.2 Participación de los trabajadores y de los grupos de interés

No constituye un elemento común a los estándares de cumplimiento, buen gobierno y responsabilidad social corporativa, pero la participación de los empleados y de grupos de interés ajenos a la organización, se plasma como una herramienta muy valiosa para legitimar los modelos de organización y gestión.

Así pues, la referida participación se puede evaluar desde diferentes aspectos y actores. Y es que, tal y como lo entiende la Fiscalía General del Estado en su Circular N 1/2016, la finalidad última del artículo 31bis, aspira a establecer una cultura de cumplimiento de la legalidad en todas las organizaciones, de tal manera que se desenvuelvan en su ámbito económico respetando las leyes que le son aplicables. En ese sentido, poca o nula eficacia tendrá un modelo que se jacte de contar con diversas normas éticas o de alto nivel, si es que –

68 Nieto Martin, Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, *Op. Cit.*, pp. 123 y ss.

69 *Idem*.

70 *Ibidem*, p. 132 y ss.

internamente- sus empleados no comprenden la importancia de acatar las medidas de control y la magnitud del riesgo al que se encuentran expuestos o al que pueden exponer a la organización con sus acciones.

En ese sentido, la organización debe preocuparse en hacer partícipes a sus empleados en la correcta implantación y ejecución del modelo. Así pues, será necesario brindarles una formación que incida en otorgar valor y significado al sistema de cumplimiento y los capacite en la identificación de los riesgos propios de cada sector o ámbito de desenvolvimiento, así como de las consecuencias a nivel individual y corporativo de incumplimientos de carácter administrativo y penal. En general, el propósito se verá cumplido cuando los empleados no aprecien el Compliance como un obstáculo para la consecución de sus intereses en la organización, sino como una garantía de seguridad en el alcance de sus metas y objetivos, que en todo momento será respaldada por la empresa.

En cuanto a los grupos de interés o *skateholders*, su participación también podría tener cabida tanto en la implantación y gestión del sistema, a modo de encuestas, propuestas, pronunciamientos de colectivos, entre otros; como en las revisiones de mejora continuas (auditorías) en las que podrían formar parte terceros que no presenten ningún conflicto de intereses con la organización y que pueda realizar una revisión objetiva del sistema y de su eficacia.

### 7.3.3 Coherencia

Un criterio de referencia de indispensable análisis consiste en verificar si el comportamiento de la organización en general, es coherente o responde al contenido del Código Ético y la Política de Cumplimiento, establecidos por el órgano de la administración. Ello, guarda amplia relación con la constatación de si nos encontramos frente a un Programa de Cumplimiento puramente “cosmético” o de “fachada” como ha sido denominado, o si realmente existe y se evidencia el interés de generar una cultura de cumplimiento de la legalidad que pone en práctica las políticas y respeta las normas y procedimientos internos.

En ese sentido, poca eficacia tendrá la implantación de un sistema de cumplimiento si, cuando se debe elegir entre el respeto de la legalidad y el beneficio económico de la organización, la alta dirección promueve y premia la consecución de los objetivos del negocio, aunque ello implique un incumplimiento por parte de los empleados. Así pues, la aludida coherencia se encontrará ausente también cuando las exigencias en el cumplimiento de los objetivos del negocio impliquen, implícitamente, que los empleados tengan que recurrir a incumplimientos, si pretenden alcanzar tales objetivos. De igual manera, si es que se premia o se omite sancionar a empleados que alcancen sus metas de negocio, incumpliendo las normas y procedimientos aplicables.

En la misma lógica, si el Compliance Officer se esfuerza en hacer funcionar la maquinaria de cumplimiento, identifica un riesgo grave de posible efectos delictivos e informa oportunamente a la alta dirección y esta, a pesar de estar debidamente informada, decide hacer caso omiso “asumiendo el riesgo” y descartando la advertencia de incumplimiento, dicha situación torna en ineficaces los controles establecidos por el Programa de Compliance en tanto la propia dirección ha frustrado sus implicancias, en pos del beneficio económico de la organización.

Finalmente, otro aspecto práctico de relevancia se encuentra vinculado a los canales éticos o canales de denuncia, en donde la falta de coherencia con la política de cumplimiento se refleja en canales cuyos destinatarios no revisten de objetividad ni imparcialidad en la materia de denuncia. Y es que, qué eficacia podría haber en casos en donde quien recibe la denuncia por maniobras fraudulentas en el negocio, es la persona que se encuentra a cargo del mismo. Con idéntico razonamiento en casos en donde la alta dirección no ofrece la confianza suficiente para la recepción de denuncias, en tanto los empleados observan deficiencias en los procesos de investigación, despidos por eventuales denuncias calumniosas u hostigamientos al denunciante al momento de su declaración y exigiéndole pruebas que condicionan la investigación.

Qué duda cabe que las situaciones expuestas cuestionan la eficacia del Programa de Cumplimiento y abren el espacio para reflexionar que el mismo no es suficiente con la expedición de documentos ni nombramientos y que -en su momento- los operadores de justicia tendrán que analizar todos estos factores que, si bien no se encuentran establecidos textualmente en Código Penal quien los engloba en la característica de “eficacia”, sí son y serán materia de desarrollo por parte de los estándares internacionales y de la propia jurisprudencia.

### 7.3.4 Vigencia del programa

La continua actualización del modelo y su adaptación a las circunstancias reales que atraviesa la organización, constituye también un criterio de eficacia del programa de cumplimiento que permite verificar su vigencia. De ahí que el artículo 31 bis CP que el sistema debe verificarse y mejorarse continuamente, cuando se

pongán de manifiesto infracciones relevantes o cuando se produzcan cambios en la organización y en la estructura de control o actividad desarrollada.

### 7.3.5 Certificaciones

Finalmente, un criterio adicional que no podemos dejar de mencionar y que -actualmente- goza de amplio consenso, dada la reciente publicación de la norma UNE 19601, es la opción de certificar el adecuado funcionamiento de un Programa de Compliance. Sin embargo, al respecto la Fiscalía General ya ha adelantado opinión afirmando que las certificaciones de idoneidad del modelo solamente podrán apreciarse como un elemento adicional de prueba en el proceso penal, más de ninguna manera podrán acreditar por sí mismas la eficacia del modelo.

## 8. Conclusiones

El artículo 31bis del Código Penal español establece entre uno de los presupuestos para que la persona jurídica pueda verse exenta de responsabilidad penal, la adopción y ejecución eficaz de un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido por alguno de sus integrantes o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Al respecto, hemos podido concluir que, si bien existe un consenso generalizado de los elementos mínimos que deben conformar el referido modelo desde la mayoría de estándares y normativa extra penales; todavía queda camino por recorrer en cuanto al contenido de tales elementos, siendo insuficiente el desarrollo del artículo 31bis, pues no permite establecer con claridad y meridiana seguridad aquellos criterios de calidad que determinarían la eficacia en la implantación y ejecución del modelo y de las medidas de prevención y control que una organización debería establecer sobre sus órganos de administración, dirección y altos mandos, generando una zona gris de inseguridad jurídica.

En ese sentido, con la finalidad de realizar un aporte al contenido del término "eficacia", desde un enfoque de prevención y gestión del riesgo penal, tuvimos a bien analizar determinados indicadores de eficacia propuestos desde la legislación y jurisprudencia comparada, concluyendo que, entre otros, el apoyo de alto nivel, la formación, la coherencia en el comportamiento de la organización, la vigencia del modelo e -incluso- las certificaciones en cumplimiento, constituyen también criterios válidos para valorar la eficacia del modelo, bajo el bajo el *statu quo* del artículo 31bis.

Finalmente, cabe concluir que nuestra postura se ha planteado sin perjuicio de ser conscientes de la imposibilidad e innecesariedad de que la norma penal bajo comentario deba contener todos y cada uno de los aludidos criterios, en tanto -como hemos visto a lo largo del texto- el desarrollo de éstos surgirá de la propia casuística, conforme al mecanismo de la autorregulación organizacional, útil para valorar los riesgos, crear normas y establecer sistemas de prevención y de diligencia debida en cada caso en concreto. Sin embargo, de cara a la exigencia de responsabilidad penal de la empresa y con la finalidad de dotar de mayor seguridad jurídica al artículo 31bis, consideramos que, en tanto el legislador ha tenido a bien incorporar los referidos criterios mínimos en la propia norma penal, actualmente éstos podrían ser mejorados teniendo en cuenta aquellos que ya se vienen trabajando desde los estándares internacionales en la materia. En todo caso, el artículo 31bis podría también remitirse a una norma legal extra penal que se actualice conforme a la innovación de estándares mínimos y que se nutra continuamente del desarrollo de la jurisprudencia, tal y como se hace en otros ámbitos de regulación administrativa con incidencia penal como el blanqueo de capitales.

## 9. Bibliografía

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. En: Memento Práctico Penal, Autores Varios, Lefebvre, (Madrid, 2016), número marginal 3127.1.

Casanovas Ysla, Alain. Superestructuras de Compliance: el estándar global, Blog KPMG - Cumplimiento Legal, octubre 2014. En soporte electrónico: <http://www.kpmgcumplimentolegal.es/superestructuras-de-compliance-el-estandar-global/>

\_\_\_\_\_. 2016. La Circular 1/2016 de la Fiscalía y los Modelos de Compliance, Blog KPMG Cumplimiento Legal, 25.01.16. En soporte electrónico: <http://www.kpmgcumplimentolegal.es/la-circular-12016-de-fiscalia-y-los-modelos-de-compliance/>

\_\_\_\_\_. 2016. ISO 37001: Un paso histórico en la lucha contra el soborno, octubre 2016, soporte electrónico: <http://www.kpmgcumplimentolegal.es/iso-37001-un-paso-historico-en-la-lucha-contra-el-soborno/>



Neira Pena, Ana María. La efectividad de los *Criminal Compliance Programs* como objeto de prueba en el proceso penal, *Política Criminal*, Vol. 11, N 22, diciembre 2016.

Nieto Martin, Adán. La institucionalización del Sistema de Cumplimiento. En: *Manual de Cumplimiento en la Empresa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015).

Seoane Rayo, Ricardo. Compliance para los que se la juegan, 2015. En soporte electrónico: <http://businesscriminallaw.com/idw-asss-980-compliance-para-los-que-se-la-juegan/>

Zorrilla Suarez, Manuel. Sobre una nueva versión y diferente perspectiva de la responsabilidad social corporativa, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. Soporte en línea: <https://core.ac.uk/download/pdf/78502845.pdf>

Villegas García, María Ángeles, Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América, Universidad Complutense de Madrid, 2015. Soporte electrónico: <http://eprints.ucm.es/33361/1/T36458.pdf>