

# Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal. Una misión imposible\*

## Compliance programmes versus criminal law principles. An impossible mission

Virxilio Rodríguez Vázquez  
Universidad de Vigo  
ORCID ID 0000-0002-0240-2631  
[virxilio@uvigo.gal](mailto:virxilio@uvigo.gal)

Natalia Torres Cadavid  
Universidad de Vigo  
ORCID ID 0000-0003-0882-6723  
[nataliatorres@uvigo.gal](mailto:nataliatorres@uvigo.gal)

Cita recomendada:

Rodríguez Vázquez, V. y Torres Cadavid, N. (2023). Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal. Una misión imposible. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 358-366

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7676>

Recibido / received: 16/01/2023  
Aceptado / accepted: 10/03/2023

### Resumen

En este trabajo se exponen las razones para pensar que los programas de cumplimiento suponen una quiebra de algunos de los principios orientadores del *ius puniendi*. Paradójicamente, esta quiebra no va en el sentido de permitir desbordar el *ius puniendi*, sino en el sentido de deslegitimar la acción punitiva del Estado. Primero, los programas de cumplimiento suponen una quiebra del principio de legalidad, tanto si se defiende un modelo de autorresponsabilidad como de heterorresponsabilidad de las personas jurídicas. Segundo, ponen en entredicho el principio de eficacia de la norma penal, en tanto en cuanto las posibilidades de su aplicación quedan condicionadas a la autogestión reguladora de los

\* El presente trabajo se inscribe en el proyecto de investigación «La progresiva relajación de garantías penales en la elaboración del sistema y en diversos sectores. Vindicación del refuerzo de los límites al *ius puniendi*» (MINECO, PID2019-108567RB-C21), del que son investigadores principales el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo y la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales, de cuyo equipo investigador formo parte, así como del proyecto de investigación «Revisión de cuestiones polémicas en la ciencia penal a comienzos del siglo XXI (MINECO, RTI2018-101401-B-I00)», del que son investigadores principales el Prof. Dr. Diego Manuel Luzón Peña y la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas.

destinatarios de aquélla. Tercero, la utilización de los programas de cumplimiento como elemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas supone eludir el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, particularmente así desde un modelo de autorresponsabilidad.

### Palabras clave

Programas de cumplimiento, personas jurídicas, legalidad, eficacia, lesividad.

### Abstract

*This paper presents the reasons for thinking that compliance programs break some of the guiding principles of ius puniendi. Paradoxically, this bankruptcy does not go in the sense of allowing the ius puniendi to overflow, but in the sense of delegitimizing the punitive action of the State. First, compliance programs violate the principle of legality, whether a model of self-responsibility or hetero-responsibility of legal persons is defended. Second, they call into question the principle of effectiveness of the penal norm, in as much as the possibilities of its application are conditioned to the regulatory self-management of the recipients of the former. Third, the use of compliance programs as an element of the criminal liability of legal persons means avoiding the principle of harmfulness or exclusive protection of legal assets, particularly from a self-responsibility model.*

### Keywords

*Compliance programs, corporates, legality, effectiveness, harmfulness.*

SUMARIO. 1. Los programas de cumplimiento en el Código Penal. 2. Fuentes y contenido de los programas de cumplimiento. 3. La naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento: una confusión que debilita el sistema penal. 4. Eficacia jurídico-penal de los programas de cumplimiento. 5. Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal. 6. Conclusiones.

## 1. Los programas de cumplimiento en el Código Penal

En España, la exigencia de responsabilidad penal a personas jurídicas es muy reciente, pues se introduce como tal en el Código Penal (CP) en el año 2010, siendo reformada en el 2012 y nuevamente en el año 2015, a través de los arts. 31 bis y ss del CP.

Junto a esta exigencia de responsabilidad, el legislador penal introduce una cláusula de exención de dicha responsabilidad cuando la persona jurídica cuente con un programa de cumplimiento, entendido como un programa de prevención del delito.

Lo primero que hay que señalar es que el CP denomina a los programas de cumplimiento «modelos de organización y gestión» (art. 31 bis 2. CP), adoptando, por lo tanto, una nomenclatura distinta a la dominante en la materia. Sobre su contenido, el propio art. 31 bis 2. CP señala que estos modelos deben incluir «las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos (...) o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión». Como se puede ver, se trata de una definición vaga e imprecisa, con conceptos jurídicos indeterminados y abiertos. No obstante, en el art. 31 bis 5. CP se contienen los requisitos que deberán cumplir estos modelos. Son un total de seis requisitos que, aunque se refieren a las líneas maestras que han de estar presentes en el programa de cumplimiento, no dejan de ser extraordinariamente amplias y genéricas. Algunos autores llaman la atención sobre las semejanzas que en el Derecho comparado presenta el contenido exigido legalmente para estos programas. Este hecho parece revelar, por una parte, que

derivan de una misma fuente y responden a un mismo interés, y, por otra, vinculada a la anterior, una tendencia a la uniformización (Neira, 2016, p. 475; Fernández Díaz y Chanjan Documet, 2016, p. 349; Aguilera Gordillo, 2018, p. 342; Gómez-Jara Díez, 2019, p. 310).

## 2. Fuentes y contenido de los programas de cumplimiento

Lo anterior trae su causa y a la vez tiene como consecuencia en los procesos de estandarización de los programas de cumplimiento ideados, elaborados y desarrollados por organismos o entes privados. Entre ellos, podemos citar, en primer lugar, dada su relevancia, la llamada norma ISO 19600:2014. Se trata de un estándar que proporciona una guía para establecer, evaluar, mantener y desarrollar un eficaz programa de cumplimiento dentro de la organización. Este estándar fue elaborado y aprobado en el año 2014 por ISO, que se «autodefine» como una organización no gubernamental internacional e independiente formada por miembros procedentes de 164 organismos nacionales de estandarización.

En España, se debe citar la norma UNE 19601:2017, relativa a los sistemas de gestión del cumplimiento y gestión anticorrupción, elaborada y publicada en el año 2017 por Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), creada en el año 1986. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en el año 2017, AENOR se convierte en una empresa cuyo objeto social es la certificación, verificación, validación, inspección y ensayos de programas, integrándose dentro de Una Norma Española (UNE), que se mantiene como la Asociación Española de Normalización. Desde entonces, UNE se autodefine como una entidad privada, multisectorial y sin fines lucrativos, designada por el Gobierno de España como organismo nacional de normalización, estando integrada por empresas o asociaciones empresariales. UNE se integra en ISO y la norma sobre *compliance* elaborada por la asociación española reproduce la elaborada por la organización internacional.

Recientemente se ha aprobado por estos organismos la norma ISO 37301:2021, de «Sistemas de gestión de *compliance*. Requisitos con orientación para su uso».

## 3. La naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento: una confusión que debilita el sistema penal

Determinar la naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento no es tarea fácil. En buena medida, dicha naturaleza viene marcada por el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que sea asumido. Al respecto, se han venido defendiendo dos posturas opuestas. Por una parte, un modelo de autorresponsabilidad y, por otra, un modelo de heterorresponsabilidad.

Para ello, conviene, en primer lugar, acudir a la interpretación que el Tribunal Supremo (TS) hace del art. 31 bis CP. A pesar de que el Alto Tribunal intenta rebajar la importancia del debate y toma de decisión sobre el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas contenido en el CP, lo cierto es que finalmente se decanta por interpretarlo como un modelo de autorresponsabilidad<sup>1</sup>. El TS se basa en un silogismo del siguiente tenor. La primera premisa es que en el Ordenamiento jurídicopenal español, toda pena se impone a un sujeto en un proceso penal como consecuencia de que la acusación haya probado la comisión de un delito por parte del sujeto en cuestión. Simplificadamente, no hay responsabilidad penal sin delito

<sup>1</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo; STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel Marchena Gómez) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto.

precedente. La segunda premisa es que las consecuencias jurídicas contempladas en el art. 33.7 CP para las personas jurídicas son penas<sup>2</sup>. La conclusión lógica que se infiere de ambas premisas es que, para imponer una pena a una persona jurídica, necesariamente se ha de probar en un proceso penal por parte de la acusación que aquélla ha «cometido» un delito<sup>3</sup>. Una vez llegado a este punto, el TS tiene que concretar el delito que ha de cometer la persona jurídica, pues su responsabilidad penal no puede deducirse del delito cometido por otro, sino que debe serlo por hecho propio. No habiendo un catálogo de delitos que puedan ser cometidos por la persona jurídica, el TS concluye que existe un delito específico y diferenciado por el que se puede exigir responsabilidad directa y personal a las personas jurídicas. Se trata de un «delito corporativo»<sup>4</sup>. El TS lo describe como un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, propiciatorio de la comisión de un delito (éste ya catalogado) realizado por alguna de las personas físicas referidas en el art. 31 bis CP<sup>5</sup>. Desde este punto de vista, la ausencia de los programas de cumplimiento presentaría la naturaleza de un elemento típico, concretamente de la parte objetiva del tipo, o, dicho de otra forma, los programas de cumplimiento tendrían la naturaleza de causa de exclusión de la tipicidad<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> La STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel Marchena Gómez) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto, señala «la imposición de penas a las personas jurídicas como la multa, la disolución y pérdida definitiva de su personalidad jurídica, la suspensión, la clausura de sus locales y establecimientos, la inhabilitación y, en fin, la intervención judicial (art. 33.7 del CP), exige del Fiscal, como representante del ius puniendi del Estado, el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física».

<sup>3</sup> STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo, «y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que ... la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 ter 1 CP) y, por supuestos, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP). El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida. De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión». En el mismo sentido, STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel Marchena Gómez) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto, «la Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal».

<sup>4</sup> STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel Marchena Gómez) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto, utiliza esta denominación de la siguiente manera, «desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo».

<sup>5</sup> Véase, STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel Marchena Gómez) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto.

<sup>6</sup> Así, la STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo, señala «y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar,

Otra postura, sostenida por magistrados del TS que así la manifestaron en el voto particular en la STS 29 de febrero de 2016, señalan que la (in)existencia de estas medidas de control, no se puede calificar como «el núcleo de la tipicidad» o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art. 31 bis 1.º CP, sino que su presencia operará (en un segundo momento) como circunstancia eximente, excluyente de la culpabilidad<sup>7</sup>.

Una opinión contraria es la que sostiene la Fiscal General del Estado (FGE), que defiende un modelo de heterorresponsabilidad de las personas jurídicas<sup>8</sup>. Desde este punto de vista, la persona jurídica no comete por sí misma delito alguno, sino que el delito es cometido por la persona física que actúa en su nombre o por cuenta de aquélla, en su provecho, o en el seno de aquélla, y bajo determinadas circunstancias le transfiere dicha responsabilidad penal<sup>9</sup>. Considera así que se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica<sup>10</sup>. Partiendo de aquí, la FGE deshecha la posibilidad interpretativa de entender los programas de cumplimiento como elementos integradores del tipo penal, pues la ausencia de aquellos o la ausencia de una cultura de cumplimiento, la defectuosa organización propiciatoria de la comisión de un delito por una persona física, no constituyen delito alguno<sup>11</sup>. Para la FGE, los programas de cumplimiento y su correcta implementación en la persona jurídica presentan la naturaleza de causa de exclusión personal de la punibilidad<sup>12</sup>.

---

en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física».

<sup>7</sup> Así, STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Voto particular, Fundamento Quinto.

<sup>8</sup> La FGE, Circular 1/2011, de 1 de junio, p. 12, señala que «el legislador español dibuja un sistema de heterorresponsabilidad penal o responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere».

<sup>9</sup> Así, la FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, p. 4, «el art. 31 bis no dice que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas “serán penalmente responsables de los delitos cometidos” por personas físicas. (...) Del mismo modo, la expresión “responsabilidad penal” es utilizada en sentido amplio, atribuyéndola a la persona jurídica en virtud de un hecho de conexión consistente en el previo delito cometido por la persona física en su nombre o por cuenta de ella. Es en este estadio donde deberá acreditarse la comisión de la infracción penal, individualizando una acción típica y antijurídica de la persona física para verificar después que se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica. Conforme a este modelo, hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto persona jurídica que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros».

<sup>10</sup> La FGE, Circular 1/2011, de 1 de junio, pp. 13, 15, considera que «ciertamente late en el precepto [scil. Art. 31 bis CP] la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos»; «a tenor de lo expuesto, el modelo vicarial diseñado por el legislador español parece difícilmente objetable desde el punto de vista constitucional»; la FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, p. 3, mantiene su interpretación al señalar «pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica».

<sup>11</sup> Véase, FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, p. 28.

<sup>12</sup> La FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, p. 28 se muestra inequívoca al afirmar que «la construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrentes en el momento en el

#### 4. Eficacia jurídico-penal de los programas de cumplimiento

Esta dinámica tendente a derivar en poderes distintos al legislativo y ejecutivo la facultad de dictar normas con una eficacia penal cuasi absoluta, se ve reforzada por los propios tribunales cuando desde los órganos jurisdiccionales se les otorga carta de naturaleza jurídicopenal a dichos estándares. Ciertamente es que el Alto Tribunal introduce matices para evitar concluir que los programas de cumplimiento por sí mismos puedan exonerar de toda responsabilidad penal, pero como acabamos de señalar les otorga un elevadísimo valor. Este valor se ve reforzado cuando, en coherencia con la concepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sostenida (un modelo de autorresponsabilidad), el TS atribuye la carga de la prueba de la ausencia de tales programas o de su ineficacia o inadecuación, a la acusación<sup>13</sup>. Desde la postura que los considera un elemento integrador de la culpabilidad, se atribuye la carga de la prueba –de la concurrencia de aquellos, por tanto, con valor exonerante– como exigente que es, a la defensa de la persona jurídica<sup>14</sup>. Pero para lo que aquí importa, se le otorga también un valor preponderante en la determinación de la responsabilidad penal<sup>15</sup>.

La FGE entiende que los programas de cumplimiento tienen naturaleza de excusas absolutorias, como causas personales de exclusión de la punibilidad. En consecuencia, entiende que corresponde a la persona jurídica probar que cuenta con un programa de cumplimiento adecuado para verse exonerada de responsabilidad penal<sup>16</sup>. En todo caso, y una vez más, la FGE pone de relieve el importante papel que

---

que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 *quater*. De este modo, atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31 bis 1.º». Véase también p. 33.

<sup>13</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo.

<sup>14</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Voto particular, Fundamento Quinto, «B) la conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad social constituye indudablemente uno de los motivos relevantes que justifican la decisión del Legislador de establecer en nuestro ordenamiento su responsabilidad penal. Pero la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro Derecho positivo como presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2º y 4º del art. 31 bis. C) La aplicación de estas causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe realizarse conforme a las reglas probatorias ordinarias consolidadas en nuestra doctrina jurisprudencial para la apreciación con carácter general de las circunstancias eximentes o atenuantes».

<sup>15</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Voto particular, Fundamento Segundo y ss.

<sup>16</sup> FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, pp. 28 s., señala que «partiendo de que el art. 31 bis establece un sistema de responsabilidad indirecta o vicarial conforme al cual el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno, y no en un hecho propio, la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. Ello comporta que con el delito de la persona física nace también el delito de la persona jurídica la cual, no obstante, quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión. La construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrente en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad (...). De este modo, atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones

los programas de cumplimiento juegan en la determinación de la responsabilidad penal, en la línea defendida por el TS, a pesar de advertir del peligro de que dichos programas se adopten por la empresa como una suerte de «salvoconducto» penal<sup>17</sup>.

Esta corriente de pensamiento se ve reforzada por el pronunciamiento de la magistratura del TS no sólo en Sala, sino también a través de otros medios. Así, algún Magistrado ha recomendado acudir a una prueba pericial de un experto en *compliance* que acredite la corrección de los programas de cumplimiento adoptados para postular el archivo de las diligencias en la fase previa de investigación. Y si ello no prospera aportarlo como prueba pericial en el escrito de defensa como prueba propuesta de cara al desarrollo del juicio oral (Magro Servet, 2019, p. 2).

En relación con la prueba sobre la eficacia e idoneidad del programa de cumplimiento implantado en la empresa, se ha señalado el enorme valor que en sede judicial tendrán las certificaciones emitidas por las organizaciones ISO y UNE, añadiendo que esta prueba documental debería verse complementada por una prueba pericial, para la que propone la creación de un cuerpo de titulados con formación específica en los programas de cumplimiento, a disposición de las partes y del Juez.

## 5. Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal

Los programas de cumplimiento, como máxima manifestación de la introducción del *soft law* en el campo del Derecho penal, suponen una quiebra de algunos de los principios orientadores del *ius puniendi*. Paradójicamente, esta quiebra no va en el sentido de permitir desbordar el derecho punitivo del Estado, que es para lo que fueron creados y la razón de ser de aquéllos, sino en el sentido de deslegitimar la acción punitiva del Estado (Busato, 2017, p. 350; González Cussac, 2018, p. 98).

En primer lugar, los programas de cumplimiento, tal y como se recogen en los arts. 31 bis ss. CP, suponen una quiebra del principio de legalidad. Tal y como vimos, los programas de cumplimiento (con más precisión, su ausencia) configuran el núcleo de la tipicidad, siendo elaborados por las propias empresas y, en su caso, certificados por entidades privadas, al margen de los poderes normativos del Estado. Desde luego, conforme a los arts. 9.3, 25.1 CE, así como a los arts. 1, 2, 4 y 10 CP, estos programas nunca podrían ser considerados fuentes del Derecho para crear o agravar la responsabilidad penal. Pero tampoco parece adecuado entender que dichos programas puedan ser considerados como causas de exclusión de la tipicidad o de la culpabilidad, pues no hay base formal ni material para ello. Aunque la mayoría de las eximentes y atenuantes están recogidas en la propia ley penal, todas las demás fuentes del Derecho pueden operar, aunque con eficacia bastante más limitada, como fuentes para excluir o atenuar la responsabilidad penal. Ahora bien, esta eficacia exonerante está limitada a las fuentes del Derecho, que conforme al art. 1 CC son la ley, la costumbre, los principios generales del Derecho, los tratados internacionales suscritos por España y la jurisprudencia. Pues bien, los programas de cumplimiento no se integran en ninguna de estas fuentes jurídicas.

---

y requisitos legales y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31 bis 1.º».

<sup>17</sup> Hasta tal punto que la FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, p. 64, da la siguiente instrucción: «Los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo».

En segundo lugar, ponen en entredicho el principio de eficacia de la norma penal, en tanto en cuanto las posibilidades de su aplicación quedan condicionadas a la autogestión reguladora de los destinatarios de aquélla. Desde el momento en que es el propio agente privado, el ente empresarial, el que define el sistema de control, las reglas de actuación del oficial de cumplimiento y los mecanismos internos de denuncia, parece que se está poniendo tierra de por medio a la posibilidad de que el Derecho penal, a través de la pena, pueda desempeñar en el marco empresarial un papel verdaderamente preventivo. Se le otorga a la empresa un poder para, a través de los programas de cumplimiento, modular la infracción penal y, en su caso, la respuesta penal, debilitando la eficacia misma de la norma penal (Busato, 2017, p. 3; De Luca, 2017, p. 333).

En tercer lugar, la utilización de los programas de cumplimiento como elemento pivotante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas supone eludir el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos. Esto es particularmente así desde la posición defendida por el TS, al considerar que el CP consagra un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica, siendo necesario, por tanto, la comisión de lo que da en llamar un «delito corporativo». Este delito consiste en un defecto de organización, que a la postre es lo que ha hecho posible la comisión de un delito por parte de la persona física. Pues bien, como se puede observar, la exigencia de responsabilidad penal de la persona jurídica no deriva de un hecho que lesione bien jurídico alguno sino de la simple inobservancia de una norma, la que rige o debiera regir la correcta y no defectuosa organización empresarial. Su infracción implica responsabilidad penal de la persona jurídica, y viceversa, su observancia conlleva la exoneración de responsabilidad penal. Existe aquí una clara influencia de postulados funcionalistas en términos de tratar de preservar y proteger el sistema, sin necesidad de constatar lesión de bien jurídico alguno (al menos por parte de la persona jurídica e, insisto, de acuerdo con este modelo) (Busato, 2017, p. 9; Aguilera Gordillo, 2018, p. 31; De Luca, 2017, p. 330).

## 6. Conclusiones

De todo lo expuesto anteriormente se pueden extraer las siguientes conclusiones.

Los programas de cumplimiento confrontan algunos de los principios clásicos del Derecho penal. La utilización de los programas de cumplimiento como elemento pivotante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas supone eludir el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos.

Suponen una quiebra del principio de legalidad y del sistema de fuentes que rige en Derecho penal.

Ponen en entredicho el principio de eficacia de la norma penal, en tanto en cuanto las posibilidades de su aplicación quedan condicionadas a la autogestión reguladora de los destinatarios de aquélla.

Los programas de cumplimiento son un ejemplo de la tendencia creciente a que las normas jurídicas, incluso las que delimitan el injusto penal, sean creadas en y desde foros absolutamente alejados de los poderes públicos, en definitiva, del Estado y de los Poderes estatales legitimados para ello.

Los programas de cumplimiento no debieran estar contenidos en el CP y tampoco debería otorgársele carta de naturaleza jurídicopenal. Su interés, de tenerlo, debería plantearse en otras ramas del ordenamiento jurídico.

De todo lo expuesto anteriormente se puede decir que los esfuerzos realizados por la jurisprudencia, la FGE, y por la doctrina para tratar de arrojar luz sobre la naturaleza que presentan los programas de cumplimiento no son para nada desdeñables y, al igual que ocurre con los trabajos académicos destinados a tratar de buscar explicaciones sobre la propia rppj coherentes con la teoría del delito, suponen un desarrollo doctrinal enorme. Se llevan al límite distintas categorías de la teoría del delito, y esto da cuenta de cuál es el rendimiento o cuál puede llegar a ser el rendimiento de muchas de ellas. Ahora bien, en nuestra opinión, los programas de cumplimiento no deberían estar integrados en el CP, ni contemplarse como elementos con naturaleza jurídicopenal o que pudiesen jugar un rol (más o menos importante, ni tan siquiera indiciario) en el proceso de determinación de la responsabilidad penal.

## Bibliografía

- Aguilera Gordillo, R. (2018). *Compliance Penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el Compliance Program* [Tesis doctoral, Universidad de Córdoba]. DDCPP-Tesis. <http://hdl.handle.net/10396/16714>
- Busato, C. (2017). Lo que no se dice sobre el criminal compliance (resumen). *Foro FICP*, (1), 349-351. <https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/09/Foro-FICP-2017-1.pdf>
- De Luca, J. A. (2017). Del Derecho penal limitador al Derecho penal legitimador de la punición. El ejemplo del llamado Derecho penal económico y empresarial. *Foro FICP*, (1), 325-351. <https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/09/Foro-FICP-2017-1.pdf>
- Fernández Díaz, C. R. y Chanjan Documet, R. H. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. *Derecho PUCP*, 77, 349-379. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.014>
- Gómez-Jara Díez, C. (2019). Cultura de cumplimiento de la legalidad y su plasmación en los estándares nacionales e internacionales de *compliance*. En J. L. GÓMEZ Colomer (Dir.) y C. M. Madrid Boquín (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (299-315). Tirant lo Blanch.
- González Cussac, J. L. (2018). El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En A. Matallín Evangelio (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción* (91-112). Tirant lo Blanch.
- Magro Servet, V. (2019). Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas. *Diario La Ley*, (9337), 1-7. <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2019/01/15/viabilidad-de-la-pericial-de-compliance-para-validar-la-suficiencia-del-programa-de-cumplimiento-normativo-por-las-personas-juridicas>
- Neira, A. M. (2016). La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal. *Política Criminal*, 11 (22), 467-520. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200005>