



Revista

ISSN 2007-4700

El
MÉXICO

Número 21
julio - diciembre 2022



El órgano de control permanente de la persona jurídica (oficial de cumplimiento) en el marco de la responsabilidad penal corporativa



Norberto J. De La Mata Barranco

Catedrático de Derecho Penal

Universidad del País Vasco (UPV/EHU),

Correo electrónico: norbertojavier.delamata@ehu.es

RESUMEN: *La nueva responsabilidad penal corporativa incorporada a prácticamente ya todos los ordenamientos penales acude al instrumento de los programas de cumplimiento y a la figura del responsable de cumplimiento para concretar en qué medida dicha responsabilidad puede ser excluida o, al menos, atenuada. El correcto entendimiento de la función de este responsable permite concretar con claridad el alcance, objetivo no, de tal responsabilidad.*

PALABRAS CLAVE: *responsabilidad penal corporativa, responsable de cumplimiento, programa de cumplimiento.*

ABSTRACT: *The new corporate criminal liability incorporated into practically all criminal laws uses the instrument of compliance programs and the figure of the person responsible for compliance to specify the extent to which said liability can be excluded or, at least, attenuated. The function of this person in charge allows to clearly specify the scope of such responsibility.*

KEYWORDS: *corporate criminal responsibility, compliance officer, compliance programs.*

SUMARIO: *1. Introducción: concepto y regulación. 2. El responsable de cumplimiento en la estructura organizativa de la empresa. 3. Actuación del responsable de cumplimiento. 4. Información, formación y asesoramiento del responsable de cumplimiento. 5. Vigilancia, control y denuncia del responsable de cumplimiento. 6. Responsabilidad del responsable de cumplimiento. 7. Bibliografía.*

1. Introducción: concepto y regulación

La responsabilidad penal de las personas jurídicas está presente ya en muchos ordenamientos jurídicos, con carácter general o para concretos delitos, en el Código general o en leyes penales especiales. En los que no lo está, lo estará en breve, sin duda. Como así muestra la normativa reciente en México, tanto en lo que concierne a la regulación del Código Nacional del Procedimiento Penal (artículo 422) como en la que conlleva el Código Penal Federal (artículo 11 bis) o incluso, entre otros, el Código Penal del Distrito Federal (artículo 27 y siguientes) o el Código Penal de Yucatán (artículo 16 bis) con relación a delitos concretos. Abocan a ello la criminalidad económica transnacional, la normativa supranacional y el efecto llamada de legislaciones en las que, ya implementada y aplicada, ha mostrado su eficacia, sobre todo, preventiva. Sirvan estas líneas para dar alguna idea que pueda mejorar la aplicación y, en su caso, las normativas jóvenes que, como la mexicana, se enfrentan a una cuestión de responsabilidad tradicionalmente vetada en derecho penal.

Pues bien, en ella la institución clave es la de los “programas de cumplimiento normativo”. Y dentro de estos la figura del “*compliance officer*” o “responsable de cumplimiento” (oficial de cumplimiento, conforme a la norma mexicana NMC-CC-19600-IM-NC-2017, concordante con la internacional ISO 19600:2014) o bien “órgano de control permanente”, de acuerdo al artículo 11 bis, último párrafo (conforme a la redacción añadida en 2016).

Se habla de oficial de cumplimiento, pero lo cierto es que no hay unanimidad a la hora, no ya de delimitar su competencia y responsabilidad, sino ni tan siquiera de optar por un concepto que describa la figura a que se quiere hacer referencia.

Así, se utilizan estos conceptos en la doctrina especializada comparada en ocasiones indistintamente y sin mayor reflexión; en otras, tratando de diferenciar figuras a las que se quiere dotar de distinto significado, expresiones muy diferentes.

Normalmente, se alude al cargo o posición de una persona individual, de un responsable o encargado; pero a veces también se utiliza el término “órgano” (o bien “comisión”). Que se acuda al mismo, o no, esto no es relevante. Efectivamente, podremos estar ante un órgano de cumplimiento, pero este podrá ser tanto

colectivo como unipersonal. Dependerá de la dimensión de la empresa, su cometido no tiene por qué ser diferente en uno u otro caso. Siendo colectivo podrá o no, por otra parte, tener una cabeza visible, director principal o coordinador ejecutivo.

Por otra parte, y cuando se acude al término “órgano”, en ocasiones se habla de órgano de cumplimiento, a veces de órgano de vigilancia, y finalmente de órgano de supervisión. En realidad, la figura es la misma.

Ha sido más frecuente la utilización de la primera expresión, que es la que más tradición ha tenido en el ámbito anglosajón (el *compliance* de los textos americanos). En Italia, el Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio, que es el que sirve de base a regulaciones como la española (y en cierta medida, la mexicana), alude en su art. 6.1 letras a) y b) a un “órgano de la empresa dotado de poderes autónomos de iniciativa y de control encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de organización y gestión idóneo para prevenir delitos” y cuando se alude al mismo en la literatura de este país se utiliza sintéticamente la expresión “órgano de vigilancia”. La doctrina italiana acude también, no obstante, a lo que denominan órgano de control societario o *Collegio Sindacale* explicando que el órgano de vigilancia de su decreto está entre esta figura y el *compliance officer* americano.

El texto del Código Penal español habla del “encargado de supervisar” el modelo de prevención y del “encargado de vigilar el funcionamiento y observancia” de dicho modelo, refiriéndose al mismo órgano. Sea cual sea la opción por la que se opte, se está describiendo al mismo “responsable”. La normativa penal mexicana alude al “órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales”. Es cierto que hay autores que insisten en diferenciar entre órgano de supervisión y responsable de cumplimiento (Nieto y Lascuraín, 2016). No es necesario, siempre —como luego se aclarará— que el órgano supervisor —o de cumplimiento o de prevención—, único tenga autonomía para “controlar” los comportamientos no solo de empleados, sino también de administradores y directivos; esto es en realidad lo que pretende la dualidad propuesta.

Cuando no se utiliza la expresión “órgano”, sino el referente individual, también normalmente sin intencionalidad alguna más allá de la pura opción terminológica, se habla de “responsable”, “encargado”,

“coordinador”, “instructor”, “oficial o directivo” (*officer*) o bien de “oficial o director jefe” (*chief officer*). De cumplimiento, cuando se utiliza la expresión española, o anteponiendo el sustantivo *compliance* cuando se emplea la expresión inglesa.

La terminología anglosajona, imperante hasta ahora, proviene, en lo que es su incorporación a la doctrina europea y latinoamericana, de la redacción del apartado 8B2.1 de las *United States Sentencing Guidelines* y la explicación de lo que significa “*High-level personnel of the organization*”, término que incluye a directores ejecutivos (*executive officer*) y del desarrollo y comentario de las mismas desde 1991. El término “encargado” es el que se utiliza predominantemente en Alemania (*Gleichbehandlungsbeauftragte*). Entre los autores españoles, si bien originalmente se utilizaba más la expresión “oficial de cumplimiento”, sobre todo en los primeros escritos que surgieron con la previsión a través de la Ley Orgánica 5/2010 de la responsabilidad de las personas jurídicas, en la actualidad cada vez se opta más por la expresión “responsable”. Mientras que el concepto peruano de “encargado” conlleva un matiz que parece aludir a la idea de mandato o delegación.

A veces también se habla de un responsable u oficial “de ética” en vez de uno “de cumplimiento”. Pero, téngase en cuenta que, por ejemplo, el código español de lo que en todo momento habla como elemento que permita eximir de responsabilidad a las personas jurídicas autoras de un delito es de un “modelo de organización y gestión” que incluirá o no (al menos no necesariamente como algo diferenciado) un código ético. Hablaremos de un manual de cumplimiento, de un modelo de prevención que podrá comprender efectivamente dicho código. Pero ni es necesario el mismo ni lo es un comité de ética añadido al de cumplimiento o integrado en él.

En ocasiones, la expresión es la de responsable “de prevención” o de “supervisión” o de “vigilancia”. Siempre estamos ante el mismo concepto. Incluso, en España, un borrador de Código Procesal Penal que elaboró el Gobierno en 2012 y que no llegó a articularse en propuesta legislativa recogía todavía un término más, el de “director de control interno”.

Lo que se busca con cada una de las distintas expresiones es la descripción que mejor defina la labor que incumbe al cargo. Y esta labor es la de supervisar o vigilar la eficacia del modelo de prevención de

delitos adoptado en la empresa de modo autónomo y con capacidad competencial suficiente. Las funciones específicas que tenga este “responsable -órgano- de cumplimiento” varían mucho en la práctica y dependen de cada empresa, tanto de su dimensión como del ámbito en que desarrolla su actividad, como incluso de la política que desee adoptar al respecto. Y también varía la denominación concreta que se quiera dar al mismo en cada organigrama funcional o estructura de organización que en cada caso se adopte.

Lo que está claro es lo que no es: y no es ni un auditor penal (encargado de la *due diligence* penal), ni un responsable de prevención de riesgos laborales, ni un recurso preventivo, ni un responsable de prevención de blanqueo, de calidad, prevención o gestión medioambiental.

Lo que sí está claro en legislaciones que tienen ya, aunque sea corta, alguna experiencia en su aplicación, que ha obligado incluso a prontas reformas de las mismas, es que ni los programas de cumplimiento deben tener efecto únicamente atenuatorio de responsabilidad, como explica el artículo 11 bis mexicano, ni la labor del órgano de control puede limitarse a la de actuar como mero “verificador”, como se desprende también de dicho artículo.

A modo únicamente de ejemplo, por ser una legislación moderna (funcional y nominalmente “penal”), pero ya perfectamente aplicada (judicialmente), que ha servido de ejemplo a muchas otras en América, cabe señalar que en el Código Penal español la única alusión indirecta al responsable de cumplimiento en el marco de lo que representa una “*compliance* penal” la encontramos en los apartados 2.2^a y 4^a, 3 y 5.4^o de su art. 31 bis introducidos mediante la Ley Orgánica 1/2015. Aunque en ninguno de ellos se utiliza este concepto, ni se definen su estructura y sus funciones.

El código se limita a señalar que el modelo de organización y gestión que, en su caso, permitirá la exención de responsabilidad de la persona jurídica implicada en la comisión de un delito (art. 31 bis 2), cuando en él haya intervenido su representante legal o quien esté autorizado para tomar decisiones en su nombre u ostente facultades de organización y control dentro de ella (art. 31 bis 1 a), tendrá que haber confiado su supervisión a un “órgano de la persona jurídica con poderes autónomos o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de sus controles internos” (art. 31 bis 2.2^a), cuya

supervisión, vigilancia y control “no habrá omitido o ejercido de modo insuficiente, son os s para la normativa española son, y al margen de los antecedentes remotos de los años veinte en Estados Unidos para sp” (art. 31 bis 2.4^a) y a quien deberá “informarse de posibles riesgos e incumplimientos” (art. 31 bis 5.4^o). Explicándose también que dicho “órgano” no será necesario (aunque sí el modelo de organización y gestión de prevención idóneo) en personas jurídicas de pequeñas dimensiones y omitiendo toda referencia a él en relación con delitos cometidos por quienes estén sometidos a la autoridad de los responsables anteriormente citados. Estas son las únicas referencias legales que se tienen para interpretar lo que implica y se exige de la figura. Si es importante, aunque sin contenido vinculante, el modo de entender la figura del apartado 5.4 de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 que utiliza la expresión “oficial de cumplimiento”; importante porque instruye a los fiscales sobre qué exigir y cómo hacerlo a la hora de valorar responsabilidades y exenciones a título colectivo e individual.

Si se tienen referentes en el derecho comparado de los que se pueden extraer, aun con sus divergencias, algunos criterios para explicar dentro de lo que es la regulación de los programas de cumplimiento corporativo (*Programs on Corporate Compliance*), competencias y responsabilidades. Entre ellos, y al margen de los incipientes antecedentes remotos de los años veinte en Estados Unidos, hay que referirse, en primer lugar, al Capítulo Ocho de las *United States Sentencing Guidelines*, titulado *Sentencing of Organizations*, de la *USSC (United States Supreme Court)* que, como en ocasiones se recuerda, no son de obligado cumplimiento (Blumemberg y García, 2014), pero cuya adopción por las empresas se ha generalizado a raíz de la aprobación de la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, secciones 302 y 404, Ley de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección del Inversor, en relación con las empresas que cotizan en la Bolsa de Valores de Nueva York (Gallego, 2014). En especial a partir de la previsión de la designación de un alto miembro de la dirección para que supervise la aplicación de los programas de cumplimiento. A partir de ellas se empieza a hablar en Europa de los *corporate compliance* y de los *officer compliance* en materia penal. En el ámbito británico, en un contexto

más específico, también hay que mencionar la *Bribery Act* de 2010 y, en concreto, su artículo 7.2.

Es también un referente, como antes se señalaba, aunque limitado a un contexto de responsabilidad administrativa, el artículo 6 del Decreto Legislativo italiano 231/2001, de 8 de junio, y su “órgano de supervisión o vigilancia”.

Y finalmente la Ley 20.393 chilena de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de 2 de diciembre de 2009, cuyo artículo 4 prevé la adopción de un modelo de prevención de delitos y un “encargado de prevención de delitos”, que se exige sea nombrado por la máxima autoridad administrativa de la persona jurídica y cuyo tiempo de actuación, medios y facultades, autonomía y funciones define con bastante concreción.

Junto a estos referentes, y al aludirse también en ocasiones a órganos que tengan “legalmente” encomendada la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica, cabe también tomar en consideración distinta normativa extrapenal que, por ejemplo, en el caso español, remitiría al artículo 28 RD 217/2008, que regula la función del “responsable de cumplimiento normativo” en el ámbito de las empresas que prestan servicios de inversión, al artículo 26 Ley 10/2010 y su “representante” ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión de prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, o al artículo 193.2 RDLEg 4/2015 sobre las “unidades” que en las empresas que prestan servicios de inversión han de garantizar el cumplimiento normativo. Igualmente a la Norma 5^a, tanto de la Circular 6/2009 como de la Circular 1/2014, ambas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y que regulan tales “unidades”. Asimismo, al artículo 529 ter 1 b) Ley 31/2014 que, en el funcionamiento de las sociedades de capital, exige que la supervisión de los sistemas internos de control sea asumida por el propio Consejo de Administración. Y finalmente, también, aunque sus funciones no sean exactamente las mismas, a la Recomendación 46 en relación con el Apartado III.3.4.3 del Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, publicado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en febrero de 2015, sobre las comisiones de auditoría o comisiones especializadas del Consejo de Administración que asuman funciones internas de control y gestión de riesgos.

En todo caso, como recuerda la doctrina, ni la figura está regulada penalmente en los distintos ordenamientos de derecho comparado, ni existe un estatuto orgánico definido ni una configuración legal clara y unificada sobre competencias y deberes (Gallego, 2014 o Dopico, 2014). Y no sería superfluo seguir modelos que como en Chile o Alemania permitan certificar la labor de los responsables de cumplimiento a través de procesos de estandarización de sus funciones (Montaner, 2013, citando el estándar *PS* o *AssS* 980 del IDW -Instituto Alemán de Auditores de Cuentas- de 2011). Cabe aludir en este contexto de armonización a las normas *ISO* 19600 y 37001 sobre gestión de *compliance* (Bajo, 2017) o incluso a las especificaciones técnicas, por ejemplo, AENOR IURIS-CERT de la Asociación Española de Normalización y Certificación de buenas prácticas para prevenir delitos, reducir el riesgo y fomentar una cultura empresarial ética y de cumplimiento con la Ley (Bolea, 2015). Pero, hay que insistir en ello, son solo referentes.

2. El responsable de cumplimiento en la estructura organizativa de la empresa

La estructura de cumplimiento dentro de una empresa puede presentar formatos muy diferentes, como diversos pueden ser los sistemas de prevención que se pueden adoptar dentro de ella.

Nieto Martín distingue tres modelos de *compliance*: uno, con el que se puede identificar el sistema americano, en el que el órgano encargado de controlar los modelos de organización y gestión tendentes a prevenir la comisión de delitos se configura como sección o departamento de cumplimiento bajo dependencia directa del Consejo de Administración; otro, que cabría identificar con el de la regulación italiana, en el que existe un órgano de cumplimiento absolutamente independiente incluso del Consejo de Administración; y un tercero en el que el órgano de cumplimiento matriz se integra con responsables de cumplimiento sectoriales en medio ambiente, trabajadores, etc. (Nieto, 2015).

Las directrices (*guidelines*) americanas exigen efectivamente que el responsable de cumplimiento pertenezca al personal de alta dirección de la entidad, con independencia de que exista una persona o un departamento que se encarguen del día a día de la gestión de supervisión. Y la ley chilena exige

que el encargado de prevención sea nombrado por el Consejo de Administración que, conjuntamente con él, determinará los elementos del sistema de cumplimiento incluida la forma de supervisión (Nieto 2015). En definitiva, una estructura de responsabilidad bajo dependencia del máximo órgano empresarial con alto rango directivo. Es sin duda el modelo más adoptado. En cambio, en el modelo italiano el órgano de cumplimiento debe ser independiente incluso del Consejo de Administración porque su principal función será la supervisión de administradores y personal de alta dirección. El Código Penal español no impone modelo alguno (diferentes sistemas de implantación práctica en Abia y Dorado, 2017, Ayala de la Torre, 2016, Ensenat, 2016, Magro 2017 o Puyol, 2016).

Puede haber numerosos modelos intermedios, porque en definitiva lo que realmente importa es que las funciones de supervisión las ejerza un órgano autónomo con capacidad y competencia funcional suficientes para poder garantizar la eficacia de los protocolos de prevención.

En cuanto a su nombramiento, el Código Penal español exige en su art. 31 bis 2.1^a que los modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir la comisión de delitos sean adoptados y ejecutados por el órgano de administración. Y al mismo tiempo, en su art. 31 bis 2.2^a, que la supervisión de su funcionamiento y cumplimiento haya sido “confiada” a un órgano autónomo o a quien tenga legalmente encomendada la función de supervisión.

Parece lógico, no obligatorio, que sea entonces el propio Consejo de Administración quien nombre al responsable de cumplimiento. A instancias de la dirección general o de quien en cada estructura jurídico-empresarial tenga la máxima competencia para realizar propuestas del máximo nivel.

El nombramiento deberá ser por supuesto formal y estar debidamente documentado, incluyendo en el mismo todos los aspectos que garanticen que la función encomendada pueda ser llevada a cabo con eficacia. Tanto en relación con cuestiones vinculadas a la autonomía competencial como en lo que concierne a temas laborales y económicos, individuales y del propio cargo.

Por lo que respecta a su capacidad y competencias, del responsable de cumplimiento debe exigirse independencia en el desarrollo de su función. Pero tam-

bién capacidad para desarrollar la labor encomendada de modo diligente. En este sentido, y al margen de cuál sea la titulación de que se disponga, quien asuma funciones de seguimiento de los protocolos de prevención de delitos ha de tener formación y capacitación jurídico-penal.

No estamos ante técnicos de prevención ni ante auditores económicos. Estamos ante profesionales implicados en prevenir actuaciones delictivas. Por ello, tienen que conocer, en primer lugar, cuál es la posible responsabilidad de la persona jurídica en esta sede, qué normativa le obliga, qué elementos permitirán confirmar o excluir dicha responsabilidad. Y, ya desde una perspectiva práctica, cómo se desarrolla la actividad profesional de la empresa en que cumple su función. Da igual si estamos ante economistas, ante auditores, ante abogados. Su independencia y su formación son las que han de permitir una ejecución eficaz de los protocolos empresariales adoptados.

Por supuesto, puede compatibilizar su encargo con otras responsabilidades dentro de la empresa o integrarse en departamentos ya existentes, siempre que se garantice su autonomía. No debe exigirse a las de pequeña o mediana dimensión una contratación adicional ni ha de exigirle la normativa al efecto. Pero sí hay que tener en cuenta que no estamos ante una mera asesoría jurídica tradicional ideada para favorecer el interés empresarial, normalmente económica, sino ante una “asesoría” que tiene que ser capaz de cuestionar decisiones empresariales, aun beneficiosas económicamente, pero arriesgadas desde el punto de vista de la prevención delictiva. En este sentido, quien, por ejemplo, asuma la doble función de responsable de cumplimiento y director de recursos humanos, o de responsable de cumplimiento y director ejecutivo, tendrá que ser capaz de distinguir cuándo actúa en un ámbito y cuándo en otro. Si no, su labor no tendrá la autonomía suficiente que permita un control que no sea de mero maquillaje.

Y, por supuesto, se ha de garantizar la ausencia de conflictos de intereses (por razón familiar, económica o de cualquier otra índole) que a quien perjudican, aunque en principio parezca que no, será a la propia persona jurídica.

El Código Penal español, cuando menciona al “órgano de cumplimiento”, solo dice que el modelo de organización y gestión ha de confiar al mismo su se-

guimiento (art. 31 bis 2.2ª) y que a él ha de informarse de “riesgos e incumplimientos” (art. 31 bis 5.4º).

Lo que ha de preverse realmente es la necesidad de que se actúe con “poderes autónomos de iniciativa y control”. Ello no significa que no se tenga relación alguna de dependencia orgánica. Depende de “la propiedad”. La propiedad es la que retribuirá económicamente su función. La propiedad es la que adoptará y ejecutará el protocolo de prevención. La propiedad es la que establecerá el correspondiente sistema sancionatorio. Y en tal sentido actúa por delegación (Lascuaraín, 2015).

El código español trata, además, en primer lugar, de conciliar esa autonomía con la dimensión de la empresa, admitiendo que en las de pequeño volumen de negocio sea el propio órgano de administración correspondiente el que desarrolle la supervisión y vigilancia requeridas. En segundo lugar, distingue la exención de responsabilidad cuando el delito se cometa por representantes legales o por quienes tienen facultad de organización y control en la persona jurídica, de cuando se comete por quienes están sometidos a las personas anteriores. En el primer caso dirá que la misma es posible cuando se cuente con un organismo autónomo de supervisión. En el segundo dirá que es posible cuando se disponga de un modelo de organización y gestión que no tiene por qué incluir el mismo.

Lo que ocurre es que, si se pretende que sea eficaz, el órgano, que en definitiva lo es de control, ha de tener la mayor autonomía posible y ello será más factible cuanto más directamente dependa del máximo órgano de administración de la empresa. De sujeto jerárquicamente inferior al administrador con posición similar a la del alto directivo hablará algún autor (Silva, 2013). De alto responsable de cumplimiento hablarán otros (Robles, 2013 o Dopico, 2016).

Un responsable de cumplimiento (como órgano colectivo o unipersonal) debiera depender directamente del órgano de administración correspondiente: sea el Consejo de Administración, sea su consejero delegado, sea el máximo director ejecutivo. En definitiva, de quien asuma la dirección empresarial efectiva. Solo así será capaz de controlar la actuación de todos los departamentos, la actuación de todos los responsables de organización, control y representación de la empresa. Por expresarlo gráficamente, cuando en el organigrama de la empresa más directamente se pueda vincular la rama que represente al res-

ponsable de cumplimiento con la cúspide del mismo, más garantías habrá de auténtica autonomía (imposible plenamente al insertarse el órgano en la propia estructura de la empresa). Nunca podrá ser independiente del Consejo de Administración (o de quien asuma su función), como puede entenderse pretende la regulación italiana, porque ni existen órganos públicos autónomos de control auténticamente eficaces, ni una estandarización que permita el control de profesionales externos. Téngase en cuenta que la propia normativa penal permite que la función de supervisión del cumplimiento del modelo preventivo pueda ser asumida por el órgano mismo de administración. Téngase en cuenta que cuando se habla de protocolos de prevención o de modelos de organización y gestión preventivos de delitos acostumbra a pensarse en sociedades cotizadas o, al menos en la gran empresa, y no, por ejemplo, en sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. Pero también estas requieren (sin exigencia de obligatoriedad, porque el modelo no acostumbra a ser preceptivo en ningún ordenamiento) de un control de riesgos penales.

Esto no quiere decir, sin embargo, como en ocasiones se ha entendido, que en personas jurídicas de pequeñas dimensiones no deba existir órgano de cumplimiento alguno o que para excluir la responsabilidad de delitos cometidos por empleados y no por directivos tampoco sea necesaria su exigencia. No.

Desde el momento en que exista un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos ha de existir el órgano de control de cumplimiento; otra cosa es que este órgano haya de ser diferente del órgano de administración. Pero es que cuando lo sea (en grandes empresas y para garantizar el control de administradores y altos directivos), el mismo órgano de supervisión podrá realizar el resto de tareas de control del funcionamiento del modelo de gestión. No se necesita (Fourey, 2016), como pretende algún autor, y a ello se aludía antes, un órgano de supervisión (que controle la actuación de altos directivos) y un órgano de cumplimiento (que controle otro tipo de actuación). El responsable de cumplimiento debe (es deseable, mejor) existir y da igual cómo se articule (siempre que se garantice su autonomía) su funcionalidad: actuación única, actuación conjunta con un órgano de supervisión (no necesaria) o actuación conjunta con otros órganos de control de riesgos, con comités de ética, etcétera.

Hay que observar, por supuesto, que cuando el Código Penal español prevé la existencia de los modelos de organización y gestión lo hace al momento de regular la exención de responsabilidad de la persona jurídica. Ahora bien, de no existir modelos de prevención de delitos seguirá siendo posible dicha exención, demostrada por otras vías la diligencia de la persona jurídica. Y, por tanto, de no existir responsable de cumplimiento también la misma seguirá siendo posible, demostrada por otras vías tal diligencia. Pero, ni la existencia del órgano de cumplimiento (como tal o asumida su función por el órgano de administración) garantiza la exención de responsabilidad ni su ausencia la impide.

Lo que sí se ha de garantizar es que, al margen de la dependencia (cuanto más directa de la cúspide, mejor) que pueda tener, el responsable posea a su vez “poder de iniciativa y de control”, capacidad de acceso a todo tipo de información y documentación de la empresa (incluida la digital), capacidad de desarrollar autónomamente investigaciones internas y capacidad para acceder a todo tipo de prueba (incluida la testifical) que pueda entender necesaria para comprobar la eficacia del modelo preventivo adoptado.

Señala Nieto que en Italia la exigencia de autonomía ha conducido a que sea la comisión de auditoría, formada mayoritariamente por consejeros independientes no ejecutivos, la que asuma la función de vigilancia del cumplimiento preventivo, solución válida en su opinión siempre que esté compuesta por personas con suficiente experiencia en materia de cumplimiento. Pero como él mismo admite, el modelo es asumible únicamente en la gran empresa (Nieto, 2015). No puede trasplantarse a la mediana y pequeña, y si en estas también hay responsables de alta dirección y para ellos puede servir un responsable de cumplimiento que no se entienda como el órgano de vigilancia al que se refieren los italianos, ¿por qué exigir la duplicación de órganos en grandes empresas? No es necesario.

En relación con la posibilidad de externalización de las medidas de prevención de delitos, de entrada hay que señalar que el Código español exige que la supervisión se realice por un “órgano de la persona jurídica”; lo exige para la gran empresa y en relación al control de las actuaciones de altos directivos. La externalización sí será posible en el resto de casos. Pero tanto en uno como en otros será posible el re-

curso a expertos externos (incluso para la propia redacción del modelo de organización y gestión) por el conocimiento específico en la materia que pueden tener (es ya habitual la implicación de catedráticos de derecho penal o despachos de abogados en el asesoramiento en estas cuestiones, cuando no directamente en la redacción material de los distintos “manuales de cumplimiento penal”) (Zárate, 2016). En todo caso, tanto en uno como en otro supuesto es ineludible (cuando menos, altamente aconsejable) que la empresa cuente con un responsable de cumplimiento interno (sea en la gran empresa, sea en la mediana o pequeña empresa), responsable último (identificado o no con la alta dirección) del correcto seguimiento en la prevención del delito, sobre todo porque facilitará el contacto con quien tiene capacidad de adopción y ejecución de modelos de prevención idóneos y, además, con el día a día de la actividad empresarial.

3. Actuación del responsable de cumplimiento

La actuación del responsable de cumplimiento solo puede entenderse explicando lo que implican sus poderes autónomos de iniciativa y control y su obligación de supervisión, vigilancia y control en relación con el correcto funcionamiento del modelo adoptado por la empresa para prevenir delitos.

Como se acaba de señalar, la dependencia que tenga el encargado de cumplimiento (actúa por delegación) del órgano de administración correspondiente no impide que deba exigirse a la persona jurídica se le conceda autonomía plena en el ejercicio de su labor. Como señala el código español, “poderes autónomos” de iniciativa y de control.

Esto ha de implicar total capacidad para poder realizar actuaciones al margen incluso de intereses que pueda tener la empresa ajenos a lo que sea la eficacia del modelo de organización y gestión adoptado. Capacidad para actuar con criterios propios y deudores únicamente de la correcta ejecución de dicho modelo. Capacidad para poder soportar presiones incluso del propio órgano de dirección. Capacidad para prescindir de toda instrucción que se pueda recibir y que vaya en detrimento de una correcta supervisión.

Para ello es necesario, en primer lugar, garantías laborales que le aseguren una posición reforzada: por ejemplo, con mandatos determinados de duración no susceptibles de reducción temporal, salvo causas de

revocación legítimas, tasadas y reflejadas documentalmente, garantías frente a posibles despidos (no solo improcedentes, sino también objetivos), cobertura jurídica de la propia empresa, en caso de que se necesite, y retribución adecuada. No se trata de comprar al encargado, sino justamente de lo contrario, de dotarle de condiciones que dificulten la posibilidad de un ejercicio venal del cargo.

Es necesario, en segundo lugar, que se dote económicamente de forma adecuada, y al margen del salario profesional que se reciba, a lo que es la institución en sí para garantizar apoyos administrativos, informáticos y operacionales y equipamientos. Siempre en el contexto de las posibilidades de la empresa en la que se presta el servicio. En este sentido, debe ser el propio encargado de cumplimiento quien ponga en conocimiento del órgano del que dependa sus necesidades. Y dicho presupuesto debe estar garantizado por el propio órgano del que se depende.

En tercer lugar, es necesario que se garantice funcionalmente su actuación. Esto es, que se le sitúe dentro de la empresa en una situación que le permita realizar investigaciones, obtener pruebas, verificar controles, etcétera, sin traba alguna, sin necesidad de autorizaciones expresas, sin conflictos competenciales con otras direcciones o jefaturas, con mando directo (para citaciones, etcétera) respecto a todos los profesionales de la entidad. Incluso, para acceder a información reservada al propio órgano directivo máximo y para poder vigilar la actuación de este.

Y todo ello debe estar correctamente documentado, con posibilidad de actualización continua, sea en el propio modelo de gestión adoptado sea en documentos anexos que reglamenten las funciones del responsable de cumplimiento.

Como destaca Dopico, es, por ejemplo, frecuente en Italia que se desestime la exención de responsabilidad (recordemos que en su legislación es administrativa) cuando no consta esta autonomía, difícil de aceptar, dice él, cuando existe dependencia jerárquica de la alta dirección o no se tenga autonomía para solicitar información, obtener documentación, etcétera (Dopico, 2016).

Cuáles sean las decisiones concretas que se tomen al respecto es algo que dependerá del tamaño de la empresa, de su compromiso preventivo, de su cultura de cumplimiento.

En cuanto a sus funciones, lo primero que hay que señalar es que el responsable de cumplimiento no lo controla todo (Bergés, 2016). Y no lo hace, en primer lugar, y sobre todo, porque él no tiene que estar en lo que es la dinámica económica (productiva o de servicios) diaria de la empresa. En segundo lugar, porque no es un responsable de prevención de riesgos. Finalmente, porque, y es algo que no puede olvidarse, va a actuar siempre (a salvo de posibles regulaciones que estandaricen, protocolicen, externalicen y vinculen a organismos oficiales su actuación) por delegación y supeditado a la toma de decisiones ejecutivas del órgano de dirección correspondiente.

Así, es necesario destacar que el órgano de cumplimiento no es quien adopta el modelo de organización y gestión idóneo para prevenir delitos. Lo adopta el órgano de administración o quien asuma la dirección de la empresa (p. ej., socio unipersonal). Que no solo lo adopta, sino que también es quien debe ejecutarlo. En su gestión, el responsable lo que hace es vigilar su correcta ejecución, alertando de riesgos y notificando incumplimientos.

Ahora bien, lo que sí debe exigírsele es que en aras a la correcta prevención de delitos detecte e informe de posibles déficits que hagan ineficaz o deficitario el modelo adoptado. Y que, en tal sentido, realice propuestas de mejora del diseño aprobado por la empresa. Siempre atentas a la evolución legislativa y jurisprudencial en materia penal en un proceso de actualización permanente. Por supuesto, lo que sí será posible es que “participe” en la elaboración del modelo preventivo (bien directamente, bien a través de su contacto con aquellas personas a quienes se haya podido externalizar la redacción del documento de organización y gestión de prevención de delitos) o que incluso redacte el texto que incorpore el modelo, que habrá de someter al órgano con capacidad para adoptarlo.

Aceptado como óptimo el diseño propuesto por la empresa, originario o modificado en base a las propuestas correctoras que sigan a la comunicación de los déficits detectados, sus funciones serán sintéticamente dos (ya De la Mata, Bilbao y Algorta, 2011; también, De la Mata, 2015).

En primer lugar, la de conseguir la mayor difusión del modelo favoreciendo su implementación real. A tal respecto, como luego se explicará, se encargará de darlo a conocer en todos sus ámbitos de aplicación

(no solo en el entorno estrictamente laboral, sino en la relación con proveedores, clientes, inversores, etcétera), de formar —capacitar— a todas las personas a quienes pueda competir (con mayor o menor grado de exigencia en función del mayor o menor riesgo de posible actuación delictiva) y de asesorar (recorremos su competencia jurídico-penal) acerca de cuantas dudas puedan plantearse sobre el contenido del modelo.

Y, en segundo lugar, la de vigilar el seguimiento del modelo, comprobar su cumplimiento y denunciar riesgos o infracciones. Esto es asegurar su eficacia.

Teniendo siempre en cuenta que, al igual que no puede exigírsele a él la adopción del modelo de gestión, tampoco puede exigírsele la adopción de medidas ejecutivas que garanticen dicha eficacia; él no se ocupa de la ejecución de aspectos concretos de cumplimiento porque no tiene (o, mejor, puede no tener) competencias ejecutivas, que en su caso requerirían la compatibilización con otro cargo de responsabilidad ejecutiva (Robles, 2013). Así, cuando la labor de cumplimiento se asigne a un órgano de administración del máximo rango.

Todo ello de un modo suficientemente documentado que permita la trazabilidad de su labor y la comprobación, en su caso, de posibles negligencias en su función que deban conducir a la exigencia de responsabilidad personal, disciplinaria o incluso penal.

Se acaba de señalar que el responsable de cumplimiento no lo controla todo porque, de entrada, no es quien adopta el modelo. Pero es que tampoco es un responsable de prevención de riesgos (ambientales, laborales, estrictamente económicos). Su función preventiva ha de asociarse únicamente a la del buen desarrollo del modelo en lo que concierne a la adopción de medidas idóneas para prevenir delitos y evitar la responsabilidad de la persona jurídica por su comisión. Es en este contexto en el que se alude a la adopción del modelo. Pero el órgano de cumplimiento no es quien tiene que controlar los niveles de emisión contaminante, los metros construidos en relación con la máxima densidad permitida o que el trabajador disponga de un entorno ambiental que garantice una salud laboral adecuada. El órgano de cumplimiento (que no es un experto en química, geografía urbana o medicina preventiva) tendrá que advertir si hay protocolos de actuación que garanticen comportamientos idóneos para evitar responsabilidades penales y ten-

drá que comprobar la información facilitada al efecto. Pero si a él se le dice por quien tenga capacidad y competencia para ello que el nivel de concentración de nitratos, fenoles o fósforo por litro de agua es o no el aceptable, ejecutará correctamente su función, advirtiéndole que si no es así se podrá incurrir en un delito contra la salud o contra el ambiente. Él no tiene que prevenir riesgos, tiene que garantizar que no se lleven a cabo conductas que el modelo entiende no son adecuadas para evitar los mismos, trabajando, eso sí, conjuntamente con quien tenga la responsabilidad del resto de protocolos preventivos de la empresa, que habrán de reportarle a él directamente (al margen de a quien orgánicamente también pueda corresponder hacerlo) las actuaciones que se llevan a cabo en cada ámbito.

Más aún, incluso dentro de sus actuaciones de cumplimiento, sus funciones pueden ser delegables, compartidas, distribuidas, etcétera. Dependerá de la dimensión que haya que dar al órgano en función de la estructura de la empresa a la que sirve. Piénsese a este respecto en grandes multinacionales, plantas con diversa ubicación territorial, etcétera. A este respecto, el órgano de cumplimiento no deja de ser un departamento más dentro de la estructura empresarial adoptada (vinculado, eso sí, a la cúspide) que funcionará como lo hará cualquier otro en grupos complejos.

4. Información, formación y asesoramiento del responsable de cumplimiento

En el desarrollo de estas facetas lo más importante es que se evite actuar solo para cumplir una formalidad, sino garantizando que se informa, se entiende la información recibida, se entiende que hay que actuar conforme a ella y se entienden las consecuencias de no hacerlo. No se trata de conseguir la firma en un libro registro que acredite documentalmente, en caso de ser necesario probatoriamente, que efectivamente existía conocimiento de cómo actuar.

Las funciones de informar y formar solo podrán entenderse satisfactoriamente llevadas a cabo si son reales y para ello habrán de arbitrarse los mecanismos oportunos: cursos de formación, inicial y continua, que requieran una superación que de no producirse conlleve determinadas consecuencias (imposibilidad de contratación, imposibilidad de ascenso, etcétera) o aquello que mejor garantice el cumplimiento material

real del modelo. No puede haber una fórmula única en esta materia.

También aquí de nuevo ha de volverse a destacar, protocolizando todo a través del libro registro que garantizará la veracidad de cuanto se actúe y de cuya veracidad formal y material habrá de ser garante el responsable.

5. Vigilancia, control y denuncia del responsable de cumplimiento

En ese mismo libro deberán quedar registradas las medidas de vigilancia (supervisión o seguimiento), control y denuncia que se vayan adoptando. En este caso con especificación del modo en que se ha ido desarrollando el expediente en cuestión en todo su proceso de incoación, tramitación y resolución definitiva. Y con constancia de las sanciones finalmente propuestas, adoptadas y ejecutadas. Cabe distinguir lo que es la vigilancia, supervisión o seguimiento del funcionamiento del modelo de gestión preventivo de lo que es el control de su cumplimiento, que también tiene que desarrollar.

La idea de supervisión hace referencia, por una parte, a lo que es la comprobación de la actualidad normativa del protocolo (teniendo en cuenta las reformas legislativas que se vayan produciendo con incidencia penal), su adecuación a la actividad empresarial y su vigencia en relación con la distribución de funciones y la estructura orgánica de la persona jurídica. Por otra, a lo que es el modo en que se implementan mecanismos de actuación dentro de cada departamento para un correcto funcionamiento. Debiéndose proponer las modificaciones que se entiendan procedentes para que no pierda vigencia el protocolo y, con ello, efectividad. En tal sentido será requisito ineludible la elaboración de informes periódicos (sería suficiente con que fueran semestrales o incluso anuales) en que se dé cuenta de las mejoras obligadas o necesarias para una mayor prevención y que habrá que transmitir al órgano correspondiente de quien “orgánicamente” se dependa. Informe que habrá de ser detallado y tratar todos los aspectos que exige la supervisión del modelo. Para ello, como antes se señalaba, se le deberá reportar al responsable la información que necesite para poder realizar de modo correcto su trabajo.

Habrá también que velar porque las mejoras de corrección propuestas sean atendidas y llevadas a cabo, en su caso con la dotación económica que proceda. A tal efecto, también habrá aquí que informarse de las medidas adoptadas y ejecutadas.

Las medidas de supervisión han de estar absolutamente ligadas, siendo difícil incluso en ocasiones poder deslindar unas de otras, a lo que es el control de posibles incumplimientos concretos del modelo de prevención adoptado.

Aquí la labor del encargado de cumplimiento, en base a un calendario exhaustivo que, por supuesto, tendrá que irse modificando en función de necesidades concretas y en función de variaciones aleatorias que el propio responsable pueda realizar, ha de abarcar todas aquellas facetas de comprobación a que se refiera el modelo.

Han de examinarse equipos informáticos para comprobar la vigencia legal del *software* utilizado y su utilización conforme a necesidades corporativas, la correcta gestión de subvenciones públicas, el tratamiento de fondos propios, el modo en que se articula la gestión de los medios de pago, los procedimientos adoptados en gestión ambiental, todo cuanto requiera el modelo de cuyo cumplimiento es garante el responsable.

De todo tiene que recibir reporte en este control concreto el responsable, el cual debe ser periódico y cuando lo solicite expresamente, desde todos los departamentos y en relación con todos los posibles delitos en que pueda verse involucrada la persona jurídica, incluyendo la información que provenga de la actuación de otros órganos de prevención, calidad o ética de la empresa o de la contratación para la realización de auditorías u otros servicios externalizados.

La labor de control ha de estar encaminada a la detección del incumplimiento en una actuación libre que cuando se transforme en procedimiento de investigación interno ha de dotarse de todas las garantías que velen por su ajuste a derecho en relación con el respeto de cada situación personal que pueda verse afectada, desde una perspectiva constitucional (Cuenca y Cabecerans, 2015), y en especial la de confidencialidad y la de su correspondiente trazabilidad.

El procedimiento de investigación, como cualquier otro expediente que pueda conducir a la imposición de una sanción, habrá de tener las habituales fases preliminar, de apertura, de realización, de comunica-

ción de resultados con propuesta sancionatoria (Nieto, 2015) y, ya ajena al responsable, de imposición de sanción provisional y definitiva. Y en ellas habrán de irse sucediendo las prácticas de pruebas pertinentes, en su caso con solicitud de adopción de medidas cautelares al órgano directivo correspondiente.

Y, en definitiva, el responsable va a verse implicado en un doble proceso: hacia él y desde él, de modo tal que no solo él se convertirá en *Whistleblower*, sino que permitirá que otros lo sean para con él (García Moreno, 2015; Puyol, 2017).

Así, por una parte, ha de facilitar (tal y como se prevea en el modelo de cumplimiento) la recepción de denuncias a través de los canales habilitados para tal efecto. Ello se puede abordar de diferentes formas, ya que de lo que se trata es de garantizar la optimización de un buena *hotline* o canal de denuncias (Blumemberg y García, 2014). Un canal, incluso habilitado a través de una *web*, que permita la actuación sin temor a represalias, la confidencialidad de lo que se denuncie y también el anonimato del denunciante. Son varios los autores que exigen denuncia mediante escrito firmado. Pero, esto no es eficaz. De lo que se trata es de evitar la denuncia infundada, injuriosa, vengativa y ello se puede lograr arbitrando mecanismos que garanticen la confidencialidad de la información recibida y el máximo respeto a los derechos de la persona acusada de incumplimiento. Pero, no permitir la denuncia anónima puede abocar al fracaso del sistema.

Normativa como la que se recoge en la *Sarbanes-Oxley Act* antes citada es la que ha favorecido, permitiendo el anonimato, que se pueda ahora responder a casos tan importantes como los de los escándalos *Enron*, de 2001, y *WorldCom*, de 2002.

Será la denuncia verosímil, sea cual sea la forma que revista, la que permita, tras los preliminares necesarios, abrir el procedimiento de investigación sobre posibles incumplimientos del modelo o no, lo que exigirá actuación fundamentada y, como siempre, protocolizada con el informe de cierre de lo hasta entonces actuado.

Por otra parte, ha de ser el responsable quien a su vez informe de las denuncias recibidas al órgano correspondiente para que el procedimiento de investigación pueda desarrollarse sin incidencias negativas. Y a los afectados por la misma. En caso, hay que insistir en ello, de que se otorgue credibilidad a la información recibida.

6. Responsabilidad del responsable de cumplimiento

En primer lugar, y en el ámbito estrictamente laboral, el encargado de cumplimiento tendrá la responsabilidad disciplinaria que corresponda en relación con las propias irregularidades en que él pueda incurrir, sea en el ámbito de la obligación de confidencialidad, sea en el de cumplimiento laboral, sea en el de cumplimiento preventivo. Siempre teniendo en cuenta, como antes se señalaba, que su protección habrá de ser privilegiada en cuanto a las causas que permitan su despido o el apartamiento de su función, único modo de garantizar su independencia real.

Al margen de dicha responsabilidad, la principal cuestión es la de definir, si la hay, el alcance de su responsabilidad penal dentro, o de modo paralelo, de la que pueda atribuirse a la propia persona jurídica por la actividad delictiva que pueda llevarse a cabo (Bermejo y Palermo, 2013, De Urbano, 2016, Fernández Teruelo, 2016).

De entrada, hay que señalar que los distintos ordenamientos no acostumbran a prever una responsabilidad omisiva pura, específica, por el incumplimiento de su función (que sí contemplaba, por ejemplo y en el caso español, el artículo 286 del Proyecto de Ley Orgánica de 2013 que sancionaba la mera falta de adopción de medidas de prevención, precepto finalmente no incorporado a la Reforma del Código Penal operada mediante Ley Orgánica 1/2015). Sí se admite tal responsabilidad en distintos ordenamientos en relación con aspectos concretos como, por ejemplo, la omisión delictiva de comunicación de operaciones sospechosas en materia de blanqueo (un ejemplo gráfico es el del propio artículo 5 Decreto nº 1106 de 2012 de Perú, vinculado a la lucha contra el lavado de activos).

La posibilidad de su responsabilidad omisiva, en relación con los delitos de resultado que puedan cometerse en el seno de la persona jurídica o por la propia persona jurídica, habrá que admitirla, pero al igual que la de otros directivos de la persona jurídica. Y es cierto que, como dirá la Fiscalía española,

... su mayor riesgo penal sólo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en re-

lación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación.

La misma podrá conducir a su consideración como coautor, cooperador necesario o cómplice, en función de su contribución y de los criterios que permiten concretar la responsabilidad penal en supuestos de comisión por omisión. Independientemente, por supuesto, de su responsabilidad penal directa por las acciones que él mismo haya podido llevar a cabo.

Siempre, claro está, que se actúe con dolo o imprudencia (en los delitos que la admitan) y que el delito de resultado admita la comisión por omisión (no así en los denominados de medios determinados que requieran un “hacer”).

Cuando la función de cumplimiento se lleve a cabo en un órgano colegiado o, al menos, colectivo, la concreción de responsabilidad habría de seguir criterios similares, siempre dependiendo de cada actuación u omisión individualmente considerada.

Como afirma Silva, el *compliance officer* no deja de ser un “delegado” de vigilancia del empresario (Silva, 2013). Y la afirmación de su responsabilidad en supuestos de omisión, cuando se cometa el delito de resultado por el que se le va a exigir responsabilidad, individual o conjunta con la de la persona jurídica o con otros responsables empresariales, obliga a observar, en primer lugar, que su deber de garantía, al que luego se aludirá, nace de la delegación de funciones que se hace al responsable por parte de los órganos de administración de la empresa (Lascurain, 2014).

Ahora bien, y como antes se explicaba, la empresa no delega la ejecución de una actividad empresarial, lo que delega es el seguimiento y control del cumplimiento del modelo, y a esta delegación, salvo de otras que adicionalmente puedan existir ajenas a lo que es la estricta labor de responsable de cumplimiento, debe limitarse la exigencia de responsabilidad en casos de resultado delictivo. En todos los aspectos que abarque dicha tarea: supervisión del modelo, atención de denuncias, etcétera.

En todo caso, es importante insistir en que la delegación no es simplemente y en principio una transmisión de funciones que elimina la responsabilidad del delegante y afirma la del delegado. Es necesario

comprobar el mandato recibido, observar el modo en que el delegante se preocupa de cómo se lleva a cabo la labor delegada (por ejemplo, exigiendo el reporte semestral o anual del responsable o comprobando la llevanza del libro registro) o comprobar en qué medida se han atendido las propuestas de mejora del modelo, dotación económica o imposición de sanciones realizadas por el responsable. A este respecto es necesario asociar la responsabilidad existente a la estructura organizativa en que el responsable desarrolle sus tareas (Montaner 2015). Y tener en cuenta siempre los parámetros que rigen la exigencia de responsabilidad en cualquier supuesto de delegación.

Afirmada la existencia de delegación con asignación de funciones concretas de cuya realización se hace “responsable” al órgano de cumplimiento, que permitirá exigirle a él (solo o conjuntamente con otros) “responsabilidad” por lo que hace “o no hace” y por lo que se deriva de lo que hace “o no hace”, dicha exigencia requerirá, además, comprobar si es o no garante. Y solo podrá afirmarse que lo es cuando actúe por delegación con deber de garantía de la empresa, esto es, cuando la propia empresa sea garante de que no se produzca un resultado delictivo, deber que se transmite al delegado. Si no actúa con deber de garantía como máximo podrá exigírsele responsabilidad por participar en el delito a través de la infracción de los deberes específicos de control que tiene el responsable (Lascuráin, 2015). En otros términos, su deber de garantía no es originario, sino derivado de las funciones que asume por delegación (Bermejo y Palermo, 2013, Silva, 2013, Bolea, 2015, Gómez Tomillo, 2016), siempre que se haya aceptado el compromiso de control expresa y previamente (Robles, 2013).

Es un referente en derecho comparado la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 17 de julio de 2009 (*BGH 5 StR 394/08*) que, condenando como partícipe en comisión por estafa al jefe del departamento jurídico y auditoría interna de una empresa pública de limpieza, *obiter dicta* se pronuncia afirmando (al margen de lo ocurrido en el concreto supuesto analizado) la posición de garantía de los *compliance officer* (en contra de buena parte de la doctrina alemana, como afirma Bolea, 2015).

Pero, como gráficamente explica Dopico, ni ostenta deber de garante ni no lo ostenta, pues ello dependerá de las concretas funciones encomendadas (Dopico,

2014) y asumidas: en particular, de la efectividad y especificidad de la delegación y de la asunción concreta de poderes con capacidad real para tomar decisiones.

Y, como también expresivamente afirma Gómez Tomillo (Gómez Tomillo, 2016), el responsable no puede convertirse en un “chivo expiatorio” (de “pararrayos” o “cortafuegos” se habla a menudo también) simplemente por el salario que pueda recibir. En otros términos, el nombramiento de un responsable de cumplimiento no compra la exención de responsabilidad ni de la persona jurídica en cuestión ni de sus dirigentes o administradores.

La atribución de responsabilidad por autoría exige con carácter general dominio funcional y social. En este ámbito, su confirmación requerirá la prueba de competencias directas en el supuesto específico delictivo que se investiga y la de su vinculación con el resultado producido. Esto es, su actuación, de haberse producido como normativamente le era exigible en materia de cumplimiento, debería haber podido impedir la producción del resultado delictivo, siendo posible también la asignación de responsabilidad por autoría mediata en supuestos de causación de error (Robles, 2013; Bolea, 2015), aunque ello sea complejo.

Sintéticamente señala Lascuráin que la responsabilidad por autoría es posible tanto cuando se actúe como delegado de un deber de garantía como si únicamente se tienen funciones delegadas de supervisión y detección de riesgos (Lascuráin, 2014).

En otro caso, si su actuación (producida) ha simplemente contribuido de algún modo a la comisión del delito o su actuación (no producida) hubiera supuesto un obstáculo al mismo (Bolea, 2015), por ejemplo, omitiendo la denuncia de un delito todavía no consumado (Lascuráin, 2014) su responsabilidad habrá de serlo a título de partícipe en el delito cuya ejecución depende del dominio de otra persona.

Las omisiones que le pueden hacer responder como ya se ha ido indicando, son la de detección y prevención de delitos, la de recepción y gestión de denuncias, la de propuesta de medidas cautelares suficientes, etcétera. (Dopico 2014). Todas aquellas que impliquen dejación de las funciones que le han sido encomendadas.

Siempre atendiendo cada supuesto concreto y siempre, como insiste en destacar toda la doctrina, en rela-

ción con delitos que se puedan impedir y que todavía no se hayan consumado (a salvo de supuestos de continuidad delictiva). Así, la omisión de denuncia de posibles riesgos e incumplimientos verificables dará lugar a sanción disciplinaria siempre y a sanción penal cuando pueda establecerse una imputación objetiva del resultado producido y se cumplan los criterios de atribución de responsabilidad exigibles en supuestos de comisión por omisión. En cambio, la omisión de denuncia del hecho delictivo ya producido solo dará lugar a la primera de las sanciones, por incumplimiento del mandato normativo que incorpore el modelo, pero no a la sanción penal, salvo que la misma favorezca la comisión de un nuevo hecho delictivo y siempre en relación únicamente a este.

7. Bibliografía

- ABIA GONZÁLEZ, Ricardo y DORADO HERRANZ, Guillermo: *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento —Compliance management system—*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.
- AYALA DE LA TORRE, José María: *Claves prácticas. Compliance*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2016.
- BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos: *Auditoría de sistemas de gestión. 31 bis CP, ISO 19600 e ISO 37001*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.
- BERGÉS ANGÓS, Iker: “El Compliance Officer: la nueva figura de las empresas que lo controla todo”, en *AJA*, 921, 2016.
- BERMEJO GERMÁN, Mateo y PALERMO, Omar: “La intervención delictiva del compliance officer”, en VV.AA.: *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: “La prevención del blanqueo de capitales”, en VV.AA.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- BLUMEMBERG, Axel-Dirk y GARCÍA MORENO, Beatriz: “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, en VV.AA.: *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2014.
- BOLEA BARDÓN, Carolina: “Deberes del administrador y prácticas de kick-back”, en *RECPC*, 17-17, 2015.
- CASANOVAS YSLA, Alain: *Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*. Madrid: Difusión Jurídica, 2013.
- CUENCA MÁRQUEZ, Juan y CABECERANS CABECERANS, Jaume: “El Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones”, en *RAD*, 2, 2015.
- DE LA MATA BARRANCO, Noberto J.: “La exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Protocolos de prevención de delitos”, en VV.AA.: *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2015.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: BILBAO LLORENTE, Martín y ALGORTA BORDA, Mariana: “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, en *La Ley Penal*, 87, 2011.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: “La responsabilidad penal del ‘compliance officer’”, en *RAD*, 4, 2016.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes en la empresa”, en *AJA*, 843, mayo 2012.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: “Posición de garante del Compliance Officer por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica”, en VV.AA.: *Crisis financiera y Derecho penal económico*. Madrid – Buenos Aires: Edisofer, 2014.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en VV.AA., *Memento Práctico Penal*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2016.
- ENSEÑAT DE CARLOS, Sylvia: *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier: “La responsabilidad penal de los dirigentes, representantes de la persona jurídica o de quienes ostenten facultades de organización y control dentro de la misma”, en VV.AA.: *Memento Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Madrid: Francis Lefebvre, 2016.

- FOUREY GONZÁLEZ, Matilde: “Compliance penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, en *AJUM*, 43, 2016.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio: “*Criminal Compliance* y proceso penal: reflexiones iniciales”, en VV.AA.: *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2014.
- GARCÍA MORENO, Beatriz: “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, en VV.AA.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Compliance Penal y Política Legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: “Programas de cumplimiento y política criminal”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena: “La figura del compliance officer. Algunas notas sobre su responsabilidad penal”, en *Diario La Ley*, 8653, noviembre 2015.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: “Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”, en VV.AA.: *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires - Montevideo: BdeF, 2014.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, en VV.AA.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, en VV.AA.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- MAGRO SERVET, Vicente: *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance)*. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, 2017.
- MERCEDES MARTÍN, Víctor: “La responsabilidad penal de los administradores y del “compliance officer” en la última reforma del Código Penal”, en *AJA*, 910, 2015.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: “La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales”, en VV.AA.: *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: “El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, en *EPC*, XXXV, 2015.
- MORÓN LERMA, Esther: “El ‘Compliance Officer’: régimen y responsabilidad”, en VV.AA.: *Cuadernos de derecho para ingenieros*, 14, 2012.
- NIETO MARTÍN, Adán: “La institucionalización del sistema de cumplimiento”, en VV.AA.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- NIETO MARTÍN, Adán: “Investigaciones internas”, en VV.AA.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- NIETO MARTÍN, Adán y LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: “Urgente: dos órganos de cumplimiento en las empresas”, en VV.AA.: www.almacedederecho.org, 2016.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio: “La función de los Compliance Programs en la responsabilidad penal-económica de la empresa”, en *REDUR*, 13, diciembre 2015.
- PLEÉ, Raúl Omar: “El oficial de cumplimiento. ¿Una actividad riesgosa? Apuntes sobre los límites del Derecho Administrativo Sancionador”, en *RDPC*, 1, 2014.
- PRITZWITZ, Cornelius: “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers”, en VV.AA.: *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- PUYOL MONTERO, Javier: *Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- PUYOL MONTERO, Javier: *Funcionamiento práctico del canal de compliance “whistleblowing”*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: “El responsable de cumplimiento (Compliance Officer) ante el Derecho Penal”, en VV.AA.: *Criminalidad de empresa*

y *compliance*. *Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

ROCÍO FERNÁNDEZ DÍAZ, Carmen y CHANJÁN DOCUMET, Rafael Hernando: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú”, en *Revista de la Facultad de Derecho-Derecho PUCP*, n° 77.

SÁIZ PEÑA, Carlos Alberto: *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a: “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, en VV.AA.: *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ZÁRATE GÓMEZ, César: “¿Compliance Officer o Comité de Compliance? ¿Externalización de funciones?”, en *AJA*, 921, 2016.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal

