

## EL COMPLIANCE PROGRAM COMO MECANISMO DE ORGANIZACIÓN, PREVENCIÓN Y ENJUICIAMIENTO.

*María Teresa Ruano Mochales*

*Profesora de Derecho Penal. IE University*

### RESUMEN

Los modelos de cumplimiento normativo pueden constituir un mecanismo eficaz para que en este país se siembre y consiga prender sólidamente la cultura empresarial de la integridad y del respeto al Derecho. Su implantación se representa como necesaria porque existe una concienciación generalizada de que existe un problema enraizado en el sistema empresarial en materia de cumplimiento normativo y que el camino por recorrer es muy largo porque todo lo que atañe a la cultura es compañero de un largo pasado. La introducción en el Código Penal de la regulación de estos modelos en el año 2015 ha venido a mostrar a las empresas el itinerario por el que pueden alcanzar esta cultura de respeto al Derecho, pero de alguna forma ha supuesto también un reconocimiento por parte del legislador de que los términos de la anterior regulación no eran suficientemente claros y que era necesario marcar de forma imperativa la senda que deben tomar los nuevos actores de la escena penal. Si confiamos en que el *compliance* puede de verdad acometer una empresa tan audaz e importante como es un cambio cultural, parece necesario que se independice de toda la problemática del proceso penal y se centre en trabajar en el estadio previo que ocupa el cumplimiento normativo. Las empresas tienen que tener la oportunidad de conocer de antemano qué forma y qué contenido preciso deben tener estas medidas eficaces que les permiten defender su inocencia y conseguir su salvoconducto de “cumplidoras” ante los tribunales penales, así como tiempo para implantarlas, como acostumbra a exigir el principio de legalidad penal y clama el principio de libertad de empresa.

### ABSTRACT

The compliance programs could be an effective mechanism for the country to seed and spread the corporate culture of integrity and respect for the Law. Its implementation is considered necessary because of the widespread awareness that there is a problem rooted in the business system in terms of regulatory compliance and a long way to go since everything that concerns culture is a companion of a long past. The inclusion in 2015 of the regulation of these programs in the Criminal law revealed to the companies a way by which they can reach this culture of respect to the Law, but in some way, it also implied the recognition from the legislator that the terms of the previous regulation were not sufficiently clear and that it was necessary to imperatively mark the route to be taken by the new actors in the criminal scene. If we are confident enough that the compliance programs can truly achieve something such as audacious and important as a cultural change, it seems it should be necessarily independent from the whole problem of the criminal process and focus in working on the previous stages of compliance. Companies must have the opportunity to know in advance the certain content and formal requirements of these measures to enable them to defend their innocence and to obtain their safe-conduct of "compliant" before the criminal courts, as well as the time to implement them, as required by the principle of legality and the principle of free enterprise.

## 1. NUEVOS AIRES EN LA CULTURA EMPRESARIAL ESPAÑOLA

La era del *compliance*<sup>1</sup> ha llegado a España de la mano de la reforma del Código Penal operada en el año 2015. Hasta entonces parece que nuestro sistema empresarial estaba dormido en esta materia y el legislador no había logrado encontrar el efecto perseguido con la decisión de política criminal tan trascendente de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El impacto se ha conseguido al dictar expresamente en el artículo 31 bis del Código Penal que la persona jurídica podrá quedar exenta si antes de la comisión del delito se ha adoptado y ejecutado el denominado como “*modelo de organización y gestión*”, “*modelo de prevención*” o “*modelo de organización y prevención*”.

El programa de cumplimiento normativo que se implementa novedosamente en el sistema empresarial español nace en el marco global de la cultura empresarial que se ha ido fraguando en este país por razones históricas, sociales y económicas dentro del entorno europeo y en el más amplio espacio internacional de forma singular. El molde de esta cultura empresarial se ha construido sobre la base del principio de libertad de empresa que se erige como el gran baluarte de nuestra Constitución Económica, según dispone el art. 38 del texto constitucional. En estos contornos han nacido grandes organizaciones empresariales en muy diversos sectores, que se han convertido en multinacionales de renombre mundial y que han progresado y crecido gracias al trabajo dentro de la legalidad de miles de gestores y trabajadores con un prestigio y capacidades intachables. Esta imagen ha quedado nublada y ciertamente estigmatizada con la idea de que la corrupción y otras malas prácticas han acampado de forma extendida en el terreno empresarial.

El legislador ha tenido que trabajar incasablemente en los últimos años en un intento de cambiar la parte de la cultura empresarial que ha quedado devaluada dentro de las fronteras de este país. Las medidas a través de las cuales se ha buscado el cambio de los aspectos nocivos de nuestra cultura empresarial han tomado todas las formas imaginables. En los años noventa comenzaron con mayor holgura dando autonomía y capacidad de organización propia a las empresas a través de Códigos de Buen Gobierno. Posteriormente, con los primeros visos de la crisis, esa parcela empieza a disminuir significativamente con el progresivo incremento de la aplicación imperativa de la Ley y el uso del resorte penal. El resultado es que se ha diseñado un nuevo mapa normativo en nuestro país en el que se requiere a las empresas el cumplimiento de innumerables obligaciones en todos los sectores y en todos los órdenes, un goteo constante que va cayendo alternativamente en los ámbitos administrativo, mercantil y penal.

La introducción de la responsabilidad penal que venía reclamando parte de la doctrina penal española<sup>2</sup>, es la medida legal más radical que puede imponerse a la persona jurídica y el hecho de que los programas de cumplimiento normativo hayan entrado por la misma vía ha tenido una verdadera repercusión en el mundo empresarial. No obstante, con independencia del umbral por el que se han introducido, no podemos olvidar que la implantación de modelos de gestión y organización lo que verdaderamente busca es lograr ese fin ansiado y desesperado que no se ha conseguido por otros medios en parte del sector empresarial, es decir, lograr que se promueva una política de estricto cumplimiento de la legalidad. Lejos debe quedar la idea de que lo que se pretende es condenar a toda costa a las empresas que operan en este país, con los

---

<sup>1</sup> Esta denominación la utiliza Griffith, Sean J. en su artículo: “Corporate governance in an era of compliance”, *William & Mary Law Review*, Vol. 57, pág. 2079.

<sup>2</sup> En defensa de esta posición dentro la doctrina española destaca el trabajo pionero en esta materia de Bacigalupo Saggese: *La responsabilidad de las personas jurídicas*, edit. Bosch, Barcelona, 1998. En la misma línea, Zugaldía Espinar, J.M.: *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, edit. Tirant Lo Blanch, 2008 y en “Conveniencia política-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “*societas delinquere non potest*”, en CPC nº 11, 1980. En contra de esta posición, Mir Puig, S., “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, RECPC 06-01 (2004). En la doctrina alemana se encontraban posiciones a favor como la mostrada por Tiedmann, K.: “La responsabilidad de las personas jurídicas”, en *Anuario de Derecho Penal* 96 (coord. José Hurtado Pozo), edit. Grijley, 1997.

efectos perniciosos que podría causar al sistema empresarial español a los ojos de nuestro entorno internacional.

Este cometido de hacer desaparecer las sombras que nublan nuestra cultura autóctona y de forma interconectada la de los individuos que conforman el personal que opera en las organizaciones empresariales no es tarea fácil, pero al menos se ha encontrado un camino por el que seguir trabajando. Desde esta perspectiva y con independencia de que sean los tribunales penales y la Fiscalía General del Estado quienes empiecen a lidiar con esta construcción del *compliance*, concepto que inevitablemente nos suena todavía extraño, se puede comprender el que en las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo<sup>3</sup> y en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado<sup>4</sup> se utilicen términos como cultura, ética, compromiso e incluso propuestas referidas a la organización de la empresa.

Estas premisas pueden ayudar a cambiar la mirada escéptica e incrédula que parece sostenerse desde el mundo empresarial hacia los operadores jurídicos, en la que se ha asentado la consigna de que, da igual lo que hagan, que si se comete en el seno de la persona jurídica un delito por los que el Código Penal les atribuye una potencial responsabilidad, se va a traducir automáticamente en una condena fruto de la aplicación de una especie de responsabilidad penal objetiva.

El mensaje que debe recibir el mundo empresarial para embarcarse en la cumplimentación de nuevas formalidades que van a conllevar unos cuantiosos costes tiene que ser claro para que se consiga la esperada eficacia del *compliance*. Es decir, si confiamos verdaderamente en que el modelo es una herramienta capaz de consolidar en este país la cultura empresarial de cumplimiento normativo en orden a evitar infracciones legales, entonces su configuración debe centrarse quizás más en este aspecto e intentar aislarse conceptualmente todo lo posible del proceso penal. Este planteamiento es posible mantenerlo si tenemos en cuenta que las implicaciones jurídicas y la problemática con las que se va a enfrentar la persona jurídica en el caso de que llegue al estadio de la imputación penal, van a ser mucho más complejas, puesto que se va a introducir en el terreno de principios y derechos fundamentales muy poderosos. El principio de legalidad penal y el principio de intervención mínima van a marcar la entrada al ámbito penal y posteriormente, entre otros derechos fundamentales, se pueden citar el derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia, a utilizar tan solo los medios de prueba que sean pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable establecidos en el art. 24 de la Constitución Española<sup>5</sup>, con los que el modelo en muchos aspectos va a tener una verdadera dificultad de complementarse<sup>6</sup>.

En definitiva, debemos tener presente que mientras el *compliance* pretende el cumplimiento normativo de forma global, su incidencia en la valoración de una potencial responsabilidad penal de la persona jurídica en un proceso penal se encuentra en un espacio mucho más acotado por nuestro texto constitucional. La atribución entonces de cualquier responsabilidad de índole penal a una persona jurídica debe pasar primero el filtro de la libertad de empresa que protege con carácter genérico toda la actividad empresarial dentro de los límites

---

<sup>3</sup> En la sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo, se hace referencia al concepto de “*la cultura de respeto al derecho*”.

<sup>4</sup> Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

<sup>5</sup> Las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, y 221/2016, de 16 de marzo establecen que en el enjuiciamiento de la persona jurídica se deben respetar estos derechos fundamentales.

<sup>6</sup> En la doctrina española, al igual que en la doctrina comparada, se subraya la problemática que supone en general la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en concreto el modelo de cumplimiento en el proceso penal. Griffith, Sean J.: “Corporate governance in an era of compliance”, *William & Mary Law Review*, Vol. 57, pág. 2086-2090. Nieto Martín, A.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (coord. Nieto Martín, A.), edit. Tirant lo Blanch, 2017, págs. 104 a 105.

marcados por el art. 38 de la Constitución. Posteriormente, ha de traspasar las exigencias de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de intervención mínima que gobiernan de forma decisiva el ámbito penal. Finalmente, en el proceso penal deberá someterse a todos los límites que presuponen los derechos fundamentales contemplados en el art. 24 de la Constitución enumerados anteriormente.

En este terreno, la concepción de un modelo de organización y gestión efectivo se debe hacer desde la verdadera convicción de que la empresa va a actuar con eficacia en la reducción de riesgos y en la prevención de toda conducta incumplidora, entre las que se encuentran por supuesto también las más graves que pueden constituir delitos. De poco va a valer si la única motivación es el miedo al proceso penal y el pensamiento de que solo van a ser efectivos cuando el delito ya se ha producido para eximirse de la potencial responsabilidad penal que se les impute. Ese escenario del proceso penal siempre será hipotético e incierto, pero lo que es seguro y donde necesariamente se debe centrar el trabajo es en el largo camino a recorrer anteriormente con visos precisamente de evitar toda conducta que suponga la infracción de la legalidad vigente.

## **2. EL CÓDIGO ÉTICO QUE PROMUEVE UNA CULTURA DE INTEGRIDAD QUE TRASCIENDE A LA ÉTICA.**

La denominada cultura que desarrollan las empresas comprende elementos heterogéneos referidos a la operativa o conjunto de prácticas, valores y principios que guían su actuación en el mercado de forma global y la actuación de sus gestores y empleados individualmente considerados. El término de cultura empresarial no cabe duda de que es un concepto abstracto y difícilmente definible de forma precisa, puesto que en definitiva comprende innumerables directrices que sucesivamente van filtrándose en la operativa de la empresa al operar en el mercado.

Es difícil que estos criterios que conforman la cultura de una empresa se puedan delimitar y reflejar en un documento, puesto que vienen influenciados por multitud de parámetros referidos a aspectos sociales, al tipo de gestores y de trabajadores contratados, al grado de desarrollo a nivel técnico que han alcanzado los procesos, así como a los conocimientos, costumbres y prácticas empresariales que se han asumido implícita y explícitamente como estándar de comportamiento en la empresa. En el marco del *compliance* parece que este amplio término de cultura empresarial se acota a una parte de la misma referida a la integridad<sup>7</sup>, al sometimiento a la legalidad o al respeto al Derecho como lo denomina la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Es en esta parcela donde el denominado código ético puede ayudar a plasmar mensajes básicos sobre los que se va a sentar el modelo de organización y gestión y que deben marcar su confección para resultar operativo. De este modo y en una construcción ordenada, este código no mencionado por el legislador, dibuja el origen y razón de ser del programa de cumplimiento normativo. Contando con esta premisa, se debe empezar por tener claro que el sobrenombre de “ético” que se ha asignado a este documento no responde verdaderamente a la naturaleza de los contenidos que de forma común comprende<sup>8</sup>. En el mismo se alude a verdaderas consideraciones legales y en concreto, se hace mención con frecuencia a derechos fundamentales que se extraen de nuestro texto constitucional y que trascienden claramente de este recinto de la ética.

---

<sup>7</sup> Deloitte: “Building world-class ethics and compliance programs: Making a good program great”, pág. 2, disponible en: <https://www2.deloitte.com/.../Deloitte/.../us-aers-building-a-world>. Se refiere este informe a la cultura de integridad y a la importancia de tener en cuenta los valores, creencias, actitudes y expectativas que se comparten en la empresa.

<sup>8</sup> Bacigalupo, S.: “Cultura de cumplimiento e integridad: elemento clave de la prevención de riesgos penales”, Revista Internacional de Transparencia e integridad, nº 2, Sept-Dic 2016, pág. 5.

El valor e identidad propia de este documento se consolida entonces al constituir una verdadera declaración de intenciones asentada en una fórmula heterogénea de valores esenciales, principios legales y derechos fundamentales que ha de servir de pauta a los gestores y empleados para conocer la forma en que han de actuar y los límites a los que deben aquietar el ejercicio de sus funciones.

Constituye de este modo el Código un compromiso formalizado y documentado por parte de la empresa de conducir la operativa empresarial de acuerdo con una cultura sólida asentada en principios, valores y directrices respetuosos con la legalidad vigente, que son adecuados al marco social, al concreto sector en el que opera y al mercado nacional e internacional globalmente considerado.

La construcción en estos términos de este documento como una declaración de intenciones permite también entender que puede tener un papel muy relevante para ayudar a la empresa a dirigir su rumbo. Es inevitable atender al hecho de que las empresas con largas trayectorias pueden tener procesos viciados que se han establecido de forma permanente y es más difícil introducir a través de modelos de organización cambios en su cultura, mientras que las empresas que nazcan ahora en la era del *compliance* deberán implantar el modelo de forma automática para encauzar su operativa en el mercado.

El código ético puede constituir también el primer paso para asumir el compromiso de reconducir la actividad empresarial por renglones rectos, después de haber operado en el mercado durante tiempo conforme a prácticas viciadas o incluso después de haber sufrido algún reproche legal que se ha traducido en una sanción. De alguna manera la empresa tiene la oportunidad de lavar su imagen y presentarse de nuevo en el mercado con el compromiso de que va a desarrollar una cultura empresarial por nuevos derroteros de forma íntegra. Por este motivo, se puede interpretar que este código deja entrever la reputación de la empresa y su disposición a llevar a cabo la actividad empresarial de forma honesta e íntegra con fidelidad a las buenas prácticas y los valores que conforman la cultura con la que se identifica en el mercado.

En otro orden de cosas, este código de conducta también puede constituir un sistema de reafirmación de los principios y valores en los que se pueden escudar los empleados para defender su manera de actuar internamente frente al resto de empleados, cualquiera que sea la posición jerárquica que ocupen en la empresa, y externamente frente a terceros. Los empleados pueden encontrar en este código de conducta un sistema de protección en aquellas situaciones en las que se les pida que actúen de una forma que no consideren correcta, pero no encuentren argumentos para defender una posición contraria o parámetros concretos que les permita justificar que se trata de una operativa opuesta a las directrices marcadas por la empresa. En este sentido, este código puede representar un mecanismo de defensa global para el empleado, que puede utilizar sus contenidos genéricos para definir su posición y justificar sus decisiones ante situaciones dudosas, en las que se presentan circunstancias nuevas, así como en las que existan vacíos interpretativos o lagunas legales, y mayormente en escenarios en los que se han contemplado riesgos evidentes.

Estas consideraciones permiten afirmar que en este código tienen cabida todas las pautas esenciales para la construcción de un modelo de organización idóneo y para su debida interpretación.

### **3. INCURSIONES DEL MODELO EN LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA**

El *compliance program* comprende un sistema de organización empresarial que va a incidir en toda la empresa y en particular, en esferas muy relevantes como es su organigrama, las competencias de sus trabajadores, los procesos de toma de decisiones, la asignación de recursos

financieros, la canalización de los asuntos que requieran la adopción de medidas disciplinarias y, en general, en todo lo que incida en la implantación de las medidas de seguridad, control y vigilancia idóneas exigidas por el legislador.

El diseño eficaz de este modelo debe comprender necesariamente como elemento estructural el análisis de los riesgos que de forma genérica pueda llegar a entrañar la actividad empresarial (art. 31 bis, apartado 5.1º CP). La investigación de posibles infracciones o riesgos que se detecten en circunstancias excepcionales se debe acometer de forma efectiva para su correcta evaluación y posterior respuesta ágil y apropiada. Esta identificación que ha de formalizarse en el “mapa de riesgos”, tiene como principal valor añadido el que va a servir como un mecanismo de concienciación a nivel interno para reconocer los puntos débiles de la actividad empresarial. La empresa formaliza el proceso por el que, por su debido orden, investiga, detecta, reconoce, evalúa y diagnostica el tratamiento de los riesgos que específicamente entraña su actividad.

Como se viene reconociendo en términos empresariales, la toma de conciencia formal del riesgo junto con el reconocimiento de su existencia, como un problema que empaña y afecta al valor de la empresa y a su cultura de cumplimiento, supone ya encontrar la mitad de su solución. La empresa que contemple con una visión amplia su actividad e identifique el riesgo debidamente por considerar que es un elemento extraño a su operativa que quiere erradicar o minimizar, estará en el camino de la cultura de cumplimiento normativo. Como decía Ortega y Gasset<sup>9</sup>: “*Sorprenderse, extrañarse, es comenzar a entender*”.

Muchas voces de la doctrina penalista han venido defendiendo que el análisis de riesgos desde el punto de vista del *compliance* ha de realizarse por juristas expertos en Derecho Penal, pues ellos son los que pueden alcanzar a detectar los riesgos y evaluar su entidad. En este aspecto es preciso no olvidar que el entorno empresarial se asienta sobre aspectos muy técnicos que en muchos casos pueden no ser ni siquiera verdaderamente entendibles por los juristas. Podemos pensar en muchas empresas en las que pueden adentrarse los mayores expertos penalistas a analizar la operativa empresarial y nunca podrían llegar a acertar dónde se encuentran muchos de los riesgos que desde su interior son perfectamente conocidos. Por este motivo, el dibujo correcto del mapa de riesgos solo podrá efectuarse a través de una verdadera intervención de la empresa, sin perjuicio de que en su evaluación participen conjuntamente expertos jurídicos.

Con independencia de que en la configuración legal se haga una referencia explícita a que el modelo ha de identificar los riesgos de la posible comisión de delitos, la realidad es que el programa se inmiscuye necesariamente en la política global de la empresa concerniente a la gestión de riesgos y su evaluación, espacio en el que a nivel organizativo se proyectan también el *risk management*<sup>10</sup> y la auditoría. En este sentido, debe subrayarse que el *compliance* no puede perder la perspectiva de que debe quedar lejos de costes innecesarios y desproporcionados que imposibiliten el objetivo de negocio de la empresa. Se deben evitar así procesos burocráticos imposibles que paralicen la actividad empresarial o ineficiencias que hagan duplicar el trabajo, así como el que se genere documentación inservible. En cambio, se ha de fomentar la capacidad de síntesis de los verdaderos focos de riesgo sobre los que hay que operar y el aprovechamiento de las sinergias que se pueden obtener del resto de la organización. En todo caso, la institución de procesos estandarizados que puedan derivarse del modelo no puede obstruir la capacidad de innovación y flexibilidad de la empresa para adaptarse a circunstancias y nichos del negocio nuevos y desconocidos que pueden presentar nuevos riesgos. En definitiva, la política de

---

<sup>9</sup> Ortega y Gasset, J.: *La rebelión de las masas*. Esta frase se comprende en la primera parte del libro (I) referida a “*El hecho de las aglomeraciones*”.

<sup>10</sup> Griffith, Sean J.: “Corporate governance in an era of compliance”, *William & Mary Law Review*, Vol. 57, págs. 2082-2083.

cumplimiento normativo debe crear sus propios raíles para moverse dentro de la empresa de forma eficaz y útil.

Esta coordinación dentro de la empresa va a permitir, a su vez, el que exista una canalización de la información referida a “posibles riesgos e incumplimientos” con el horizonte común de que han de desembocar en el organismo encargado de la vigilancia y supervisión (art. 31 bis, apartado 5.4º CP). El *compliance program* se adentra de este modo dentro de la política global de transparencia y se instituye como un sistema informativo, así como una herramienta formativa, un manual que permite la consolidación y el aprendizaje de las reglas que van a regir el desarrollo de la actividad empresarial.

Desde esta perspectiva del modelo eficaz que no incurre en costes innecesarios, aprovecha sinergias y no obstruye la actividad, es posible valorar un escenario en el que la empresa puede llegar a rentabilizar los ingresos efectuados. El modelo organizativo puede tener utilidad siempre para la empresa como un mecanismo que permite incrementar su valor al ensalzar las buenas prácticas implementadas. La consolidación de una cultura de cumplimiento consistente se puede traducir en el incremento del valor de la empresa que se sostiene también sobre andamios sólidos. Esta parcela evaluable de la marca empresarial puede generar un impacto relevante con efectos y reconocimiento dentro de la propia operativa interna de la empresa y fuera en el mercado en forma de contratos o inversiones beneficiosas.

#### **4. EL MODELO EN EL ÁREA PENAL: SISTEMA DE PREVENCIÓN DE CONDUCTAS DELICTIVAS, DE EXENCIÓN Y PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO PENAL.**

El modelo proyecta el compromiso de la empresa de impedir conductas ilegales y se instituye como un dispositivo de prevención del delito. Puede calificarse en este sentido como un sistema de cooperación con el Estado en el marco de sus labores de policía. Ante la dificultad de investigar y perseguir las actividades prohibidas que se cometen en el seno de complejas estructuras empresariales, y de concretar las personas que son responsables de las mismas, se pretende que sean las empresas las que colaboren de forma activa y asuman un papel principal en la erradicación de infracciones potencialmente constitutivas de delito dentro de sus organizaciones.

Esta clasificación del modelo como medida de prevención del delito se adentra en los confines de las teorías de la pena y convierte a las empresas en verdaderas protagonistas de la labor de prevención de la comisión de actuaciones delictivas, en un terreno en el que el Estado con todos sus medios no ha podido ni puede evitar este tipo de comportamientos. Por este motivo, es necesario medir las verdaderas posibilidades con las que cuenta la empresa globalmente para establecer medidas idóneas que permitan llevar a cabo esta labor de policía de manera eficaz.

En la medida en que se instaura como un mecanismo de minimización de riesgos, el modelo también se instituye como una herramienta de prevención de ilícitos comprendidos en normas de otras ramas del Derecho ajenas al ámbito penal. El riesgo como tal puede tener una naturaleza neutral hasta que se materializa en una concreta infracción que permite medir el alcance y gravedad de la conducta que puede llegar al reproche penal o no.

En donde se ha centrado la mayor atención de forma evidente es en el hecho de que el modelo de gestión puede instituirse como mecanismo de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica y, en su caso, de posible atenuación de la pena. No obstante, el modelo de

organización no tiene el valor de un seguro ni de una garantía. Como afirma la Fiscalía<sup>11</sup>, no presupone un “blindaje” o “salvoconducto” frente a potenciales responsabilidades penales, pero su correcta constitución puede permitir demostrar que la empresa ha sido efectiva en la implementación de la política de cumplimiento normativo.

Como tal herramienta de exención de la responsabilidad de índole penal diseñada formalmente por el legislador, su evaluación abre el interrogante de si es posible llegar a obtener una exención de responsabilidad si la empresa no cuenta con un modelo formalizado. La respuesta a esta pregunta puede venir dada por la valoración de que, con independencia del diseño formal que ha efectuado el legislador del modelo como un documento, se debe tener clara la esencia de lo que verdaderamente constituye el *compliance*. La comprobación de la existencia de un esquema verdadero de cumplimiento normativo se puede extraer de la operativa de la empresa. La empresa que “cumple” es aquella que actúa de acuerdo con la legalidad vigente, aunque no lo haya documentado debidamente, ya que esencialmente alcanza el objetivo último de tener una cultura de respeto al Derecho, que es lo que pretende el legislador al configurar el modelo<sup>12</sup>.

El modelo de organización, gestión y prevención del delito tendrá una incidencia vital en el proceso penal. La cuestión está en que, como tal documento que puede ser aportado por la empresa investigada, no es posible delimitar *a priori* el alcance de estos efectos que va a desencadenar en el curso del mismo, puesto que estos dependerán de su contenido, de la interpretación inicial del mismo por parte de la Fiscalía y de la valoración que hagan los tribunales competentes al instruir primero y enjuiciar después los hechos hasta el momento de dictar la sentencia.

Se puede convertir primeramente en un dispositivo útil para la localización de potenciales infracciones legales que ya se han materializado<sup>13</sup> con la consiguiente identificación de la persona responsable a título individual, lo que se traduce a nivel práctico en un mecanismo de denuncia<sup>14</sup>.

Como dispositivo informativo dentro de la empresa puede tener un efecto multiplicador muy potente al inicio y durante el curso del proceso penal para detectar, valorar, evaluar, enjuiciar y acreditar los hechos delictivos concretos que son objeto de enjuiciamiento. El modelo se puede erigir en un testigo presencial documentado, que no habla, pero que ha recopilado en el *hardware* valiosa información referida a la trayectoria empresarial muy relevante para la instrucción. En este documento se va a establecer de forma certera dónde están los focos de riesgo que han permitido o desde los que se ha desencadenado la acción delictiva y dirigir en consecuencia la instrucción hacia objetivos claros, descartando alternativas que de otro modo se hubieran revelado como potencialmente útiles y plausibles. Esto se puede traducir en una fórmula eficaz para acelerar la instrucción de complejos procesos<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

<sup>12</sup> Deloitte: “Building world-class ethics and compliance programs: Making a good program great” disponible en <https://www2.deloitte.com/.../Deloitte/.../us-aers-building-a-world>, pág. 2. Se incluye en este informe una frase de Paula Reynolds pronunciada en la *Ethics and Compliance Officer Association’s Annual Conference*, que creo que representa muy bien la importancia de centrarnos en la esencia del cumplimiento normativo y no en las formalidades: “*In the fight between culture and compliance, culture will always win*”.

<sup>13</sup> Griffith, Sean J.: “Corporate governance in an era of compliance”, *William & Mary Law Review*, Vol. 57, pág. 2082.

<sup>14</sup> La Circular 1/2016 es clara al determinar que los fiscales: “*concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación*”, pero no se puede dejar de tener en cuenta que la valoración del modelo de gestión en el marco penal debería efectuarse desde una perspectiva *ex ante*.

<sup>15</sup> Nieto Martín, A.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (coord. Nieto Martín, A.), edit. Tirant lo Blanch, 2017, pág. 107. El autor se refiere a la relación entre el modelo y el proceso penal en la que se crea “*una zona de conflicto que aún no encuentra una solución adecuada*”.



Estas consideraciones pueden llevar a subrayar que el valor del *compliance program* no se encuentra en su contenido sino en sus verdaderas posibilidades de convertirse en un mecanismo de análisis. El delito cometido en el seno de la empresa genera problemas de prueba que son verdaderamente complejos de entender porque la estructura societaria empaña completamente la realidad que subyace al andamiaje empresarial. La dificultad para determinar cuál es la estructura organizativa de la empresa, el proceso de toma de decisiones, las personas responsables de los diferentes departamentos, la forma en la que se desarrolla la actividad y la documentación que sirve de soporte de todas estas cuestiones de índole societario puede resultar una tarea imposible desde el punto de vista de una instrucción penal. El modelo correctamente confeccionado permitirá filtrar y analizar la información de la empresa para encontrar parámetros que permitan adentrarse en la organización y entender su operativa. En definitiva, el *compliance program* puede abrir la compuerta de la organización empresarial y servir de radiografía para diagnosticar los hechos relevantes sobre los que ha de versar la instrucción<sup>16</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

La importación de la política de cumplimiento normativo se debe considerar globalmente una medida muy positiva para terminar con aspectos endémicos que dañan la cultura empresarial de este país, sin perjuicio del trabajo que queda pendiente para articularla conceptualmente de forma equilibrada en el marco del Sistema jurídico español.

Con independencia de los elementos que hayamos podido importar de otros países como guía para lidiar con la materia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la valoración del alcance de esta responsabilidad y de los modelos de cumplimiento debemos atender de forma muy estricta a las singularidades del ordenamiento jurídico español y en concreto, al esquema constitucional en el que se asientan los principios, garantías y derechos fundamentales que han de regir la interpretación del Derecho Penal y la conducción del proceso en este ámbito.

La vigencia en nuestro Sistema del principio de legalidad, que comprende la irretroactividad penal, y del principio de seguridad jurídica presupone que las organizaciones empresariales antes de ser abocadas a un proceso penal y asumir una condena de la misma índole deben poder tener la oportunidad de implantar sus modelos debidamente, reparar las disfunciones de su cultura que arrastran del pasado y afrontar su futuro contando con parámetros claros de cuáles son las verdaderas expectativas del legislador.

Entender qué encierra la consecución de una cultura empresarial de cumplimiento normativo, qué medidas son idóneas para la prevención de delitos y la minimización de riesgos, cómo testarlas debidamente para asegurar su eficacia, así como de forma global cuál es la problemática que encierra el modelo al entrar en contacto con el proceso penal, exige quizás todavía un mayor desarrollo conceptual para cumplir los estándares de precisión que reivindica el principio de legalidad penal.

---

<sup>16</sup> La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006 de alguna manera se expresa en este sentido.