



UNIVERSITAT DE BARCELONA

La responsabilidad penal del *compliance officer*

Alejandro Turienzo Fernández

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Penal y Ciencias Penales

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL
*COMPLIANCE OFFICER***

Codirector: Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez

Codirector: Prof. Dr. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Tutora: Prof. Dra. Silvia Fernández Bautista

ALEJANDRO TURIENZO FERNÁNDEZ

BARCELONA, 2020

RESUMEN

La seria preocupación que asalta a quienes durante estos últimos años se han incorporado a sus respectivas organizaciones en calidad de *compliance officers*, a saber, el riesgo de acabar en prisión por ejercer indebidamente su trabajo de una forma tal como para permitir la comisión de delitos en la empresa, es el *leitmotiv* que ha dado lugar a la presente investigación. Su objeto no es otro que el de esclarecer sobre qué fundamento, cuándo y en qué medida responde criminalmente por omisión el *compliance officer* frente a la realización en la empresa de hechos antijurídicos por terceros autorresponsables, empleando, para ello, un análisis atento a las distintas formas de configurar esta función. Como la posición jurídica del *compliance officer* es derivada de la del órgano de administración, dada su condición de responsable originario de garantizar la inocuidad de la actividad empresarial desarrollada, se someten a examen las distintas condiciones de las que depende que la delegación de competencias operada devenga válida jurídicamente y los efectos que de ésta se derivan. A partir de aquí, se definen los presupuestos típicos de una eventual responsabilidad en comisión por omisión, prestando especial atención a su principal: encontrarse en una posición de garante. Fijadas las bases de la responsabilidad penal comisiva omisiva del *compliance officer*, se procede a analizar en mayor detalle un amplio abanico de casos de probable acaecimiento en la *praxis* ubicados en las distintas etapas del proceso de trabajo de este profesional a fin de poder demarcar con corrección su grado de responsabilidad penal.

RESUM

La seriosa preocupació que assalta als qui durant aquests darrers anys s'han incorporat a les seves respectives organitzacions com *compliance officers*, a saber, el risc d'acabar en presó per exercir indegudament el seu treball d'una forma tal com per a permetre la comissió de delictes en l'empresa, és el *leitmotiv* que ha donat lloc a la present recerca. L'objectiu no és un altre que el d'esclarir sobre quin fonament, quan i en quina mesura respon criminalment per omissió el *compliance officer* enfront de la realització en l'empresa de fets antijurídics per tercers autorresponsables, emprant, per a això, una anàlisi atenta a les diferents formes de configurar aquesta funció. Ja que la posició

jurídica del *compliance officer* és derivada de la de l'òrgan d'administració, donada la seva condició de responsable originari de garantir la innocuïtat de l'activitat empresarial, se sotmeten a examen les diferents condicions de les quals depèn que la delegació de competències operada esdevingui vàlida jurídicament i els efectes que d'aquesta es deriven. A partir d'aquí, es defineixen els pressupostos típics d'una eventual responsabilitat en comissió per omissió, prestant especial atenció al seu requisit principal: trobar-se en una posició de garant. Fixades les bases de la responsabilitat per omissió del *compliance officer*, s'analitzen en major detall un ampli ventall de casos de probable esdeveniment en la *praxis* situats en les diferents etapes del procés de treball d'aquest professional a fi de poder demarcar amb correcció el seu grau de responsabilitat penal.

ABSTRACT

The serious concern of those who have joined their organisations as compliance officers in recent years, namely the risk of ending up in prison for improperly carrying out their work in a way such that it allows crimes to be committed within the company, is the leitmotif that has given rise to this dissertation. Its purpose is to clarify on which grounds, when and to what extent the compliance officer is criminally liable for omission before the commission of unlawful behaviours by self-responsible individuals within the scope of the corporation. To this end we take into the account in our analysis the various ways in which this function could be set up. As the compliance officer's legal position stems from that of the board of directors, given its condition of original responsible for guaranteeing the innocuousness of business activity, the different conditions on which the delegation of powers deployed becomes legally valid and the effects deriving from it are reviewed. Additionally, the grounds for a liability for omission are defined, paying special attention to the most important: the existence of a position of guarantor. Once those grounds for criminal liability have been developed, a wide range of cases located in the different stages of the CO's working process are also analysed in detail in order to correctly demarcate his/her degree of criminal liability.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	15

CAPÍTULO I

LA FIGURA DEL *COMPLIANCE OFFICER*

1. Orígenes del <i>compliance officer</i>	23
1.1. Estados Unidos	23
1.2. Precedentes internacionales	27
1.3. Europa	29
1.4. España	30
2. Descripción genérica de las funciones del <i>compliance officer</i>	32
3. Principios rectores que guían la labor del <i>compliance officer</i>	33
3.1. Principio de independencia	33
3.2. Principio de neutralidad	35
3.3. Principio de autonomía	35
3.4. Principio de integridad	36
4. Una confusión frecuente: <i>compliance officer</i> y <i>Organismo di Vigilanza</i>	37

CAPÍTULO II

EL FENÓMENO DE LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS EN EL *COMPLIANCE*

1. <i>Stakeholders</i> , <i>stockholders</i> y deberes fiduciarios de los administradores	47
2. La responsabilidad del órgano de administración en el marco del cumplimiento normativo	49
3. El establecimiento de un CMS en la empresa	52
4. El mecanismo de la delegación de competencias empleado por el órgano de administración en el ámbito del cumplimiento normativo	56
5. Requisitos de una delegación de competencias válida	59
5.1. Indelegabilidad de determinadas funciones	60
5.2. Delegación en persona idónea y capaz	68
5.3. Dotación de la autonomía necesaria	74
5.4. Una exigencia innecesaria: la formalización de la delegación	78
6. Efectos de la delegación de competencias	79
7. Supuestos específicos de delegación de competencias en otras formas de configuración de la función de cumplimiento	85
7.1. La externalización total o parcial de la función de cumplimiento	85
7.2. La delegación en el órgano colegiado de cumplimiento: ¿un ejemplo de “delegación en cadena”?	89
8. El <i>compliance officer</i> como encargado de la ejecución de una función	91

CAPÍTULO III

PRESUPUESTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN DEL *COMPLIANCE OFFICER*

1. Introducción	97
2. La posición de garante: visión general	100
3. La posición de garante del <i>compliance officer</i>	109
3.1. Fuentes de la posición de garante del <i>compliance officer</i>	109
3.1.1. La legislación sectorial	109
3.1.2. La asunción contractual de competencias	112
3.1.3. La injerencia	119
3.2. Clase de posición de garante ocupada por el <i>compliance officer</i>	123
3.2.1. El <i>compliance officer</i> como garante de protección	123
a. La protección de los bienes jurídicos colectivos y/o de los bienes jurídicos individuales de terceras partes	123
b. La protección de la integridad de la empresa	128
3.2.2. El <i>compliance officer</i> como garante de supervisión	133
a. Una porción de garantía compartida entre el <i>compliance officer</i> sin competencias ejecutivas y el <i>compliance officer</i> que sí las tiene: la supervisión del sistema de gestión de cumplimiento	133
b. El <i>compliance officer</i> sin competencias ejecutivas como garante de la información en cumplimiento normativo	137
b.1. El fenómeno de la fragmentación de la información en los modelos de gestión empresarial descentralizada	137
b.2. La traslación al <i>compliance officer</i> sin competencias ejecutivas de la posición de garante de la información en cumplimiento normativo	140
c. El <i>compliance officer</i> con competencias ejecutivas como garante de supervisión de los cursos de riesgo lesivos	154
3.2.3. ¿Posición de garante en virtud de una competencia institucional? A propósito de la autorregulación regulada.....	155
3.3. Excurso: <i>gatekeepers</i> y <i>compliance officers</i>	164
3.3.1. Concepto de <i>gatekeeper</i>	164
3.3.2. ¿Ocupa el <i>compliance officer</i> una posición de <i>gatekeeper</i> ?.....	167
4. Autoría y participación por omisión	170
4.1. Breve aproximación al fundamento del castigo del partícipe.....	170
4.1.1. Las teorías de la corrupción.....	170
4.1.2. Las teorías sobre la contribución a la lesión del bien jurídico.....	171
4.2. Exposición general y análisis crítico de las principales propuestas de delimitación entre la autoría y la participación por omisión	175
4.2.1. La teoría de los delitos de infracción de deber	175
4.2.2. La teoría del dominio del hecho	177
4.2.3. La teoría diferenciadora en función de la clase de posición de garante encarnada	179
4.3. Toma de postura acerca de la delimitación entre la autoría y la participación por omisión	181
4.3.1. El criterio de la equivalencia axiológica y estructural como clave de bóveda en la delimitación de la autoría y la participación omisivas.....	181

4.3.2. La participación omisiva como título de responsabilidad penal apreciable frente a eventuales restricciones legales radicadas en sede de autoría por omisión	184
a. Los delitos de mera actividad	184
b. Los delitos especiales	186
4.4. La delimitación entre la complicidad y la cooperación necesaria	187
5. La situación típica.....	193
6. Falta de adopción de la acción debida y capacidad de realizarla	195
7. Producción del resultado lesivo	200
8. Imputación jurídica del resultado lesivo: la causalidad hipotética	200
9. Dolo e imprudencia	205
9.1. Comisión por omisión dolosa	205
9.2. Comisión por omisión imprudente	207
9.2.1. La distinción entre el deber objetivo de cuidado y la regla técnica.....	208
9.2.2. La interrelación entre los deberes de garante y los deberes de cuidado	210
9.2.3. La estructura de la comisión omisiva imprudente	217
9.2.4. La punición excepcional de la autoría imprudente	218
9.2.5. La problemática de la participación imprudente	221
a. La adopción por el ordenamiento jurídico español de un concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes	221
b. La impunidad de la participación imprudente	224

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN DEL *COMPLIANCE OFFICER*

1. Banco de casos.....	229
2. La omisión del adecuado diseño, implementación, gestión o actualización de las medidas de <i>compliance</i> de naturaleza preventiva.....	229
2.1. Las medidas de vigilancia y control intraempresariales	229
2.1.1. El debido control a ejercer en el marco de la persona jurídica	229
2.1.2. La responsabilidad penal del <i>compliance officer</i> por la indebida operatividad de las medidas de vigilancia y control intraempresariales	231
2.2. Las medidas de vigilancia y control extraempresariales	241
2.2.1. Más allá de la estructura interna de la organización: el <i>third party compliance</i>	241
2.2.2. Los procedimientos de diligencia debida, las medidas correctivas y la sucesiva monitorización continua.....	249
2.2.3. La responsabilidad penal del <i>compliance officer</i> a propósito del <i>third party compliance</i>	251
2.3. Las medidas relativas al fomento e integración de una cultura de cumplimiento en la empresa	258
2.3.1. ¿Qué debe entenderse por cultura de cumplimiento?.....	258
2.3.2. La cultura de cumplimiento como recurso para influir en la toma de decisiones éticas: la llegada del <i>behavioral compliance</i>	262
2.3.3. El papel desempeñado por el <i>compliance officer</i> en el fomento e integración de una cultura de cumplimiento en la empresa.....	275

3. La omisión de reporte del <i>compliance officer</i> sin competencias ejecutivas	281
3.1. La interacción comunicativa entre el <i>compliance officer</i> y el órgano de administración	281
3.2. El silencio comunicativo del <i>compliance officer</i> : un esbozo desde la óptica de la pragmática lingüística	282
3.3. ¿Cómo se origina la omisión de reporte del <i>compliance officer</i> ?.....	287
3.3.1. A partir del propio <i>compliance officer</i>	287
a. Imputación dolosa	287
b. Imputación imprudente	290
3.3.2. A partir del comportamiento de terceros integrados en la corporación.....	293
a. El silencio de los miembros de la empresa	293
b. El engaño de los miembros de la empresa.....	297
3.4. ¿Autor mediato o partícipe? Depende	299
3.4.1. La solución de la autoría mediata	303
a. La autoría mediata dolosa	304
b. La autoría mediata imprudente	307
b.1. Admisibilidad de <i>lege lata</i>	307
b.2. Fundamentación doctrinal	309
c. La autoría mediata omisiva	314
c.1. Debate acerca de su aceptación	314
c.2. La autoría mediata omisiva dolosa	318
c.3. La autoría mediata omisiva imprudente.....	320
d. La dualidad entre el principio de desconfianza (modulado) y el principio de confianza (limitado) concurrente en las relaciones verticales entabladas en la empresa como criterio rector en aras de determinar la invencibilidad o vencibilidad del error de tipo apreciable en el órgano de administración	322
3.4.2. La solución de la participación	326
3.5. El órgano de administración ignorante (deliberado) y el <i>compliance officer</i> ignorado	330
4. La omisa evitación de los eventos delictivos por el <i>compliance officer</i> con competencias ejecutivas	339
4.1. El <i>compliance officer</i> con competencias ejecutivas como responsable por omisión de aquellos hechos con trascendencia penal no impedidos	339
4.2. ¿Puede ser considerado el <i>compliance officer</i> con competencias ejecutivas un administrador de hecho?	343
5. La omisión de la interposición de una denuncia externa ante las autoridades	350
5.1. La inexistencia de un deber jurídico reforzado de denuncia en el <i>compliance officer</i>	350
5.2. ¿Denunciar u omitir?	357
5.3. Colisión de deberes: deber de denuncia vs deber de confidencialidad.....	361
5.3.2. El <i>compliance officer</i> denuncia ante las autoridades un delito susceptible de generar responsabilidad penal en la persona jurídica y, para ello, difunde una información reservada etiquetada como secreto empresarial	363
5.3.3. El <i>compliance officer</i> denuncia ante las autoridades un delito susceptible de generar responsabilidad penal en la persona jurídica y, para ello, revela una información reservada perteneciente a la dimensión de intimidad de un tercero cuyos intereses han sido lesionados por el ilícito penal	365

CAPÍTULO V

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MIEMBROS DEL ÓRGANO COLEGIADO DE CUMPLIMIENTO

1. El órgano colegiado de cumplimiento como forma de configurar la función de <i>compliance</i>	379
2. Incumplimientos penalmente relevantes acontecidos en el seno del órgano colegiado de cumplimiento	380
2.1. Principios de imputación en el marco de las relaciones horizontales: desconfianza, confianza y estricta separación de esferas	381
2.2. Principio de imputación aplicable entre los integrantes del órgano colegiado de cumplimiento	386
3. Posible significación jurídico-penal de las votaciones en el órgano colegiado de cumplimiento	391
3.1. Precisiones iniciales	392
3.1.1. Delimitación entre acción y omisión	392
3.1.2. Simultaneidad o no simultaneidad	393
3.1.3. Acuerdo inmediatamente ejecutivo o acuerdo mediatamente ejecutivo	394
3.2. Voto a favor	395
3.2.1. Adopción del acuerdo por mayoría ajustada	395
a. Causalidad e imputación objetiva	395
b. Cointervención delictiva: en concreto, la coautoría	396
b.1. Acción y omisión	396
b.2. Dolo e imprudencia	409
3.2.2. Adopción del acuerdo por mayoría sobrecondicionada	412
3.2.3. Acuerdo adoptado pero no materializado	418
3.3. Voto nulo	419
3.4. Voto en contra	420
3.5. Voto en blanco, abstención, asistencia para alcanzar el quórum requerido e inasistencia a la reunión	422
3.6. Voto secreto	425
3.7. Voto de calidad	426
CONCLUSIONES FINALES	429
FINAL CONCLUSIONS	453
JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA CITADA	473
JURISPRUDENCIA EXTRANJERA CITADA	477
PRONUNCIAMIENTOS NO JUDICIALES CITADOS	479
PONENCIAS CITADAS	481
BIBLIOGRAFÍA CITADA	483

ABREVIATURAS

§	Parágrafo
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AENOR	Asociación Española de Normalización y Certificación
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AktG	Aktiengesetz
AML CO	Anti-Money Laundering Compliance Officer
AP	Audiencia Provincial
AS	Australian Standard
ASCOM	Asociación Española de Expertos en Compliance
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BEQ	Business Ethics Quaterly
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán)
CC	Código Civil
CCO	Chief Compliance Officer
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CDAE	Código Deontológico de la Abogacía
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución Española
CEO	Chief Executive Officer
CFGE	Circular de la Fiscalía General del Estado
CFO	Chief Financial Officer
Cfr.	Confróntese
CMS	Compliance Management System
CNMV	Comisión Nacional de Mercados y Valores
CO	Compliance Officer
COs	Compliance Officers
coord./coords.	Coordinador/Coordinadores
COSO	Committee of Sponsoring Organizations of the Tradeway Commission
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
dir./dirs.	Director/Directores
DLI 231	Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231
DLL	Diario La Ley
DOJ	Department of Justice
DPA	Deferred Prosecution Agreement
ed./eds.	Editor/Editores
ENAC	Entidad Nacional de Acreditación
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
ESMA	European Securities and Markets Authority
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de

	octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
Fasc.	Fascículo
FCA	Financial Conduct Authority
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
FDCA	Federal Food, Drug and Cosmetic Act
FinCEN	Financial Crimes Enforcement Network
FINRA	Financial Industry Regulatory Authority
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
InDret	InDret Revista para el Análisis del Derecho
IOSCO	International Organizations of Securities Commissions
ISO	International Organization for Standardization
JA	Juristische Ausbildung
JHCC	Journal of Health Care Compliance
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KYC	Know Your Customer
LA	Liber Amicorum
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrIm	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LSPriv	Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada
LH	Libro Homenaje
LLP	La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario
LO	Ley Orgánica
LOPD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LP	Law & Policy
LPBC	Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive

n°	Número
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nm	Número Marginal
NPA	Non-Prosecution Agreement
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OdV	Organismo di Vigilanza
OFAC	Office of Foreign Assets Control
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
pág./págs.	Página/Páginas
PC	Política Criminal
RDL	Real Decreto Ley
RD	Revista de Derecho
RDPP	Revista de Derecho y Proceso Penal
RDP	Revista de Derecho Penal
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
Rivista 231	Rivista 231 – La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti
RP	Revista Penal
RSPriv	Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SEC	US Securities and Exchange Commission
SEC OCIE	US Securities and Exchange Commission's Office of Compliance, Inspections and Examinations
SEPBLAC	Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias
SOX	Sarbanes-Oxley Act
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Tom.	Tomo
TS	Tribunal Supremo
UNE	Una Norma Española
USA PATRIOT Act	Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act
USAM	United States Attorney's Manual
USSG	United States Sentencing Guidelines
Vol.	Volumen
V.V.A.A.	Varios Autores

Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUS	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen

INTRODUCCIÓN

Iniciemos estas líneas con un breve relato (ficticio) ambientado pocos meses después de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 1/2015:

Leo recibe inesperadamente una llamada del administrador social de su compañía en la que le solicita concertar una reunión. Sin saber a ciencia cierta con lo que se va encontrar, Leo acude al despacho de su superior jerárquico el día acordado. Allí es informado de que, dadas las modificaciones operadas en el articulado penal, la empresa necesita incorporar en su plantilla a alguien que asuma la responsabilidad de introducir y supervisar un sistema de gestión de cumplimiento orientado a prevenir la comisión de ilícitos penales en la organización. A la vista de sus consolidados conocimientos jurídicos, holgada experiencia en la empresa e intachable reputación, el administrador le expresa que ha concluido que quién mejor que él para desempeñar un puesto de tan alto renombre. Los halagos recibidos, sumados al sustancial aumento salarial propuesto y a la asignación de un majestuoso despacho con unas preciosas vistas a la ciudad, propician que no se lo piense dos veces y acepte sin rechistar la oferta de empleo. Leo pasa a ocupar, desde entonces, el puesto de compliance officer de su compañía.

Para dar lo mejor de sí en su nueva profesión, Leo comienza a acudir a diversas charlas sobre cumplimiento normativo así como a leer libros y artículos doctrinales especializados en la materia. Pero las conferencias y lecturas, lejos de brindarle una mayor seguridad y confianza, empiezan a angustiarse. Resulta que uno de los asuntos traídos a colación en repetidas ocasiones es el de la posible responsabilidad penal en la que podrían incurrir quienes, como él, desempeñan la función de compliance officer en caso de omitir el impedimento de un delito de empresa perpetrado por otro. El temor a poder ser imputado en un proceso penal se intensifica aún más cuando recuerda que, un par de años atrás, su empresa sufrió graves problemas penales a causa del amaño de un concurso público a favor de la organización orquestado por el anterior director comercial gracias a un soborno entregado al funcionario encargado del proceso de adjudicación. ¿Acaso Leo dispone de fundadas razones para que se le formen nudos en el estómago y se arrepienta de haber aceptado el puesto de compliance officer que ahora desempeña?

Quizás algunos de quienes actualmente ejerzan como COs en sus respectivas entidades mercantiles se sientan identificados, en mayor o menor medida, con el protagonista de nuestra historia por haber experimentado una vivencia análoga a la descrita. Pues son muchos aquellos que han ido incorporándose en las plantillas de sus organizaciones en calidad de COs tras la superación en el año 2010 del principio *societas puniri non potest* y, concretamente, desde que el legislador español reconociese a mediados del año 2015 el valor eximente de los esfuerzos y la diligencia de la persona jurídica en aras del cumplimiento normativo^{1 2}.

Ocurre, tal como lo refleja el relato reproducido, que, hoy por hoy, una profunda preocupación asalta a este colectivo de profesionales. A saber, si, más allá de las sanciones disciplinarias anudadas a la infracción de las disposiciones de su contrato laboral, corren además un serio riesgo de acabar entre rejas por ejercer indebidamente su trabajo. Y no tanto por haber cometido activamente ellos mismos un ilícito penal, lo que, desde luego, no arroja demasiadas dudas en términos de responsabilidad³, sino, antes bien, por haber omitido intervenir frente a la realización de un hecho punible por un tercero autorresponsable. Basta con echar un rápido vistazo a la creciente literatura científica especializada en la materia o a algunos de los más importantes eventos sobre cumplimiento normativo celebrados estos últimos años⁴ para percatarse de la importancia que este tema ha cosechado tanto en nuestro país como en unos tantos

¹ Lo mismo ha ocurrido en otros países del entorno comparado con un más amplio recorrido en materia de responsabilidad penal de las personas jurídica. Sin ir más lejos, la *U.S. Bureau of Labor Statistics* publicó en mayo de 2017 que en Estados Unidos más 280.000 personas desempeñan el cargo de CO. Enlace: <https://www.bls.gov/oes/2017/may/oes131041.htm>

² De todos modos, cabe puntualizar que esta figura ya estaba plenamente consolidada tiempo antes de ese periodo en organizaciones operativas en determinados sectores regulados (bancario, por ejemplo). Por ello, parece más atinado referirse a la expansión del *compliance* a escala global a partir de 2015 en vez de a su nacimiento dada la existencia de empresas operativas en esos sectores que, a tenor de los requerimientos de sus respectivas regulaciones sectoriales, ya contaban antes de ese momento con mecanismos internos para prevenir la comisión de hechos ilícitos así como con responsables de cumplimiento asignados a tales efectos.

³ En este sentido, BERMEJO, M. G; MONTIEL, J. P: “¿*Compliance officers* “tras las rejas”?”. En SACCANI, R. R; MORALES OLIVER, G. L., (dirs.): *Tratado de Compliance. Tomo II*, La Ley, Buenos Aires, 2018, págs. 187-232, págs. 188-189.

⁴ Por ejemplo, el II Congreso Internacional de *Compliance* celebrado en Madrid los días 11 y de 12 de mayo de 2017 contó con un panel formado por reputados penalistas españoles en el que se abordó la trascendente cuestión de la responsabilidad penal del CO. Enlace: <https://www.asociacioncompliance.com/3103-2/>

otros⁵. Y realmente es sensato colegir que un asunto tan espinoso deba ser motivo de preocupación dado el riesgo a que a la larga se propicie un efecto desaliento que desanime a ejercer o a seguir ejerciendo la profesión de CO por temor a las repercusiones jurídicas que puedan derivarse a propósito de un incorrecto ejercicio de este empleo⁶.

Así las cosas, esta investigación persigue arrojar algo de luz a la cuestión relativa a sobre qué fundamento, cuándo y en qué medida responde criminalmente el CO, bien sirva ello para apaciguar los temores de este grupo de profesionales o bien para confirmar, completa o matizadamente, sus iniciales sospechas. Resulta, sin embargo, que, nada más empezar a transitar la senda hacia la consecución de ese propósito, tropezamos con un importante óbice que complica significativamente las cosas: la inexistencia de un perfil homogéneo de CO. Sería desacertado pretender definir aquí de forma cerrada y definitiva qué es exactamente un CO, como si cupiese identificar aquellas propiedades que moldean esta figura, y asumir esa definición como válida para el resto del trabajo. Podría decirse que su función, delegada del órgano de administración, desempeña un papel fundamental en la prevención, detección y reacción frente a un *numerus clausus* de delitos cuya comisión por alguno de los sujetos contemplados en el sistema de doble vía asentado en el artículo 31 bis CP puede dar lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica. E incluso cabría convenir que algunas de sus tareas más esenciales guardan relación con la confección, introducción, supervisión y actualización de medidas de vigilancia y control intraempresariales y extraempresariales, la gestión del canal de denuncias o línea de *whistleblowing*, la realización de investigaciones internas o el desempeño de un rol promotor de una cultura de cumplimiento. Pero lo cierto es que todavía carecemos de un estatuto jurídico

⁵ Por ejemplo, según el *DLPA Piper's 2018 Compliance & Risk Report* publicado en Estados Unidos en el año 2018, el riesgo a sufrir responsabilidad personal sigue siendo una de las crecientes preocupaciones de quienes desempeñan la labor de CO en este país. Enlace: <https://compliancesurvey.dlapiper.com/> A este misma conclusión llegó en Inglaterra el informe *Cost of compliance: 10 years of regulatory change* elaborado por Thomson Reuters en el año 2019. Enlace: http://images.financial-risk-solutions.thomsonreuters.info/Web/ThomsonReutersFinancialRisk/%7B06436eff-ec12-40cd-a2d1-3f8ceab757a9%7D_Regulatory_Intelligence_Cost_of_Compliance_2019_FINAL.pdf

⁶ Describe el efecto desaliento expandido entre los COs del sector financiero norteamericano fruto de los distintos procedimientos sancionatorios incoados en estos últimos años contra este grupo de profesionales por organismos tales como la SEC o la FINRA GOLUMBIC, C. E: "The Big Chill: Personal Liability and the Targeting of Financial Sector Compliance Officers", *Hastings Law Journal*, Vol. 69, 2017, págs. 45-94. Págs. 81 y ss.

que delimite con exactitud cuáles son sus competencias o incompatibilidades⁷ ⁸, a excepción de aquellos sectores regulados que ofrecen pautas sobre cómo ha de ser entendida la función de cumplimiento, como el bancario o el de seguros.

Lo anterior nos obliga a adoptar una aproximación tópica⁹ en este trabajo. Es decir, no se trata de examinar la responsabilidad penal de “el” CO sino de analizarla con arreglo a cómo ha sido configurada esta función en la situación concreta, atendiendo al perfil encarnado y a las específicas competencias anudadas a su rol, cuestión ésta que dependerá enormemente de los factores que caractericen a la empresa en cuestión (tamaño, estructura, línea de negocio, etc.), sin perjuicio de que quepa localizar competencias básicas o comunes que suelen alcanzar a todo CO, sea cual sea el modo en que haya sido configurado. Por esa razón, en la presente investigación, en vez de partir de un perfil unívoco de CO¹⁰, se hará uso de la siguiente tríada de distinciones dicotómicas que serán tenidas en cuenta allá donde proceda: (1) en atención a las facultades materiales otorgadas: CO sin competencias ejecutivas (competencias de mando y/o sanción) limitado al reporte de hechos antijurídicos al órgano de administración o CO con competencias ejecutivas responsabilizado de la evitación de los delitos de empresa; (2) según su vinculación con la organización: CO interno o CO externo (parcial o completamente); (3) con arreglo al número de responsables de cumplimiento normativo integrados en la empresa: CO individual u órgano colegiado de cumplimiento.

⁷ Lo destacan, entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: “Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”. En MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ, MARTÍN, V., (dirs.): *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, págs. 301-336, pág. 303. MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, *EPC*, Vol. 35, 2015, págs. 733-782, pág. 773. LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, Aranzadi, Navarra, 2019, pág. 17. BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, Tesis Doctoral, 2017, págs. 234-235. Enlace: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/664845/Tcb11de1.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

⁸ CUMPLEN publicó un Estatuto profesional del CO en abril de 2015. No obstante, su valor es meramente consultivo y su vinculatoriedad nula debido a su origen privado. Enlace: <http://www.cumplen.com/recursos/archivos/Estatuto-Profesional-del-Compliance-2.pdf> Otro intento en el sector privado de asentar las bases de la profesión del CO fue el “Libro Blanco sobre la función de *compliance*” difundido por ASCOM en marzo de 2017. Enlace: <http://www.asociacioncompliance.com/Ascom/wp-content/uploads/2017/04/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf>

⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica”. En MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ, MARTÍN, V., (dirs.): *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, B de f, Edisofer, 2014, págs. 337-363, pág. 341.

¹⁰ El perfil al uso tiende a ser un CO individual e interno sin competencias de mando y sanción. Sin embargo, nada obsta para que una empresa configure a su CO en un sentido distinto, tal como detallaremos.

Igualmente, debido a la novedad de la materia, nuestro enfoque tendrá que ser eminentemente prospectivo. A causa de la falta de precedentes judiciales en nuestro país que nos sirvan a modo de banco de casos a tener en cuenta a efectos de análisis, nos vemos abocados a pronosticar supuestos verosímiles y de probable acaecimiento en la *praxis* en los que quepa discutir si cabe configurar o no una eventual responsabilidad penal del CO. Ello no obsta, sin embargo, para que nos apoyemos de forma puntual en supuestos reales ocurridos en otros ordenamientos jurídicos comparados en un claro gesto retrospectivo.

Queda patente, a la luz de lo expuesto, que este estudio aspira a ser una investigación de dogmática aplicada de base predominantemente inductiva. Las próximas páginas lidian con la necesidad de examinar la plétora de problemas teóricos radicados tras un concreto problema práctico real y de rabiosa actualidad por medio de un arsenal de herramientas válidas para estos fines, siendo la principal el utensilio analítico por excelencia de los dogmáticos del Derecho Penal: la teoría jurídica del delito. Sin embargo, también acudimos a la jurisprudencia y a la legislación para reforzar nuestros razonamientos. Del mismo modo, dado el carácter multidisciplinar de la materia, hacemos uso de otras ramas jurídicas que trascienden de la estricta esfera penal, como el Derecho Mercantil o el Derecho Laboral. Igualmente, recurrimos en determinados epígrafes a otras disciplinas extrajurídicas como, por ejemplo, la ética del comportamiento o la pragmática lingüística. Con tal de enriquecer el texto se ofrece a lo largo de este estudio, por lo demás, una perspectiva comparada con contextos jurídicos extranjeros, como el estadounidense, alemán, italiano y latinoamericano (Chile, Perú y Argentina), entre otros. Todo ello a fin de investigar y escribir desde el problema para contribuir a resolverlo¹¹.

Con este objetivo, se ha optado por dividir esta obra en cinco capítulos, sin contar la presente introducción y las conclusiones finales que se aportan al término del trabajo:

¹¹ Con estas palabras se refería SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ al método realista que preside la excepcional obra de SILVA SÁNCHEZ “Aproximación al Derecho Penal contemporáneo”. Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P: “La aproximación del Derecho Penal contemporáneo, veinte años después: los fines del Derecho Penal”. En ROBLES PLANAS, R; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., (dirs.): *La crisis del Derecho Penal contemporáneo*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 19-38, pág. 22.

En el primer capítulo describimos de forma sucinta los orígenes de la figura del CO en Estados Unidos, el panorama internacional, el contexto europeo y España, los esenciales cometidos que suelen asignársele, los principios que presiden su actuación en la organización (independencia, neutralidad, autonomía e integridad) así como su frecuente confusión con el OdV de raíces italianas, con todos los problemas que ello ha arrojado.

A continuación, en el segundo capítulo nos ocupamos de estudiar el fenómeno de la delegación de competencias en el *compliance*. Como, según se tendrá ocasión de justificar, el CO es posible concebirlo como una figura delegada del órgano de administración, es preciso analizar de qué se responsabiliza originariamente este último, cuáles son los requisitos de una delegación de competencias válida y los efectos jurídicos derivados de la misma. También en esta sección se resuelven otras cuestiones específicas de la delegación de funciones anudadas a la externalización total o parcial de la función de *compliance* así como a la integración de un órgano colegiado de cumplimiento en la empresa. En último término, es motivo de examen la opinión de un sector doctrinal que define la relación hilada entre el órgano de administración y el CO como un encargo de la ejecución de una función en vez de como una delegación de competencias.

Seguidamente, en el tercer capítulo exponemos de forma detallada los presupuestos generales (objetivos y subjetivos) de la responsabilidad penal en comisión por omisión y los examinamos en el supuesto concreto del CO para así poder fundamentar cuándo cabe barajar en este agente una responsabilidad criminal de esta naturaleza.

Una vez asentadas las bases de la responsabilidad penal comisivo omisiva del CO, en el cuarto capítulo analizamos con exhaustividad un abanico de casos ubicados en distintos estadios del proceso de trabajo del CO. Concretamente nos centramos en los siguientes: la omisión del adecuado diseño, implementación, gestión o actualización de las medidas de *compliance* de naturaleza preventiva; la omisión de reporte al órgano de administración, por lo que toca al CO sin competencias ejecutivas; la omisa evitación de conductas antijurídicas cometidas por terceros autorresponsables, por lo que concierne al CO con competencias ejecutivas; y, finalmente, la omisa interposición de una denuncia externa ante las autoridades.

Para cerrar este estudio, exploramos en el quinto y último capítulo la responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado de cumplimiento configurado en clave sectorial. Siendo más exactos, lidiamos con un par de retos dogmáticos surgidos específicamente en esta sede: de un lado, los principios de imputación aplicables a nivel horizontal entre los COs sectoriales, y, de otro, la posible significación jurídico-penal de las votaciones realizadas en el seno del órgano colegiado de cumplimiento.

CAPÍTULO I

LA FIGURA DEL *COMPLIANCE OFFICER*

1. Orígenes del *compliance officer*

1.1. Estados Unidos

El CO proviene del mundo anglosajón y singularmente del contexto social y político norteamericano. El ordenamiento jurídico de Estados Unidos es, de hecho, uno de los que, con diferencia, más tiempo lleva admitiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹². Fue en el año 1909 cuando el Tribunal Supremo norteamericano reconoció por primera vez la *corporate criminal liability* en su histórica sentencia *New York Central & Hudson River Railroad co. v. United States* 212 US 481 (1909), a pesar de los incipientes pasos dados ya en el siglo XIX tanto por el legislador como por los tribunales estadounidenses¹³.

Empero, la gestación de los CMS y del CO no tuvo lugar hasta 1977. Fue en ese año, a modo de reacción frente al escándalo Watergate y a propósito del descubrimiento de numerosos casos de corrupción pública internacional gracias a las investigaciones practicadas por la SEC a lo largo de los años setenta, cuando el Congreso de los Estados Unidos, bajo la presidencia del demócrata Jimmy Carter, impulsó la aprobación de la denominada FCPA, pese a las discrepancias y complejas problemáticas brotadas durante su tramitación¹⁴.

La FCPA es una pionera ley federal, aún hoy en día vigente, que prohíbe a las compañías vinculadas con Estados Unidos así como a sus directivos, oficiales, empleados, accionistas y terceras partes (agentes comerciales, distribuidores, etc.)

¹² No fue, sin embargo, el primero. Holanda introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia penal tributaria y aduanera en 1822, para los delitos económicos en 1950 y finalmente para todos los tipos penales en 1975. Cfr. VERVAELE, J.A.E: “Societas/universitas delinquere et puniri potest: 60 años de experiencia en Holanda”. En ONTIVEROS ALONSO, M., (coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 523-570, págs. 523-524.

¹³ Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *The American Way*”. En MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Edisofer, Madrid, 2014, págs. 35-88, pág. 41.

¹⁴ Vid. KOEHLER, M: “The Story of the Foreign Corrupt Practices Act”, *Ohio State Law Journal*, Vol.73, No. 5, 2012, págs. 929-1.013, *passim*.

ofrecer, pagar, prometer o autorizar el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros a fin de que les auxilien a obtener o preservar de manera indebida actividades de negocio. Paralelamente, la FCPA demanda a las empresas afectadas por sus disposiciones la introducción de sistemas tanto de control interno como de transparencia contable basados en la preparación y conservación de libros, registros y contabilidad que pongan de manifiesto, en razonable detalle y con cierta exactitud, las transacciones económicas ejecutadas¹⁵.

La FCPA fue objeto de revisión en noviembre de 1988 por medio de la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* aprobada por Ronald Reagan para, entre otras cosas, reconocer eximentes (*affirmative defenses*) a emplear por quienes recurren a pagos, regalos, ofertas o promesas autorizadas por normativas extranjeras o desembolsadas a modo de gastos razonables y de buena fe¹⁶. Nuevamente, en 1998 la FCPA sufrió otra modificación con tal de adaptarla a las disposiciones de la Convención Anticorrupción de la OCDE, lo que supuso esencialmente una extensión tanto de la noción de funcionario público, englobando asimismo a aquellos que actúan en organismos públicos internacionales, como del alcance de la normativa más allá de las fronteras del país¹⁷, apuntalando, con ello, los puntos de conexión necesarios para su activación^{18 19}.

Tiempo después, concretamente en el año 2012, la SEC – encargada de la vertiente civil de la FCPA – y el DOJ – responsable de la persecución penal de las infracciones de esta naturaleza contempladas en la normativa de referencia – publicaron conjuntamente un documento guía titulado *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices*²⁰ en

¹⁵ Vid. FCPA § 78m.

¹⁶ Vid. EARLE, B. H: “Foreign Corrupt Practices Act Amendments: The Omnibus Trade and Competitiveness Acts Focus on Improving Investment Opportunities”, *Cleveland State Law Review*, Vol. 37, 1989, págs. 549-556, *passim*.

¹⁷ Es posible que la FCPA acabe por ser aplicada a empresas radicadas fuera del territorio estadounidense. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso Siemens. De hecho, el número de persecuciones judiciales a empresas extranjeras por infracciones de la FCPA ha ido en aumento, lo que ha dado pie a hablar de un *enforcement* agresivo. En detalle, vid. GARRETT, B. L: “Globalized Corporate Prosecutions”, *Virginia Law Review*, Vol. 97, n° 8, 2011, págs. 1.775-1.876, págs. 1.784 y ss., 1.830 y ss.

¹⁸ Bastaría, por ejemplo, con que se hubiese enviado un correo electrónico o un mensaje de texto vinculados con el acto de corrupción desde, a través o hacia los Estados Unidos para permitir la operatividad de la FCPA.

¹⁹ Vid. BROWN, H. L: “Extraterritorial Jurisdiction Under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act: Does the Government's Reach Now Exceed its Grasp?”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 26, n° 2, 2001, págs. 239-360, *passim*.

²⁰ *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices*, 2012. Pág. 58. Enlace: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

el que pusieron énfasis en la necesidad de integrar en la empresa uno o varios directivos de alto rango con suficiente autoridad y autonomía para asumir la responsabilidad acerca de la supervisión del funcionamiento del programa de *compliance* introducido por la organización con tal de prevenir y detectar violaciones de la FCPA.

A esta pionera regulación le siguió en la historia del *compliance* en Estados Unidos el *Chapter VIII* de las USSG. Las USSG son un conjunto de directrices de cuño consultivo empleadas para guiar a los jueces y magistrados en la determinación de las penas a imponer²¹. Fueron publicadas el 1 de noviembre de 1987 a fin de tratar la fijación individual de la pena para las personas físicas. Cuatro años más tarde, el 1 de noviembre de 1991, entrarían en vigor otras relativas a personas jurídicas, conocidas como *Organizational Guidelines* o *Chapter VIII* de las USSG, que, como bien explica ORTIZ DE URBINA GIMENO, “no se refieren a la determinación de la responsabilidad de la empresa, sino que parten de que ésta ya se ha determinado (conforme al modelo vicarial) y regulan la imposición de la pena concreta”²².

De forma resumida, las USSG emplean la siguiente operación para calcular la pena que corresponda imponer: se multiplica una multa base (*base fine*), que refleja la gravedad del delito, por un factor numérico, que simboliza la culpabilidad de la empresa (*culpability score*). La multa base se obtiene a partir del mayor de los siguientes tres parámetros: el beneficio obtenido, el perjuicio causado o la pena de multa contenida en la *Offense Level Fine Table* de las USSG²³. En cambio, el *culpability score* es determinado con arreglo a una escala desglosada del 0 al 10 y a cada valor se le atribuye un multiplicador mínimo y otro máximo (por ejemplo, el multiplicador mínimo de 0 es 0,05 y el máximo 0,2). A la empresa se le asigna una calificación inicial de 5 puntos. A partir de aquí, el número es corregido al alza o a la baja conforme a seis factores: cuatro de ellos agravantes (“la participación o tolerancia de actividad delictiva”, “el historial de la organización”, “la infracción de un mandato judicial” y “la obstrucción de la

²¹ Desde el pronunciamiento *United States v. Booker* 543 US 220 (2005) las USSG son de seguimiento voluntario para los jueces y magistrados.

²² ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *The American Way*”, pág. 56.

²³ Vid. *Chapter VIII USSG (noviembre 2015)*, § 8C2.4.

justicia”) y dos de ellos atenuantes (la “existencia de un programa de cumplimiento efectivo” y la “auto-denuncia, la cooperación y la aceptación de responsabilidad”)²⁴.

Según se ve, las USSG no sólo tienen en cuenta al acto de implantación de un CMS eficaz como un factor mitigante del llamado *culpability score* – lo que, en la práctica, se traduce en la imposición de una pena menor a la persona jurídica – sino que, además, hacen explícita mención a la necesidad de nombrar un agente perteneciente a la organización con responsabilidad operacional en torno al funcionamiento diario del referido CMS²⁵ que podría ser identificado, sin problemas interpretativos de por medio, con el CO²⁶.

Una década después de la aprobación del *Chapter VIII* de las USSG, como respuesta a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, el Congreso y el Senado de Estados Unidos aprobaron a finales de octubre del mismo año la *USA PATRIOT Act*. El objetivo perseguido por este texto legal promulgado durante la presidencia de George Bush era básicamente el de preservar la seguridad de la nación a través de la prevención y la lucha contra el terrorismo en este país y el resto del mundo. Pese a ello, sus disposiciones (especialmente las secciones 213 y 215) fueron duramente criticadas por menoscabar los derechos y libertades constitucionales de los ciudadanos²⁷. Sin afán de entrar en este debate, baste con notar que la sección 352 de la *USA PATRIOT Act* obligó a las instituciones financieras a implantar un programa de prevención de blanqueo de capitales que, como mínimo, incluyese la integración de políticas, procedimientos y controles, la designación de un AML CO, la adopción de un programa permanente de formación de los empleados así como la introducción de una función de auditoría independiente competente para revisar y comprobar la efectividad del *anti-money laundering program*.

²⁴ Vid. *Chapter VIII USSG (noviembre 2015)*, § 8C2.5.

²⁵ Vid. *Chapter VIII USSG (noviembre 2015)*, § 8B.2.1.

²⁶ Así lo interpretan ARMOUR, J; GARRETT, B; GORDON, J; MIN, G: “Board Compliance”, *Minnesota Law Review*, Vol. 104, 2020, págs. 1.191-1.273, págs. 1.213.

²⁷ Vid. HERMAN, S. N: “The USA Patriot Act and the Submajoritarian Fourth Amendment”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 41, nº1, 2006, págs. 67-132, *passim*. RUBEL, A: “Privacy and the USA Patriot Act: Rights, the Value of Rights and Autonomy”, *Law and Philosophy*, Vol. 26, nº 2, 2007, págs. 119-159, *passim*.

Justo durante ese mismo periodo, concretamente entre los años 2000 y 2002, se destaparon en el entorno corporativo norteamericano graves escándalos financieros (Enron, Worldcom, Tyco International, Global Crossing, etc.) que hicieron proliferar en la comunidad un clima de incertidumbre y desconfianza hacia el mercado. Ante ello, fue aprobada en el año 2002 una ley federal aplicable a las sociedades cotizadas operativas en los mercados regulados norteamericanos bautizada con el nombre de *Sarbanes Oxley Act* cuya pretensión consistió en proteger a los inversores frente a las prácticas fraudulentas de las empresas así como mejorar la transparencia contable y financiera de las corporaciones²⁸.

Cynthia A. Glassman, por aquel entonces *commissioner* de la SEC, arguyó en una ponencia pronunciada el 27 de septiembre de 2002 ante la *American Society of Corporate Secretaries* (actual *Society of Corporate Secretaries and Governance Professionals*) en Washington DC bajo el título *Sarbanes Oxley-Act and the Idea of "Good" Governance* que las empresas norteamericanas, a fin de cumplir los mandatos de la *Sarbanes Oxley Act* y las reglas de la SEC, deberían contar con un oficial que se ocupe de las cuestiones de *corporate compliance* y los problemas éticos, y de lo que el Título III de la SOX se refiere ampliamente con la expresión "*Corporate Responsibility*"²⁹.

1.2. Precedentes internacionales

Desde un prisma internacional, el primer texto de obligada mención en materia de cumplimiento normativo es el documento consultivo *Compliance and the compliance function in Banks* emitido por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria³⁰ en abril de 2005. En el mismo se recogen y desarrollan hasta 10 principios aplicables a la función de cumplimiento³¹ en el sector bancario. No me extenderé ahora en ellos. Baste con resaltar que ya en el documento citado se dejaron fijadas las bases para el paulatino

²⁸ Vid. BRICKEY, K F: "From Enron to Worldcom and Beyond: Life and Crimes after Sarbanes-Oxley", *Washington University Law Quarterly*, Vol. 81, 2003, págs. 1-43, *passim*.

²⁹ <http://www.sec.gov/news/speech/spch586.htm>

³⁰ El Comité de Basilea de Supervisión Bancaria es un comité internacional que trabaja en el desarrollo de la regulación, supervisión y prácticas bancarias a fin de mejorar la estabilidad financiera, la supervisión bancaria y la comprensión de aspectos claves en esta materia. Enlace: <https://www.bis.org/bcbs/>

³¹ La expresión "función de cumplimiento", matiza el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, describe a todo el personal de la empresa con responsabilidades en materia de cumplimiento, sin pretender prescribir una particular forma de configuración.

asentamiento del CO no sólo en nuestro país sino a nivel internacional, al hacerse alusión a elementos tan trascendentes de esta profesión como su independencia, responsabilidades, relación con otros órganos de la empresa o la posible externalización de determinados cometidos.

En este orden de cosas, debe mentarse también la primera norma ISO³² publicada en materia de *compliance*: la norma ISO 19600:2014 *Compliance Management Systems – Guidelines*. Inspirada ampliamente en el estándar australiano AS 3806-2006³³, la norma ISO 19600, auditable pero no certificable³⁴, ofrece un conjunto de recomendaciones y buenas prácticas aceptadas a escala internacional sobre cómo establecer, desarrollar, ejecutar, evaluar, mantener y mejorar un CMS dentro de cualquier tipo organización. Es en su criterio 5.3.4. donde se hace alusión a la función de cumplimiento así como las responsabilidades que le corresponde asumir y emprender.

Ya, para terminar, conviene destacar, si bien específicamente para el trascendente ámbito de la corrupción, la norma ISO 37001:2016 *Anti-bribery Management Systems – Guidelines*. Esta norma técnica, tanto auditable como certificable, contiene las líneas maestras internacionalmente consensuadas sobre cómo integrar controles, políticas y demás medidas para combatir eficazmente el fenómeno de la corrupción en empresas de pequeño, mediano y gran tamaño operativas en sectores de naturaleza diversa. De idéntico modo que la norma ISO 19600, la norma 37001 dedica todo un apartado, el 5.3.2., a la función de cumplimiento anti-soborno, respecto a la cual precisa sus funciones y principios de actuación.

³² ISO es una organización internacional independiente y no-gubernamental que tiene como misión promover el desarrollo de la estandarización en materias de alto interés para el mercado. Algunas muestras de sus estándares más populares son la ISO 9000 (*Quality Management*), la ISO 14.000 (*Environmental Management*) o la ISO 31000 (*Risk Management*). Enlace: <https://www.iso.org/home.html>

³³ Es la versión actualizada del AS 3806-*Compliance Programs, Australia Standards* 1988. En 2009 experimentó otra modificación coincidiendo con la publicación de la ISO 31000. Se trata, en esencia, del primer estándar que presentó un modelo claro y estructurado a efectos de elaborar un CMS con las suficientes dosis de virtualidad.

³⁴ Esto significa que la empresa puede encargar a una auditora la revisión y verificación de la eficacia del CMS conforme a los parámetros establecidos y la subsiguiente confección de un informe en el que se contengan los resultados de la auditoría practicada. Sin embargo, no se le expedirá un certificado que acredite que el CMS que se dispone es adecuado conforme a este estándar.

1.3. Europa

La primera normativa europea que se ocupó de regular la función de cumplimiento fue la Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas MiFID, impulsada a fin de armonizar la regulación de los mercados de valores, los instrumentos financieros que en ellos se negocian, la organización y la relación con los clientes de las entidades financieras que prestan servicios de inversión así como la protección de los inversores³⁵. MiFID introduce cambios decisivos en la función de cumplimiento, a la que eleva a una de las estructuras clave de control de riesgo, situándola bajo la directa responsabilidad de la más alta dirección³⁶, e identifica el incumplimiento regulatorio como uno de los principales riesgos que amenazan a las empresas de inversión³⁷. Ante ello, se espera que estas entidades adopten, apliquen y mantengan controles, políticas y procedimientos adecuados para detectarlo y mitigarlo (artículo 6.1 de la Directiva MiFID) e integren en su estructura ese “órgano de verificación del cumplimiento” permanente y eficaz (artículo 6.2 de la Directiva MiFID).

Es en este mismo contexto regulatorio cuando alrededor del año 2012 surgieron las Directrices de ESMA³⁸ acerca de ciertos aspectos de los requisitos del órgano de verificación de cumplimiento de la Directiva MiFID. Mediante esta suerte de *Guidelines*, ESMA se encargó de especificar cuestiones de tanto calado como las obligaciones de la función de *compliance*, su necesaria independencia o la posibilidad de externalización. Poco tiempo después, en el año 2014, ESMA publicó un Informe final sobre asesoramiento técnico en MiFID II y MiFIR³⁹ en el que aconsejó emprender

³⁵ Vid. Guía de la CNMV titulada “Preguntas y respuestas sobre los efectos prácticos de la nueva protección del inversor (MiFID) para los inversores minoristas”. Pág. 9. Enlace: http://www.cnmv.es/DocPortallInv%5COtrosPDF%5CES-Cuestionario_MiFID.pdf

³⁶ DE LA MATA MUÑOZ, A: “La función del Cumplimiento Normativo en el nuevo entorno de la MiFID. El incumplimiento de la normativa como nuevo riesgo para las entidades”. En MARTÍNEZ PARDO DEL VALLE, R; ZAPATA CIRUGEDA J., (coords.): *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos*, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2008, págs. 225-236, pág. 225.

³⁷ DE LA MATA MUÑOZ, A: “La función del Cumplimiento Normativo...”, pág. 226.

³⁸ ESMA es una autoridad europea independiente creada por el Reglamento nº 1095/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo encargada de la salvaguarda del sistema financiero europeo mediante la mejora de la protección de los inversores y la promoción de mercados financieros estables y ordenados. Enlace: <https://www.esma.europa.eu/>.

³⁹ A finales de 2014 fue publicada la Directiva MiFID II mediante la que se revisó el contenido de la versión primaria de MiFID. A pesar de las valiosas aportaciones de MiFID II tanto en materia de protección de clientes (asesoramiento, información, transparencia, etc.) como en otras cuestiones de significativa relevancia en este sector, no se introdujo ninguna modificación determinante respecto a la función de cumplimiento, salvo el consiguiente refuerzo de sus controles y medidas a la luz de las novedades introducidas.

una reforma del artículo 6 de la Directiva MiFID a fin de especificar las responsabilidades y las garantías de la función de cumplimiento recopiladas hasta entonces en clave de recomendación en su documento consultivo previo.

1.4. España

En nuestro país los orígenes de la figura del CO se remontan a determinadas regulaciones sectoriales vinculadas con el sector financiero. Particularmente cabe destacar el antiguo artículo 28 del Real Decreto 271/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, introducido en aras de transponer a nuestro país las disposiciones de la Directiva MiFID. Bajo el rótulo “Función de cumplimiento normativo”, este precepto legal, conforme a su redacción originaria, imponía a las entidades incluidas en su ámbito de aplicación el deber de nombramiento de una “unidad” u organismo colectivo, dotado de autoridad, recursos, experiencia y acceso a toda la información pertinente, que garantizase el propio desarrollo de la función de cumplimiento normativo así como de un “responsable de cumplimiento” a cargo de dicha función y del informe sobre cumplimiento dirigido a la alta dirección de la entidad. Con amplia inspiración en las Directrices de ESMA de 2012, el contenido del artículo 28 examinado fue posteriormente desarrollado por la Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la CNMV, relativa a los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión. Con todo, debe notarse que, tras las modificaciones operadas en el año 2018 en la normativa reguladora de las empresas de servicios de inversión a propósito de la extrapolación al ordenamiento jurídico español del contenido de la Directiva MiFID II, son ahora los artículos 69 d) y 76.1 a) de esta normativa los que se limitan a señalar que las empresas de servicios de inversión han de asegurarse que la función de cumplimiento supervise el desarrollo y la revisión periódica de los mecanismos de vigilancia y control de los productos financieros.

Por fin, llegamos ya a nuestro articulado penal. El artículo 31 bis CP, introducido por la LO 5/2010, conforme a su redacción original, no realizaba mención alguna sobre el CO. El texto legal, que asentaba (y sigue asentando) un sistema de doble vía de imputación de la persona jurídica articulado en función de si el delito cometido pertenece a los

máximos dirigentes de la organización o bien a los empleados subordinados por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, se limitaba a reconocer expresamente en su apartado cuarto el valor atenuante de establecer antes de la fase de juicio oral “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en un futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”. No es hasta la reforma operada en el Código Penal de la mano de la LO 1/2015 que el legislador penal español, reproduciendo literalmente el régimen italiano recogido en el DLI 231, reconoce como eximente penal los esfuerzos y la diligencia de la persona en aras del cumplimiento normativo. Concretamente el segundo apartado del artículo 31 bis. 2 CP incorpora un total de cuatro condiciones cumulativas que, de ser satisfechas, garantizarían la exoneración de la empresa por aquellos ilícitos penales perpetrados por los sujetos de la primera vía, siendo una de éstas que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. Según tendremos ocasión de desarrollar, ha sido motivo de discusión si, en relación con el primer organismo mentado, realmente el legislador español ha querido aludir en este precepto al CO o bien a otra figura distinta⁴⁰.

No puede darse por concluido este epígrafe sin antes hacer mención, a modo de apunte final, a los estándares técnicos nacionales difundidos en el campo de *compliance* a lo largo de estos últimos años, dada la innegable repercusión práctica que estos han desplegado:

El primero de ellos es la norma UNE⁴¹ 19601:2017 sobre Sistemas de gestión de *compliance* penal. Esta norma auditable y certificable de aplicación a organizaciones de todos los tamaños y actividades representa un parámetro de referencia capital a efectos de implantar, mantener, revisar y mejorar las herramientas necesarias para prevenir, detectar y reaccionar contra la comisión de delitos en la esfera empresarial. La norma UNE 19601 aborda con detalle las responsabilidades básicas del “órgano de *compliance*

⁴⁰ Vid. Capítulo I. Apartado 4.

⁴¹ Las normas UNE son un conjunto de normas técnicas elaboradas por los comités de trabajo de la entidad española líder en normalización y certificación AENOR. Enlace: <http://www.aenor.es/aenor/inicio/home/home.asp>

penal” en su Apartado 5.1.2. al que eleva como máximo garante de la supervisión, vigilancia y control de las obligaciones en este campo.

Con un recorrido de más corta duración debe traerse a colación igualmente la norma UNE 19602:2019 sobre Sistemas de gestión de *compliance* tributario, diseñada para contrarrestar los riesgos de incumplimiento de naturaleza tributaria que amenazan a las empresas, concretados no sólo en sanciones administrativas sino también en fraudes fiscales (artículos 305 y ss., CP). La norma UNE 19602 incorpora entre sus disposiciones la figura del “órgano de *compliance* tributario” a quien se le define en los mismos términos que la norma UNE 19601, si bien circunscribiéndola a la esfera de especialización que le es propia.

2. Descripción genérica de las funciones del *compliance officer*

Según expusimos al inicio de este trabajo, no existe un perfil homogéneo de CO. Elementos tan cruciales como el tamaño de la empresa, su estructura interna o bien su línea de negocio condicionan en buena medida cómo puede quedar articulada la función de cumplimiento en la organización. Pese a ello, es posible identificar algunos cometidos básicos ubicados cada cual en las distintas fases de prevención, detección y reacción contra el ilícito penal que le atañería desempeñar a cualquier CO, sea cual sea el perfil que encarne. En lo que sigue, nos limitaremos a enumerar cuáles son esas funciones a las que nos estamos refiriendo, sin perjuicio de distinguir puntualmente aquellas que correspondan con arreglo al rol encarnado⁴²:

- a) Elaborar una matriz de riesgos (*risk assessment*).

- b) Diseñar, introducir, supervisar la operatividad así como actualizar las medidas de vigilancia y control intraempresariales y extraempresariales (*third party compliance*), bien en su totalidad, si se trata de un CO individual, o bien sólo

⁴² Desde una óptica genérica, sobre las funciones del CO, vid. GALLEGO SOLER, J.I: “Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales”. En MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ, MARTÍN, V., (dirs.): *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, págs. 195-272, págs. 218-220. KONU, M: *Die Garantstellung des Compliance-Officers. Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen einer Compliance-Organisation*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, págs. 27 y ss.

aquellas vinculadas a un sector de riesgo concreto, si se trata de un CO sectorial integrado en un Órgano Colegiado de Cumplimiento

- c) Promover una cultura de cumplimiento en la empresa, lo que se traduce en una amalgama de diversas acciones de cumplimiento normativo: elaborar y difundir un código de conducta, formar a los empleados a fin de asegurar un correcto entendimiento y consolidación de las obligaciones de cumplimiento que les afectan así como los procedimientos y medidas integradas en este campo, liderar campañas de sensibilización, etc.
- d) Gestionar los canales de *whistleblowing*
- e) Iniciar y dirigir una investigaciones interna
- f) Reportar el ilícito penal al órgano de administración, en caso de carecer de competencias ejecutivas, o bien evitarlo *motu proprio*, en caso de contar con ellas
- g) Documentar todas las acciones llevadas a cabo en el terreno del cumplimiento normativo así como custodiar dicha documentación, manteniendo, al efecto, una estricta confidencialidad

3. Principios rectores que guían la labor del *compliance officer*

3.1. Principio de independencia

El CO debe desempeñar su profesión con la debida independencia, esto es, libre de influencias de terceros (incluido el órgano de administración) que puedan poner en riesgo la correcta ejecución de las tareas que se le asignan. Algunos estándares sectoriales como, por ejemplo, el Principio nº 5 del *Compliance and the Compliance function in Banks* publicado por el CBSB, determinados textos del panorama europeo, como la Directriz general nº 7 contenida en las Directrices de ESMA acerca de ciertos aspectos de los requisitos del órgano de verificación de cumplimiento, las propias normas ISO y UNE aprobadas en materia de cumplimiento normativo así como la vasta

mayoría de la doctrina española⁴³ y extranjera⁴⁴ abogan por el recto cumplimiento de este principio de actuación. Mientras que en organizaciones de grandes o medianas dimensiones habrá ocasión de poder satisfacer debidamente el principio mentado, dado el mayor margen de maniobra para adaptar la función de cumplimiento al requerimiento de independencia apuntado, en las corporaciones de dimensiones más reducidas seguramente el grado de independencia del CO va a tener que modularse debido a la frecuente asunción de posturas plurifuncionales que le obliguen a llevar a cabo paralelamente otra clase de cometidos o bien a causa de la mayor cercanía de esta figura con aquellos sujetos afectados por las acciones de cumplimiento normativo.

Bajo estas premisas, algunas medidas que podrían resultar de utilidad a fin de garantizar la suficiente independencia del CO en el curso de su labor son las que seguidamente se enumeran: (1) Permitirle el acceso a todo tipo de documentos, registros, locales y personal que necesite, siempre y cuando ello esté justificado⁴⁵; (2) Garantizarle una íntegra protección frente a represalias y tratos discriminatorios promovidos por razón del ejercicio de su cargo; (3) Ubicarlo en una posición jerárquica próxima a los máximos órganos de gobierno y garantizarle con ellos un contacto directo y fluido⁴⁶; (4) Dotarlo de autoridad suficiente como para que se tengan en cuenta sus opiniones y recomendaciones⁴⁷; (5) Confiar su designación, supervisión y destitución a un órgano distinto al de gestión social por estar éste también afectado por los controles y demás herramientas de *compliance*⁴⁸; (6) Contemplarle una duración contractual largoplacista que posibilite su continuidad en el cargo⁴⁹.

⁴³ Sin afán de exhaustividad, GALLEGO SOLER, J.I: “Criminal compliance y proceso penal...”, pág. 218. ENSEÑAT DE CARLOS, S: *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*, Aranzadi, Madrid, 2016, pág. 45. CASANOVAS YSLA, A: “Factores de independencia en *Compliance*”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2018, págs. 1-16, *passim*. Enlace: https://www.tendencias.kpmg.es/wp-content/uploads/2018/11/11_Factores_Independencia_221018.pdf

⁴⁴ Entre otros, SNELL, R: “Independence is to Compliance as Law is to Legal and Audit is to Audit”, *JHCC*, Vol. 11, nº 3, 2009, págs. 3-4, 70 (sic.), *passim*. MEIER-GREVE, D: “ Zur Unabhängigkeit des sog. Compliance Officers”, *CCZ*, Vol. 6, 2010, págs. 216-221, págs. 216 y ss.

⁴⁵ CASANOVAS YSLA, A: “Factores de independencia...”, pág. 2. MILLER, G. P: “The Compliance Function: An Overview”. En GORDON, J. N; RINGE, W.G., (eds.): *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2018, págs. 981-1.000, pág. 989.

⁴⁶ CASANOVAS YSLA, A: “Factores de independencia...”, pág. 2.

⁴⁷ ENSEÑAT DE CARLOS, S: *Manual del Compliance Officer...*, pág. 46.

⁴⁸ CASANOVAS YSLA, A: “Factores de independencia...”, págs. 4-5. BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 292.

⁴⁹ CASANOVAS YSLA, A: “Factores de independencia...”, pág. 4.

3.2. Principio de neutralidad

La neutralidad o imparcialidad guarda relación con una actuación profesional ecuánime, esto es, exenta de la persecución de intereses u objetivos personales o bien de un ánimo de perjudicar o beneficiar a los miembros de la empresa o a terceros vinculados comercialmente con la misma. Dos son básicamente los factores que pueden hacer peligrar la neutralidad del CO en su quehacer diario. Primero, el establecimiento de un sistema de remuneración que ponga en compromiso su objetividad⁵⁰ (por ejemplo, el condicionamiento de la obtención de *bonus* económicos a la consecución de ciertos objetivos de negocio), frente a lo cual, convendrá sustituir ese esquema retributivo por otro más afín a la exigencia de neutralidad vista (por ejemplo, la fijación de un salario estable acorde a la importancia de la función desempeñada). Segundo, la existencia de una situación de conflicto de intereses para el CO⁵¹ (por ejemplo, cuando la denuncia cursada por la línea de *whistleblowing* que ha de gestionar versa sobre un injusto penal cometido por un familiar que trabaja como directivo en la organización), en cuyo caso, lo procedente será su separación de la gestión del asunto, a fin de que se ocupe, en el supuesto de que la compañía cuente con un órgano colegiado de cumplimiento, otro de sus integrantes o incluso el CCO, o bien, de existir un único CO, el órgano de administración mismo.

3.3. Principio de autonomía

La eficacia del CMS implementado por la organización depende en buena medida de los recursos materiales que se pongan al alcance del CO y del tiempo que disponga efectivamente para desempeñar con éxito su labor⁵². Sin un suficiente grado de autonomía, a duras penas será posible que esta figura se halle en condiciones para lograr sus cometidos. Esto no significa, en cualquier caso, que la organización haya de destinar necesariamente una concreta línea presupuestaria para sufragar los costes surgidos en el

⁵⁰ CASANOVAS YSLA, A: “Factores de independencia...”, pág. 4.

⁵¹ El apartado 5.3.4. de la ISO 19600 brilla por su contundencia a la hora de exigir que la función de cumplimiento no ha de verse sometida a situaciones de conflicto de interés.

⁵² Vid. CASANOVAS YSLA, A: “Un nombramiento desenfocado”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2016, págs. 1-16, pág. 12. Enlace: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Errores_Compliance_N1.pdf EL MISMO: “Dos aspectos que lo dicen todo de un modelo de *Compliance*”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2016, págs. 1-18, pág. 13. Enlace: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Errores_Compliance_N7.pdf

ámbito de *compliance* sino que bastará con que al CO se le doten de los debidos recursos materiales para desempeñar convenientemente su labor.

3.4. Principio de integridad

La figura del CO ha de ser encarnada por alguien modélico en el campo del cumplimiento normativo⁵³. Un agente que haya estado inmerso en eventos contrarios a Derecho poca o, más bien, ninguna credibilidad ostentará frente a los miembros de la compañía o aquellos terceros vinculados comercialmente con la misma a la hora de poner en práctica las diversas herramientas de *compliance*. Todo apunta a que aquellas personas que, por ejemplo, dispongan de antecedentes penales por la comisión de un ilícito penal que despliegue una peligrosa incidencia sobre el recto cumplimiento de los deberes anudados al cargo en cuestión (por ejemplo, un cohecho activo), carecerán de la idoneidad precisa para ocupar el puesto de CO. Por ese motivo, el órgano de administración y, muy especialmente, los responsables del departamento de recursos humanos, deberán examinar diligentemente en el proceso de selección, entre otros aspectos, el historial del candidato al puesto de trabajo a fin de comprobar su grado de integridad.

A propósito de este aspecto, debe notarse que, en los últimos años, la exigencia de honorabilidad se ha convertido en una condición cada vez más extendida para el acceso y permanencia en determinadas actividades profesionales⁵⁴. Se habla, desde hace ya algún tiempo, de la conveniencia de incluir cláusulas de honorabilidad, más o menos exigentes, en los respectivos contratos de trabajo⁵⁵. La idea que late en el fondo de tal requerimiento radica esencialmente en la necesidad de analizar el pasado y el perfil de quien se postula al cargo a efectos de verificar si reúne unas cualidades tales como para poder confiar en un adecuado desempeño futuro de la labor asignada.

⁵³ Según el apartado 5.3.4. de la ISO 19.600, la función de cumplimiento debe demostrar integridad y compromiso con el cumplimiento.

⁵⁴ Vid. IRURZUN MONTORO, F: *Honorabilidad como Requisito para el Ejercicio de Profesiones Financieras y otras Actividades*, Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 23 y ss.

⁵⁵ Vid. *Ibidem*, págs. 201 y ss.

4. Una confusión frecuente: *compliance officer* y *Organismo di Vigilanza*

Una de las cuatro condiciones cumulativas que el legislador penal español reclama en el artículo 31 bis. 2 CP a efectos de conceder la exención penal a la persona jurídica por aquellos delitos cometidos por parte de los sujetos comprendidos en la primera vía de imputación asentada en el artículo 31 bis. 1 a) CP consiste en que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o bien alternativamente a otro que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

Pues bien, en relación con el primer organismo al que alude el articulado penal, la Fiscalía, en el Apartado 5.4., de su CFGE 1/2016, ha entendido que esta norma “se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o *compliance officer*) que, dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá estar constituido por una o por varias personas, con la suficiente formación y autoridad”. Sucede, sin embargo, que el artículo 6.1 b) del DLI 231, cuyo contenido es calcado por el artículo 31 bis. 2. 2º CP, no pretende hacer mención al CO sino a otro organismo distinto gestado en la cultura jurídica italiana conocido por el nombre de OdV, razón por la cual, parte de la doctrina ha calificado la exégesis de la Fiscalía como desafortunada⁵⁶.

⁵⁶ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A; NIETO MARTÍN, A: “Urgente: dos órganos de cumplimiento en las empresas”, *Almacén de Derecho*, 2016, págs. 1-3, págs. 1 y ss. Enlace: <http://almacendederecho.org/urgente-dos-organos-cumplimiento-las-empresas/> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En DE LA MATA BARRANCO, N. J; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A; NIETO MARTÍN, A: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 129-168, págs. 150-151. EL MISMO: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer* tras la reforma penal de 2015”. En FRAGO AMADA, J. A., (dir.): *Actualidad Compliance 2018*, Aranzadi, Navarra, 2018, págs. 215-232, págs. 217-219. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales”. En V.V.A.A: *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, págs. 165-200, pág. 183, Nm. 1.471-1.472. MONGILLO, V: *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, G. Giappichelli, Torino, 2018, pág. 208, nota a pie de página nº 117. COLAROSSO, E; CORTINOVIS, J: “I modelli organizzativi in Spagna”, *Rivista 231*, Vol. 4, 2016, págs. 289-307, págs. 303-307. Cree que podría decirse que la intención del legislador penal español también es la de configurar un órgano de cumplimiento lo más independiente posible de la alta dirección que, en su caso, también pueda realizar tareas de supervisión sobre ella MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance*...”, pág. 759. Colige a partir de un análisis comparativo entre el sistema español e italiano que el legislador español preconfigura respecto a la primera vía de imputación un órgano de cumplimiento parcialmente coincidente con el del modelo italiano CARPIO BRIZ, D: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español a la luz del modelo italiano de imputación al ente”, *Diritto Penale Contemporaneo*, nº 2, 2018, págs. 43-69, pág. 56. Identifica al CO como el órgano unipersonal o colegiado al que hace referencia el artículo 31 bis CP, sin embargo, no ignora la discusión doctrinal acerca del modelo italiano importado a nuestro sistema LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 18, nota a pie de página nº 4. Aborda este debate, asimismo, GÓMEZ MARTÍN,

En contraposición al CO, originado en el contexto norteamericano, el OdV surge estrictamente dentro del panorama nacional italiano⁵⁷. Se trata de un organismo colegiado de composición mixta normalmente nombrado por la junta de socios y formado por profesionales tanto internos como externos con perfiles no necesariamente coincidentes (por ejemplo, auditores internos o asesores jurídicos) cuya responsabilidad principal es la de asegurar tanto el funcionamiento como la actualización del modelo de organización y gestión adoptado por la entidad bajo los principios de autonomía, independencia, profesionalidad y continuidad de acción⁵⁸. Lo más destacable es que en regímenes como el italiano en los que, de idéntica forma que en el español, la persona jurídica no sólo puede ser condenada penalmente por los delitos de los empleados infractores respecto a los que no se haya ejercido un debido control sino también por los delitos cometidos por los denominados *apicali* (artículo 5 del DLI 231) resulta poco convincente y apenas creíble que el mismo delegado/subordinado esté en plenas condiciones de supervisar satisfactoriamente a su delegante/superior⁵⁹. Conscientes de este inconveniente, el sistema italiano incorporó la figura del OdV en aras de posibilitar también la vigilancia y control de este último grupo de sujetos⁶⁰, siendo catalogada como la respuesta nacional a la cuestión de cómo vigilar a los propios vigilantes⁶¹ (el eterno interrogante: *Quis custodiet ipsos custodes?*). Pese a las notables diferencias que separan al OdV del CO (por ejemplo, sus orígenes o la posición ocupada en la organización), ambos comparten entre sí palpables puntos de contacto, dado su importante papel de velar por la integridad de los distintos mecanismos introducidos en la empresa a efectos de prevenir, detectar y reaccionar ante la comisión de ciertos

V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales: el caso del compliance officer*, *Inédito*, 2020, págs. 92 y ss., 115 y ss.

⁵⁷ Sobre los distintos orígenes y evolución del OdV en comparación con el CO, vid. MONGILLO, V: “L’Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell’ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche”, *Rivista 231*, Vol. 4, 2015, págs. 83-107. Págs. 84-85. COLONNA, F: “I rapporti tra *compliance officer* ed Organismo di Vigilanza”, *Rivista 231*, Vol. 1, 2008, págs. 115-123, págs. 115-121.

⁵⁸ LEDDA, F; GHINI, P: “Organismo di vigilanza: nomina e aspetti teorici e pratici”, *Rivista 231*, Vol. 1, 2008, págs. 213-222, págs. 214-215.

⁵⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A; NIETO MARTÍN, A: “Urgente: dos órganos de cumplimiento...”, pág. 1. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, pág. 150.

⁶⁰ La doctrina italiana también ha debatido si los miembros del OdV pueden ser hechos responsables en comisión por omisión de aquellos hechos delictivos no evitados con base en el artículo 40 del Código Penal italiano. Al respecto, vid. MONGILLO, V: “L’Organismo di Vigilanza...”, págs. 101-107. Parece que la jurisprudencia de esta país, a partir de la *Sentenza della Prima Sezione della Corte di Cassazione n. 18168 del 20 gennaio 2016*, ha empezado a ofrecer una respuesta de cuño negativo a esta cuestión.

⁶¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, pág. 218.

ilícitos penales e incluso de mantener un constante reporte con el órgano de administración, razón por la cual, no es de extrañar que parte de la academia se haya ocupado de abordar pormenorizadamente su debida escisión y coordinación⁶².

A fin de comprender debidamente la figura del OdV, resulta indispensable conocer, por lo demás, la particular cultura de gobierno corporativo en la que se ha gestado. Originariamente Italia adoptó el denominado sistema de gobernanza tradicional u ordinario (artículo 2.380 del Código Civil Italiano) basado en la existencia de instancias de control independientes de la gestión social. Este sistema, aún hoy en día vigente, lo conforman hasta tres tipos de organismos: la asamblea de socios, el órgano de administración (administrador único o consejo de administración) y el *Collegio Sindacale*⁶³. El *Collegio Sindacale*, que es una de esas instancias de control a las que antes me refería, se trata de un órgano exclusivo del contexto italiano formado por tres o cinco miembros elegidos por la Asamblea de Socios que tiene como cometidos clave garantizar el cumplimiento de la legalidad en la empresa, asegurar el respeto del principio de buena administración y ofrecer, a su vez, una revisión de tipo contable⁶⁴. A pesar de mantener significativas distancias con el OdV, especialmente por contar con competencias de control en torno a la labor de los administradores sociales de las que el OdV carece (por ejemplo, convocar al consejo de administración, impugnar sus decisiones, interponer acciones de responsabilidad contra sus miembros, etc.)⁶⁵, las similitudes que los vinculan son tan estrechas que tanto desde la óptica práctica como teórica se han generado importantes discusiones acerca de cómo escindir y compatibilizar sus cometidos⁶⁶.

⁶² Vid. MONGILLO, V: “L’Organismo di Vigilanza...”, págs. 83 y ss. COLONNA, F: “I rapporti tra compliance officer...”, págs. 121 y ss. COLAROSSO, E; CORTINOVIS, J: “I modelli organizzativi in Spagna”, págs. 303-307.

⁶³ DI MARTINO, G: “Corporate governance: sistema tradizionale, monistico o dualistico?”, *Piccole e Medie Imprese*, 2011, págs. 1-3, págs. 1 y ss. Enlace: <https://www.pmi.it/professionisti/regole-e-compensi/195678/corporate-governance-sistema-tradizionale-monistico-o-dualistico.html>

⁶⁴ Conviene resaltar que, a diferencia de la responsabilidad por omisión de los integrantes del OdV, existe cierto consenso, especialmente jurisprudencial, sobre la ocupación por los miembros del *Collegio Sindacale* de una posición de garante de evitación de delitos de empresa. Vid. CELESIA, L. J; DE SANCTIS, A: “Collegio Sindacale e Organismo di Vigilanza: Crisi di identità?”, *Rivista 231*, Vol. 2, 2012, págs. 77-82, pág. 80.

⁶⁵ CELESIA, L. J; DE SANCTIS, A: “Collegio Sindacale e Organismo di Vigilanza...”, pág. 80.

⁶⁶ Sin afán de exhaustividad, vid. CELESIA, L. J; DE SANCTIS, A: “Collegio Sindacale e Organismo di Vigilanza...”, *passim*. SCAFIDI, A; ANNOVAZZI, S: “Il ruolo del collegio sindacale nell’ambito dei Modelli Organizzativi ex d.lgs. 231/2001 ed i suoi rapporti con l’Organismo di Vigilanza e Controllo (parte 1)”, *Rivista 231*, Vol. 2, 2007, págs. 109-121, *passim*. LOS MISMOS: “Il ruolo del collegio sindacale nell’ambito dei Modelli Organizzativi ex d.lgs. 231/2001 ed i suoi rapporti con l’Organismo di Vigilanza e Controllo (parte 2)”, *Rivista 231*, Vol. 3, 2007, págs. 103-119, *passim*.

Pese a lo expuesto, desde la entrada en vigor el 1 de enero de 2004 del Decreto legislativo italiano de 7 de enero de 2003, en Italia se permite que las sociedades de capital opten alternativamente por otros modelos de gobernanza corporativa distintos al tradicional, siendo este último el aplicado por defecto en caso de no optarse en los Estatutos Sociales por ningún otro. Concretamente, las empresas italianas están facultadas para acoger hasta otros dos regímenes más:

Primero, el sistema dualista (artículos 2.409-*octies* ss., del Código Civil Italiano). Es el régimen de gobernanza corporativa que rige desde hace décadas en Alemania. La administración de la compañía representa una tarea encomendada al Consejo de Administración (*Vorstand*, en Alemania, *Consiglio di Amministrazione*, en Italia). En cambio, la comprobación de que sus actuaciones son acordes a la legalidad forma parte del espectro de deberes del denominado Consejo de Vigilancia (*Aufsichtsrat*, en Alemania, *Consiglio di sorveglianza*, en Italia) compuesto de forma mixta, toda vez que, a tenor de la mecánica de la codeterminación o cogestión (*Mitbestimmung*), sus integrantes, escogidos por la Asamblea de socios, tanto pueden ser accionistas como representantes de los trabajadores⁶⁷. Más en concreto, este organismo colegiado interviene en las sociedades de capital germanas y particularmente en las anónimas (*Aktiengesellschaft*), con el propósito de nombrar a los miembros del consejo de administración y controlar su gestión (§ 111.1 AktG)⁶⁸ para asegurar que estos no ejecutan comportamientos contrarios a Derecho perjudiciales para los intereses de los socios. Es decir, su tarea quedaría condensada en supervisar que la actuación del órgano rector sea leal al interés social⁶⁹, para lo cual, se compromete a vigilar y controlarlo, así como a impedir la eventual perpetración de actuaciones contrarias a Derecho. En razón de ello, TIEDEMANN concluye que tanto el *Aufsichtsrat* en su conjunto como cada uno

⁶⁷ DI MARTINO, G: “Corporate governance...”, pág. 1.

⁶⁸ Dispone, además, de otras funciones, como, por ejemplo, el examen y comprobación de los libros y documentos de la sociedad (§ 111.2 AktG). En más detalle, sobre las facultades del *Aufsichtsrat*, vid. CRAMER, P; “Rechtspflicht des Aufsichtsrats zur Verhinderung unternehmensbezogener strafbarer Handlungen und Ordnungswidrigkeiten”. En, KÜPER, W; WELP, J (dirs.); *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Müller, Erlangen, 1993, págs. 563-586, págs. 567 y ss.

⁶⁹ Muestro de ello es que los miembros del *Aufsichtsrat* pueden llegar a ser responsables en comisión por omisión de un delito de administración desleal del § 266 StGB (*Untreue*) por no haber adoptado ninguna medida contra aquellos actos del consejo de administración perjudiciales para el patrimonio de la sociedad. Cfr. TIEDEMANN, K; “Untreue bei Interessenkonflikten. Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern”. En, JESCHECK, H. H; VOGLER, T (hrsg.); *FS für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*: págs. 319-335. Walter de Gruyter, Berlin, 1989, págs. 322, 335.

de sus miembros encarnan una posición de garante dual: de control, en beneficio de los terceros que puedan verse afectados por los ilícitos cometidos por el consejo de administración, pero, al mismo tiempo, de protección del patrimonio de la empresa frente a los actos dañosos que este órgano pueda cometer⁷⁰.

Segundo, el sistema monista (artículos 2.409-*sexiedecies* ss., del Código Civil Italiano). Es el régimen característico de los países anglosajones (Estados Unidos y Reino Unido) y el que ha acogido el ordenamiento jurídico español. La administración y control de la sociedad incumben a un único órgano, el consejo de administración, distinto a los sujetos titulares de la propiedad de la empresa, representados en la Junta o Asamblea General de Socios. A pesar de no existir un tercer órgano independiente capacitado para garantizar que las actuaciones de aquellos que detentan la máxima gestión social del negocio sean acordes a Derecho, sí es posible encomendar dicho control a un comité delegado interno (en Italia, el *Comitato per il controllo della gestione*) encabezado por consejeros independientes.

Consciente seguramente de la multiplicidad de órganos con competencias más o menos holgadas en el campo del cumplimiento normativo operativos en semejante magma de culturas de gobernanza, el legislador italiano aprobó, aparentemente a fin de posibilitar un ahorro de costes a las corporaciones de este país, la *Legge 12 novembre 2011 n° 183*, mediante la cual se introdujo un nuevo precepto en la normativa nacional: el artículo 6.4 bis DLI 231. Este precepto permite a las sociedades de capital italianas atribuir los cometidos del OdV al *Coleggio Sindacale* (sistema tradicional), al *Consiglio di sorveglianza* (sistema dual) o al *Comitato per il controllo della gestione* (sistema monista). De forma análoga, en nuestro marco, el segundo inciso del artículo 31 bis. 2.^a CP también autoriza que la función de supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado sea confiada alternativamente a un órgano que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica (la comisión de auditoría es el ejemplo más claro).

⁷⁰ TIEDEMANN, K: “Untreue bei Interessenkonflikten...”, págs. 321-322.

A la luz de todo expuesto, tengo la impresión de que si realmente el legislador penal español ha querido extrapolar a nuestro ordenamiento jurídico el régimen contenido en la normativa italiana en aras de emular fielmente su modelo⁷¹, las corporaciones de nuestro país, con tal de poder ser acreedoras de la eximente legal contemplada en el artículo 31 bis CP, tendrían que incorporar en su estructura una dualidad de órganos⁷². Primero, el OdV o, como alternativa, aquel órgano que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica, al que se le asignaría exclusivamente la responsabilidad de garantizar la operatividad de los mecanismos de vigilancia y control respecto a los *apicali* (primera vía de imputación) conforme lo dispuesto por el artículo 31 bis. 2. 2º CP. Y segundo, el CO, cuya función quedaría relegada a la supervisión del debido funcionamiento de los distintos controles y protocolos establecidos para el resto de integrantes de la compañía (segunda vía de imputación), pese a su falta de reconocimiento legal, dada su trascendente labor desempeñada en pos del cumplimiento normativo reconocida tanto en ciertas normativas sectoriales (principalmente, las del sector bancario y de seguros) como en determinados estándares técnicos disponibles en la materia (por ejemplo, la norma ISO 19600).

Siendo esto así, a aquellas empresas españolas que deseen incorporar en su estructura un OdV no les quedaría más remedio que afrontar el gran reto de tener que articular un organismo de raíces italianas en un sistema de gobierno corporativo monista próximo al norteamericano, al que, de un lado, no le resulta fácil comprender dicha figura⁷³ y en el que, por si fuese poco, el CO está cada vez más consolidado o incluso ya asentado por completo en determinados sectores de actividad. A todo esto se le sumarían, por supuesto, las notables confusiones que todavía gravitan en torno a la delimitación de una y otra figura.

⁷¹ La justificación aducida por el Grupo Parlamentario Popular a la enmienda del artículo 31 bis CP arroja poca luz en este extremo. Simplemente se limitó a expresar lo siguiente: “La enmienda propuesta refuerza la seguridad en la interpretación del precepto en los ámbitos en los que existen tales órganos de supervisión: se aclara —sin espacio para la duda— que la función de control podrá ser asumida por ellos”. Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Legislatura X. Proyectos de Ley. 10 de diciembre de 2014. Serie A. Nº 66-2. Pág. 529. Enlace: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF#page=1

⁷² LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A; NIETO MARTÍN, A: “Urgente: dos órganos de cumplimiento...”, pág. 1.

⁷³ Afirman COLAROSI y CORTINOVIS: “el sistema de gobierno corporativo español, fundado en un modelo monista de gobierno, parece refractario (por falta de conocimiento) a la figura italiana del OdV, conformándose mayoritariamente con una visión del *compliance* arraigada al sistema estadounidense”. Cfr. COLAROSI, E; CORTINOVIS, J: “I modelli organizzativi in Spagna”, pág. 305.

Quizás una forma de armonizar el modelo de exención introducido por el legislador español pase por asignar las funciones de control sobre los *apicali* directamente a la comisión de auditoría con arreglo a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 31 bis. 2. 2ª CP⁷⁴. Sin embargo, el principal escollo con el que topa esta propuesta es que, si bien encaja perfectamente con la estructura de las sociedades cotizadas, en las que la inserción de la comisión de auditoría es obligatoria (artículo 529 terdecies LSC), deja huérfanas a aquellas sociedades no cotizadas que hayan omitido incorporar voluntariamente un órgano con semejante fisonomía. Aparte, cuesta creer que la comisión de auditoría, dedicada propiamente a cuestiones de naturaleza financiera, esté en condiciones de ocuparse del control de riesgos tales como los medioambientales⁷⁵. Para las empresas de pequeñas dimensiones⁷⁶ todavía quedaría la posibilidad de asignar ese cometido al órgano de administración (artículo 31 bis. 3 CP). No obstante, esta alternativa suscita el trascendente interrogante de cómo es posible que el vigilante se vigile a sí mismo. Una vez más, quizás el CO sería la figura idónea para ello, pese a que tal solución comportaría retornar al mismo problema que de raíz se pretendía evitar: la dificultad de que un delegado se ocupe de supervisar a su delegante. Una coyuntura tan difusa demuestra, en fin, las desventajas que conlleva importar indiscriminadamente y sin la reflexión adecuada el modelo de un país con importantes divergencias sistemáticas respecto al nuestro.

⁷⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, pág. 219. Se refiere a la posibilidad de que en ámbitos sectoriales las funciones del organismo de vigilancia sean asignadas a la comisión de auditoría GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, pág. 94.

⁷⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A; NIETO MARTÍN, A: “Urgente: dos órganos de cumplimiento...”, pág. 1. Ponen también reparos en la capacidad de la comisión de auditoría para hacerse cargo de cuestiones de cumplimiento legal que sobrepasan las financieras ARMOUR, J; GARRETT, B; GORDON, J; MIN, G: “Board Compliance”, págs. 1.191 y ss.

⁷⁶ Son empresas de pequeñas dimensiones, en virtud del criterio contable acogido por el artículo 31 bis. 3 CP, aquellas que estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. Según el artículo 258.1 LSC, están autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada aquellas sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros; b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros; c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta. Se muestra crítico con este criterio legal, considerando más adecuado que se hubiesen definido las empresas de pequeñas dimensiones en razón de su estructura organizativa y no tanto en función de su operativa económica GALLEGO SOLER, J.I: “Criminal compliance y proceso penal...”, pág. 214, nota a pie de página nº 24.

Cuestión distinta es que cupiese colegir que, pese a haberse reproducido letra por letra el DLI 231, la intención del legislador penal español, por desconocimiento de las divergencias estructurales entre nuestro país e Italia, ha sido, en realidad, la de aludir en el artículo 31 bis. 2. 2ª CP al CO y no al OdV con tal de transitar por la misma senda que el sistema norteamericano⁷⁷, tal como parece que se está haciendo en el ámbito práctico empresarial. Quizás una posible vía para interpretar esto radique en los presupuestos comunes de los modelos de organización y gestión asentados por el legislador español en el artículo 31 bis. 5 CP. Pese a la introducción de un régimen de exención aparentemente diferenciado en función de si el hecho de conexión pertenece a los sujetos comprendidos en la primera vía de imputación (artículo 31 bis. 2 CP) o en la segunda (artículo 31 bis. 4 CP), el articulado penal define, con posterioridad, los presupuestos de los modelos de organización y gestión de forma unitaria, acercando sustancialmente ambas clases de exoneración. De hecho, la distinción efectuada por el articulado penal ha sido relativizada por la propia CFGE en su Apartado 5.2., llegando a afirmar que la única diferencia sustancial entre ambos sistemas de exención sería la exigencia para la primera vía de imputación de una elusión fraudulenta de las medidas de control por los autores individuales (artículo 31 bis. 2. 3º CP). Entre los requisitos compartidos contemplados en el artículo 31 bis. 5 CP hallamos precisamente la imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Organismo que, al parecer, venía contemplado *ex lege* únicamente para la exención de la persona jurídica por los delitos de los *apicali*, apuntándose, pues, en principio, hacia el OdV, pero que, a la luz de lo dictado por este precepto, parece extenderse también al régimen de exoneración de la empresa por los ilícitos penales cometidos por los empleados subordinados de la segunda vía de imputación⁷⁸.

⁷⁷ El camino transitado por el legislador chileno es, en este sentido, aleccionador. La Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho introdujo una figura cercana al CO bautizada con el nombre de “encargado de prevención”, desmarcándose con ello del sistema italiano y aproximándose con altas dosis de transparencia al estadounidense.

⁷⁸ Pese a reconocer que la cuestión es objeto de controversia, cree que en el ordenamiento jurídico español hay razones para una interpretación del Código Penal tendente a comprender las referencias al órgano de cumplimiento penal tanto en el ámbito de la primera vía de imputación como la segunda GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: “La culpabilidad de la persona jurídica”. En BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: *Tratado de responsabilidad penal de las persona jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2ª ed., 2016, págs. 143-219, págs. 192-193.

Curiosamente el homólogo italiano del artículo 31 bis. 5 CP, el artículo 6.2 DLI 231, deja asentados los mismos requisitos de los modelos de organización y gestión que el legislador español reproduce, sin embargo, sólo los considera para el régimen de exención contemplado para los delitos de los sujetos integrados en la primera vía de imputación, previendo el artículo 7.4 DLI 231, en cambio, otros presupuestos menos rigurosos de cara a la exoneración de la empresa frente los ilícitos penales de los sujetos de la segunda vía, entre los cuales, no se encuentra la obligación de informar a ese órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control. Con ello queda fuera de toda duda de que en Italia el organismo al que hace alusión el artículo 6.2 DLI 231 es el OdV⁷⁹, cuestión ésta, como se ve, mucho más controvertida en España fruto de una redacción legal profundamente deficiente.

Frente a un panorama tan confuso, creo que, si la intención del legislador penal español realmente ha sido la de hacer alusión en el articulado al CO en vez de al OdV, lo conveniente sería efectuar una nueva reforma legal con tal de aclarar pertinentemente este aspecto. Acrobacias interpretativas como las efectuadas por la CFGE no aportan solución al problema sino que hacen temblar peligrosamente los cimientos del principio de legalidad y generan aún más confusión en un contexto ya de por sí controvertido. Mientras este extremo no haya sido aclarado y la intención del legislador español de mimetizar el modelo italiano permanezca intacta, lo que incluye la presunta referencia legal al OdV, resulta indispensable que la Fiscalía se retracte en sus palabras a fin de evitar contradicciones como las alertadas y garantizar una armonía en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en España⁸⁰.

⁷⁹ Expresa que la estructura del modelo de exención del artículo 7 DLI 231 parece ser distinta respecto a la del modelo contemplado para evitar los ilícitos de los *apicali*, particularmente en lo que toca a la introducción de un OdV, pese a que en la *praxis* su función preventiva llegue a ampliarse también en relación con el control de los subordinados COLACURCI, M: “L’idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi”, *Diritto Penale Contemporaneo*, n° 2, 2016, págs. 66-79, pág. 71.

⁸⁰ De acuerdo con LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A; NIETO MARTÍN, A: “Urgente: dos órganos de cumplimiento...”, págs. 2-3.

CAPÍTULO II

EL FENÓMENO DE LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS EN EL *COMPLIANCE*

1. *Stakeholders*, *stockholders* y deberes fiduciarios de los administradores

El impacto de algunos de los escándalos corporativos más mediáticos y trascendentes acaecidos en estos últimos años, como los protagonizados por Volkswagen, Siemens, Wells Fargo, Enron o Parmalat, ha remarcado una máxima que debería resultar evidente e intocable. La legítima libertad de iniciar un negocio y pretender obtener el máximo de los réditos económicos gracias a esa actividad comercial de ninguna de las maneras puede dejar de respetar tanto los intereses de los componentes del conglomerado empresarial (por ejemplo, la empresa debe asegurar la protección de la salud y seguridad de los trabajadores por medio de una política de prevención de riesgos laborales adecuada) como aquellos de los que son titulares aquellas terceras partes pertenecientes a diversos sectores de la sociedad (por ejemplo, la entidad debe verificar que el producto que pone en circulación es inocuo para los consumidores). Regiría, en esencia, aquel clásico deber negativo consistente en omitir organizar la esfera jurídica de uno de una forma tal como para interferir perjudicialmente en esferas jurídicas ajenas (*neminem laedere*)⁸¹: la libertad de uno halla su límite en el respeto a la libertad de otro.

Lo anterior reclamaría, de todos modos, un importante matiz. Tal deber anudado a la consecución de los objetivos comerciales no debería traducirse necesariamente en que los administradores de las compañías hayan de ponderar armónicamente los intereses de los grupos de interesados (*stakeholders*)⁸² con aquellos pertenecientes a los accionistas e inversores (*stockholders*)⁸³. En el modelo de gobierno corporativo monista asentado en España los administradores son nombrados por los propietarios del negocio con el

⁸¹ Expresa, al respecto, DOPICO GÓMEZ-ALLER: “(...) estamos hablando de un deber general, el deber mínimo y básico de cualquier sociedad: no dañar a otro (*neminem laedere*), ni con nuestro cuerpo ni con ninguno de los elementos de nuestra esfera”. Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 751.

⁸² Este término, atribuible a FREEMAN, hace alusión a todos aquellos sujetos que se ven afectados o pueden verse afectados por las decisiones y actividades de la empresa: clientes, organizaciones sociales, sindicatos, medios de comunicación, etc. Cfr. FREEMAN, E: *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge University Press, New York, 2010 (1984), *passim*.

⁸³ Vid. HEATH, J: “Business Ethics Without Stakeholders”, *BEQ*, Vol. 16, nº 3, 2006, págs. 533-557. Pág. 543. GOODPASTER, K. E: “Business Ethics and Stakeholder Analysis”, *BEQ*, Vol. 1, nº 1, 1991, págs. 53-73, págs. 61-63.

propósito principal de amparar el interés social⁸⁴, siendo necesario para ello una gestión del negocio conforme a sus deberes de diligencia (artículo 225 LSC) y lealtad (artículo 227 LSC). Será frente a estos últimos ante quienes los administradores deberán, en fin, rendir cuentas por los resultados originados a raíz de su adecuada o deficiente administración (*accountability*).

Con esto no se quiere venir a decir que los *stakeholders* puedan ser ignorados sino que la única expectativa de aquellos cuya libertad se ve afectada de un modo u otro por el comportamiento económico-privado debería consistir en que sus intereses sean tenidos en cuenta en el curso de los procesos productivos de la empresa para evitar ser lesionados. Pero eso no significa que sus intereses hayan de ubicarse en el mismo eslabón que aquellos pertenecientes a los titulares del negocio con quien los administradores verdaderamente asumen un compromiso de naturaleza fiduciaria. A fin de cuentas, la posición de los *stakeholders*, por decirlo de algún modo, divergiría a la de un acreedor fiduciario respecto a los primeros⁸⁵.

Por lo expuesto, creo que las organizaciones no estarían obligadas a valorar ecuanímente los intereses de uno y otro grupo, por ejemplo, haciendo partícipes a los *stakeholders* en la confección de los CMS (*tripartism*)⁸⁶ o en la toma de decisiones⁸⁷, pese a que en algún país esta mecánica participativa se haya convertido en una práctica aceptada y extendida⁸⁸. La carga que sí pesaría sobre las organizaciones sería la de asegurar que las decisiones adoptadas se ajustan al marco de juego que el legislador ha delimitado, y, con ello, que las acciones sucesivas no acarreen un menoscabo de sus legítimos intereses en pos de la búsqueda del mayor de los beneficios. No se trataría de cumplir, por tanto, con un deber fiduciario sino, bien mirado, con uno jurídico-penal de

⁸⁴ Por interés social entendemos, siguiendo la definición contractualista formulada por ALFARO ÁGUILA-REAL, el interés común de los socios en maximizar el valor de sus inversiones por medio de la recepción del mayor de los réditos económicos fruto del ejercicio de una determinada actividad social. Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J: “El interés social: planteamiento”, *Almacén de Derecho*, 2010, págs. 1-4, pág. 1. Enlace: <http://derechomercantiles.espana.blogspot.com.es/2010/10/el-interes-social-planteamiento.html>

⁸⁵ GOODPASTER advierte de los peligros e inconvenientes de lo que él bautiza con el nombre de fenómeno de la “multi-fiduciarización”. Cfr. GOODPASTER, K. E: “Business Ethics...”, págs. 61-63.

⁸⁶ Vid. AYRES, I; BRAITHWAITE, J: “Tripartism: Regulatory Capture and Empowerment”, *Law & Social Inquiry*, Vol. 16, n° 3, 1991, págs. 435-496, págs. 441-445.

⁸⁷ Señala ALFARO ÁGUILA-REAL: “los terceros no socios no participan en el gobierno de la sociedad, esto es, en la toma de las decisiones discrecionales, decisiones que el legislador reserva a los socios. Y, en el escrutinio de estas decisiones discrecionales – en la concreción de si son conformes o contrarias al interés social – solo se tienen en cuenta los intereses de los socios”. Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J: “El interés social: planteamiento”, pág. 4.

⁸⁸ El paradigma es el sistema alemán de la codeterminación o cogestión (*Mitbestimmung*).

corte negativo. Que a esto se le pueda denominar “responsabilidad social corporativa” no es algo que quede del todo claro⁸⁹.

2. La responsabilidad del órgano de administración en el marco del cumplimiento normativo

Partimos, en términos generales, de que la empresa moderna representa una organización humana altamente compleja en la que se entremezclan distintos individuos con responsabilidades divergentes guiados por una serie de principios a nivel tanto horizontal como vertical⁹⁰. De dicha entidad, en tanto potencial foco de peligro, pueden surgir una multiplicidad de *outputs* lesivos, sean estos personales (comisión de hechos delictivos por los miembros de la corporación) u otros provenientes de cosas titularidad de la organización (preservación y empleo de maquinaria y herramientas de trabajo transgresoras de los estándares mínimos en materia de salud y seguridad de los trabajadores)⁹¹ que han de saberse neutralizar o, cuanto menos, mantener dentro de un estándar de riesgo permitido con tal de evitar una lesión de los bienes jurídicos de los que son titulares aquellos sujetos a quienes les afecta o puede afectar la actividad de negocio que libremente se ha optado por iniciar⁹². Nadie negará que a todo proceso

⁸⁹ Comenta ALFARO ÁGUILA-REAL con mucha razón: “Si me dicen que en un informe de responsabilidad social corporativa (RSC) tengo que explicar cómo hemos cumplido con normas *antitrust*, las normas antiblanqueo, las normas de defensa de los consumidores, etc., es que estamos considerando que una empresa “socialmente responsable” es aquella que cumple con las normas que le son de aplicación. Esto es un error. Una empresa tiene la obligación jurídica de cumplir con las leyes que le vinculan y eso no tiene nada que ver con que consideremos que actúa de forma “socialmente responsable”. Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J: “Interés social, cumplimiento normativo y responsabilidad social corporativa”, *Almacén de Derecho*, 2016, págs. 1-5, pág. 1. Enlace: <http://almacendederecho.org/interes-social-cumplimiento-normativo-y-responsabilidad-social-corporativa/>

⁹⁰ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B: “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 2010, págs. 1-30, págs. 1-6. Enlace: <http://www.ciidpe.com.ar/area1/imputacion%20de%20hechos%20delictivos.feijoosanchez.pdf>

⁹¹ Sobre la trascendente distinción entre riesgos personales y riesgos provenientes de cosas, vid. BEULKE, W: “Der “Compliance Officer” als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung”. En, GEISLER, C; KRAATZ, E; KRETSCHMER, J; SCHNEIDER, H; SOWADA, C., (hrsg.): *FS für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, De Gruyter, Berlin, 2011, págs. 23-42, pág. 35.

⁹² En este sentido, FRISCH, W: “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo” (Traducción a cargo de PAREDES CASTAÑÓN, J.M.). En MIR PUIG, S; LUZÓN PEÑA, D.M., (dirs.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 99-127, pág. 116. ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”. En SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.): *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, págs. 319-331, pág. 322. GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, pág. 136. RANSIEK, A: “Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers”, *Die Aktiengesellschaft*, Vol. 55, nº 5, 2010, págs. 147-153. Pág. 150. ROTSCH, T: “Wider die Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten”.

productivo le son inherentes una serie de riesgos mínimos tolerados socialmente⁹³. Sin embargo, lo que se viene exigiendo es una cierta seguridad de que estos eventos lesivos resultantes del desarrollo de la actividad comercial no se acaben entendiendo como un injusto penal sino como una desgracia⁹⁴.

Los titulares del negocio – los socios – como contrapartida a la libre decisión de poner en marcha una actividad comercial, son los que originariamente deberían invertir esfuerzos en contener aquellos riesgos jurídico-penalmente relevantes surgidos en su propia esfera de organización, lo que no deja de ser una patente expresión del clásico sinalagma ejercicio de la libertad-responsabilidad por las consecuencias. Ocurre, sin embargo, que dicho deber, en consonancia con el esquema de escisión propiedad-control que actualmente rige en las sociedades mercantiles españolas basadas en un sistema de gobierno corporativo monista⁹⁵, es asumido prácticamente por completo por el órgano de administración en calidad de máximo responsable de la gestión social^{96 97}.

En SCHULZ, L; REINHART, M; SAHAN, O., (hrsg.): *FS für Immer Roxin*, C.F. Müller, Heidelberg, 2012, págs. 485-500, pág. 497.

⁹³ Escribe JAKOBS: “(...) puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible, por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediablemente tolerado, como riesgo permitido”. Cfr. JAKOBS, G: *La imputación objetiva en derecho penal* (Traducción a cargo de CANCIO MELIÁ, M.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, pág. 26.

⁹⁴ JAKOBS, G: “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza” (Traducción a cargo de PEÑARANDA RAMOS, E). En JAKOBS, G: *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 209-222, pág. 213. Lo sigue FEIJOO SÁNCHEZ, B: “Imputación de hechos delictivos...”, pág. 19.

⁹⁵ Vid. Capítulo I. Apartado 4.

⁹⁶ Valga reproducir las siguientes palabras de SILVA SÁNCHEZ: “en puridad la delegación ya empieza en el nivel de los órganos de administración, pues éstos son materialmente “delegados” de la empresa. La posición de garantía inicial, la competencia originaria, es, pues, del empresario, en la medida en que éste crea una organización para la producción y distribución de bienes o para la realización de servicios”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, *CDJ*, nº 2, 1997, págs. 9-58, págs. 14 y ss. En este sentido, también, GARCÍA CAVERO, P: “La posición de garantía del empresario: a propósito del caso Utopía”. En V.V.A.A: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 381-400, págs. 390-391. Más recientemente, PASTOR MUÑOZ, N: “¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa? Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio”, *Diario la Ley*, nº 9.400, 2019, págs. 1-14, pág. 9.

⁹⁷ En este trabajo partiré de la clásica concepción basada en la separación entre la propiedad y el control en las empresas, razón por la cual, me focalizaré en la posición de garantía del órgano de administración. Ello no quita, sin embargo, que este paradigma, a día de hoy, seguramente esté empezándose a poner en tela de juicio, sobre todo a la luz de la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas. De ser eso cierto, debería ser motivo de examen si acaso cabe hablar de una posición de deber de vigilancia y control residual de los accionistas. Tentivamente creo que resultaría sorprendente que eso no fuese así. Podría chocar, en efecto, que quienes adoptan la libre decisión de iniciar un negocio y se benefician de los resultados que de éste se derivan puedan desentenderse de lo que ocurre en el seno de la corporación y, pese a ello, salir indemnes ante la comisión de un delito por un integrante de esa misma empresa. Sobre la responsabilidad penal de los accionistas, vid. CIGÜELA SOLA, J: “La responsabilidad penal de los accionistas por la criminalidad corporativa”. En

En efecto, es éste quien principalmente afronta la amenaza de responder penalmente en comisión por omisión en caso de omitir contener aquellas conductas antijurídicas brotadas a propósito del desempeño de la actividad mercantil en infracción del compromiso de control libremente asumido⁹⁸.

Ahora bien, es importante señalar que no todo injusto penal tendrá que ser conjurado sino sólo aquellos que guarden una vinculación con el establecimiento (*betriebsbezogene Delikten*), quedando fuera los llamados hechos cometidos con extralimitación (*Exzeßtaten*)⁹⁹, a saber, aquellos delitos perpetrados por los trabajadores en calidad de particulares pero dentro del contexto corporativo. Por hechos vinculados con el establecimiento ha de entenderse fundamentalmente aquel círculo de delitos que sean expresión de los riesgos imbricados a la actividad social, materializados gracias al específico potencial de actuación conferido por la empresa¹⁰⁰ y en beneficio directo o indirecto de ésta¹⁰¹. Desde la óptica del cumplimiento normativo, el núcleo incontrovertido de estos grupo de delitos lo formarían, en puridad, aquellos ilícitos capaces de desencadenar responsabilidad penal en la persona jurídica¹⁰². Y estos, por lo general, encontrarían acomodo en el concepto de criminalidad de empresa (*Unternehmenskriminalität*), contrapuesto al de criminalidad intraempresarial o criminalidad en la empresa (*Betriebskriminalität*), expresión ésta que englobaría aquellos hechos antijurídicos que atentan contra bienes jurídicos individuales de los

MARTÍNEZ-ECHEVARRIA, A., (dir.): *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2019, págs. 717-747, págs. 732 y ss.

⁹⁸ Vid. Capítulo III. Apartado 2.

⁹⁹ Esta bipartición la introduce SCHALL, H: “Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung”. En ROGALL, K; PUPPE, I; STEIN, U; WOLTER, J., (dirs.): *FS für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Wolter-Kluwer, München, 2004, págs. 267-283, págs. 278 y ss. A favor de que sólo sean conjurados aquellos hechos penales que guarden una vinculación con el establecimiento DEMETRIO CRESPO, E: *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 93-94, 177-180.

¹⁰⁰ Tal como lo explica ROBLES PLANAS, se trata de delitos en los que el empleado utiliza el específico potencial de actuación que se le confiere en tanto miembro de la empresa. Cfr. ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento...”, pág. 323.

¹⁰¹ Sobre el significado del concepto de beneficio directo o indirecto, fundamental RAGUÉS I VALLÉS, R: *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017, págs. 105 y ss.

¹⁰² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, pág. 223. Discrepa, en cambio, con que la empresa sea garante de que no se blanqueen capitales, o de que no se corrompa a funcionarios o a empleados de otras empresas, porque, a su juicio, tales riesgos no son riesgos imbricados en la producción o en el servicio, sino sólo relacionados con él LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: “La responsabilidad individual en los delitos de empresa”. En DE LA MATA BARRANCO, N. J; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A; NIETO MARTÍN, A: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 87-128, pág. 105.

integrantes de la organización (*mobbing*, acoso sexual, hurto, etc.) como aquellos otros en los que la víctima es la propia organización (apropiación indebida, administración desleal, etc.)¹⁰³.

3. El establecimiento de un CMS en la empresa

Conforme a lo examinado, sabemos que la dirección corporativa ha de ocuparse de contener aquellos cursos lesivos amenazantes por medio de herramientas suficientemente idóneas. Eso significa que el órgano de administración, como máximo órgano de gestión de social, ha de demostrar su esfuerzo y diligencia en pos del cumplimiento normativo adoptando, cuando sea preciso, un CMS que incluya medidas idóneas concretas para contrarrestar aquellos riesgos de incumplimiento a los que se expone la persona jurídica, si lo que quiere es conseguir que ésta obtenga la condición de acreedora de la circunstancia eximente de responsabilidad penal contemplada en el artículo 31 bis CP¹⁰⁴.

En puridad, la implementación en la organización de un CMS en los términos descritos por la Ley respondería a los incentivos desplegados *ex lege* en clave de mitigación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. El legislador penal omite propiamente imponer a la empresa un deber jurídico (*Pflicht*) de integrar un CMS cuya infracción comporte específicas consecuencias sancionatorias¹⁰⁵. Bien mirado, la dinámica con la que opera el ordenamiento jurídico español coincidiría con la noción de origen *ius privatista* de incumbencia (*Obliegenheit*)¹⁰⁶ introducida por HRUSCHKA en su obra

¹⁰³ Introduce la clásica distinción entre criminalidad de empresa y criminalidad en la empresa SCHÜNEMANN, B: “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa” (Traducción a cargo de BRÜCKNER, D; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.), *ADPCP*, Vol. 41, nº 2, 1988, págs. 529-558, págs. 529-530. De forma análoga, en Estados Unidos se distingue entre *corporate crime* – delitos cometidos en nombre y cuenta de la empresa así como en su propio beneficio – y *occupational crime* – delitos perpetrados durante el curso de una profesión legítima en beneficio personal del sujeto activo –. Esta bifurcación fue propuesta por CLINARD, M. B; QUINNEY, R: *Criminal Behavior Systems: A Typology*, Rinehard and Winston, New York, 2ª ed., 1973, pág. 188.

¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, Edisofer, Madrid, 2ª ed., 2016, pág. 133.

¹⁰⁵ Acertadamente ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, pág. 183, Nm. 1.467. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, pág. 146.

¹⁰⁶ De esta opinión, SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, págs. 400-401. ROBLES PLANAS, R: “El “hecho propio” de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal del 2008”, *InDret* 2/2009, págs. 1-12, págs. 10-11. COCA VILA, I: “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”. En SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.): *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, págs. 43-

magna *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*¹⁰⁷ y rescatada recientemente por una parte de la doctrina en campos de renovado interés tales como el de la imputación extraordinaria¹⁰⁸ o el relativo a las medidas de autoprotección de la víctima¹⁰⁹. La razón que asiste a este pensamiento reside básicamente en el hecho de que la inobservancia de establecer un CMS no comportaría, como tal, sanción penal alguna¹¹⁰ sino sólo la imposibilidad de defensa por la persona jurídica¹¹¹. Por decirlo de algún modo, la persona jurídica contaría con la alternativa de auto-organizarse según el modelo pretendido por el legislador, esto es, uno orientado a la prevención y detección de delitos. Eso sí, en caso de optar por no hacerlo, dejaría de jugar a su favor la exención de su responsabilidad penal previamente fundamentada¹¹².

Algo similar ocurre *mutatis mutandi* en el panorama estadounidense. Dejando de lado aquellas regulaciones sectoriales que imponen en campos divergentes un deber de implementar medidas de *compliance* específicas¹¹³, lo cierto es que el ordenamiento jurídico norteamericano no contempla un requerimiento formal de adoptar un CMS

76, pág. 71. GOENA VIVES, B: *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, págs. 362-363. BERMEJO, M. G: “La observación del *criminal compliance* desde el enfoque de las *obliegenheiten*”. En CARNEVALI RODRÍGUEZ, R: *Derecho, sanción y justicia penal*, B de f, Argentina-Montevideo, 2017, págs. 61-86, pág. 86. VALIENTE IVAÑEZ, V: *Imputación extraordinaria. Elementos conceptuales y normativos para un modelo de responsabilidad jurídico-penal*, Tesis doctoral, 2018, págs. 107-111.

¹⁰⁷ HRUSCHKA, J: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, W de G, Berlin, 2ª ed., 1988, págs. 415-419.

¹⁰⁸ Ve la imputación extraordinaria como el lugar idóneo de aplicación de las incumbencias SÁNCHEZ OSTIZ GUTIÉRREZ, P: “¿Incumbencias en Derecho Penal?.-Depende”, *InDret* 1/2015, págs. 1-26, págs. 6-7. Aporta una interesante contribución desde esta óptica VALIENTE IVAÑEZ, V: *Imputación extraordinaria..., passim*.

¹⁰⁹ Según MONTIEL, “las *Obliegenheiten* existen en el Derecho penal y su función es delimitar el campo de actuación de la víctima de cara a la tutela judicial de sus derechos; es decir, el cumplimiento de las *Obliegenheiten* de autoprotección constituye un presupuesto para el mantenimiento de la pretensión punitiva de la víctima frente al principal competente por el daño”. Cfr. MONTIEL, J. P: “¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho Penal?”, *InDret* 4/2014, págs. 1-29, pág. 21.

¹¹⁰ A diferencia del deber jurídico, cuya infracción acarrearía sanciones penales inmediatas, suele afirmarse que la infracción de una incumbencia resulta *per se* impune a ojos del Derecho Penal. Cfr. HRUSCHKA, J: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode...*, pág. 416. KINDHÄUSER, U: “Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht”. En BYRD, B. S; HRUSCHKA, J; JOERDEN, J. C., (dirs.): *Jahrbuch für Recht und Ethik. Vol. 2*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1994, págs. 339-351, pág. 345.

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, págs. 400-401.

¹¹² ROBLES PLANAS, R: “El “hecho propio” de las personas jurídicas...”, pág. 11.

¹¹³ Ejemplo de ello son la *Volcker Rule*, en lo tocante a las llamadas operaciones por cuenta propia (*proprietary trading*), la *Gramm-Leach-Bliley Act*, en relación con la protección de la privacidad de la información económico-financiera de los clientes de los bancos estadounidenses, o la *Bank Secrecy Act*, en la esfera del blanqueo de capitales.

dirigido al conjunto de empresas operativas en el mercado¹¹⁴. Su establecimiento representa un importante ítem de valoración que permite corregir el *culpability score* de la empresa a la baja conforme a lo dispuesto por las USSG¹¹⁵, si es que la persona jurídica llega a juicio, o que incluso es valorado por la Fiscalía norteamericana, con arreglo a los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* publicados por el DOJ¹¹⁶, a efectos de sopesar si acusar a la empresa o negociar un DPA o un NPA^{117 118}.

Distinto es el sistema francés aunque exclusivamente en lo tocante a la prevención de la corrupción. Con carácter expreso, el artículo 17 de la *Loi Sapin II* aprobada en el año 2016 impone a las empresas con sede en este país que cuenten con más de 500 empleados y una facturación de 100 millones de euros la obligación de implantar programas de cumplimiento contra la corrupción, bajo la amenaza de una sanción administrativa por valor de hasta 1 millón de euros. La legislación señala los elementos mínimos con los que debe contar el programa *anti-bribery* e introduce en el sistema la *Agence française anticorruption* cuyos objetivos no son otros que velar por el cumplimiento de sus disposiciones normativas y ayudar a las empresas a satisfacer las exigencias normativas en materia de *compliance*.

Cuestión divergente, aunque tampoco desvinculada de la previamente examinada, es la de si, desde la óptica del órgano de administración, la falta de adopción de un CMS

¹¹⁴ En este sentido, ROOT, V: “Coordinating Compliance Incentives”, *Cornell Law Review*, Vol. 102, n° 4, 2017, págs. 1.003-1.086, pág. 1.010.

¹¹⁵ Vid. Capítulo I. Apartado 1.1.

¹¹⁶ Son los factores contenidos en el *Justice Manual* (previamente conocido como *United States Attorneys Manual*) que se espera que sean considerados por los fiscales norteamericanos en la llevanza de una investigación contra una entidad corporativa.

¹¹⁷ Con los NPA’s, a cambio de la aceptación y cumplimiento de un abanico de condiciones conocidas por el nombre de *mandates* (por ejemplo, implantar, mantener o, en su caso, mejorar un CMS efectivo, cooperar con las autoridades, pagar sanciones económicas, contratar a un *compliance monitor* que supervise el cumplimiento de los términos del acuerdo, etc.), la Fiscalía norteamericana se compromete a no presentar cargos contra la persona jurídica. Algo distinto ocurre con los DPA’s. Aquí la Fiscalía presenta desde buen comienzo cargos contra la organización, no obstante, a modo de *probation*, el proceso judicial se suspende durante un plazo específico bajo la condición de que la persona jurídica colme las medidas antes referidas, en caso contrario, el proceso se reabre, reanudándose, con ello, la causa penal contra la empresa investigada.

¹¹⁸ Cree que los incentivos de introducir un CMS son tan fuertes para las empresas como para operar como mandatos *de facto* dadas las consecuencias perniciosas suscitadas por actuar de forma adversa GRIFFITH, S.J: “Corporate Governance in an Era of Compliance”, *William & Mary Law Review*, Vol. 57, n° 6, 2016, págs. 2.075-2.140, pág. 2.109. En un sentido parecido, NUNES, J. W: “Organizational Sentencing Guidelines: The Conundrum of Compliance Programs and Self-Reporting”, *Arizona State Law Journal*, Vol. 27, 1995, págs. 1.039-1.061, págs. 1.051-1.052.

podría ser valorada como expresión del incumplimiento de sus deberes de vigilancia y control. Desde luego pueden darse casos en que la complejidad de la empresa demande *ex ante facto* de la sistematización de medidas de *compliance*, en cuyo caso, la omisa introducción de un CMS eficaz sí que podría equivaler a la vulneración de ese deber de vigilancia y control, pudiéndose fundamentar, si se dan los presupuestos para ello, una responsabilidad en comisión por omisión¹¹⁹. Pero esto no siempre tendrá por qué ocurrir. Habrá veces en las que, en caso de que las peculiaridades de la organización lo posibilite (por ejemplo, una empresa de pequeñas dimensiones), los deberes de vigilancia y control seguramente puedan ser satisfechos mediante otros canales alternativos igual de válidos (por ejemplo, a través de la introducción de medidas de control específicas de una complejidad menor a las requeridas en un CMS), en cuyo caso, para los administradores sociales carecería de repercusión jurídico-penal el haber omitido introducir un modelo de prevención delictiva en el sentido estricto del término.

Sea como fuere, no cabe duda, cuanto menos desde el fenecimiento durante la tramitación parlamentaria del proyectado artículo 286.6 CP¹²⁰, que el mero hecho de omitir adoptar un CMS apto para prevenir la comisión de hechos típicamente relevantes no va a comportar *per se* a los administradores sociales sanción alguna. Algo distinto sucedería seguramente en el sistema alemán que, por medio del § 130 OWiG, eleva a categoría de infracción administrativa la omisión dolosa o imprudente por el titular de

¹¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, págs. 239-240. Expresa que “el deber de organizar la empresa adecuadamente en sus diferentes niveles que recae sobre la dirección de la corporación obligaría a ésta, entre otras medidas, a implementar un modelo de prevención de delitos eficaz que le permita conocer de forma actualizada el desarrollo de la actividad social” GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, pág. 106. Deriva un deber del órgano de administración de adoptar medidas de *compliance* de su deber de garantía de evitar comportamientos antijurídicos en la empresa REICHERT, J: “Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens”, *ZIS*, Vol. 3, 2011, págs. 113-122, págs. 115-116.

¹²⁰ El artículo 286.6 CP pretendía castigar penalmente al representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad carente de personalidad jurídica, que omitiera la adopción de las medidas de vigilancia o control genéricas que resultasen exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, siempre y cuando se diera inicio a la ejecución de tales conductas ilícitas y éstas hubiesen resultado evitadas o, cuanto menos, seriamente dificultadas, si se hubiese empleado una tal diligencia debida. Dentro de esas medidas de vigilancia y control se incluía la contratación, selección cuidadosa y responsable y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis CP redactado conforme al Proyecto de Ley. En detalle, vid. GÓMEZ TOMILLO, M: *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 63-72, 99-111. Sobre la conveniencia de introducir una figura delictiva que castigue la mera infracción del deber de vigilancia que incumbe al órgano rector de la compañía, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 5ª ed., 2015, págs. 542 y ss.

un establecimiento o de una empresa de las medidas de vigilancia y control posibles, necesarias y exigibles a efectos de evitar hechos antijurídicos¹²¹. La conducta castigada por este precepto, cuya introducción en el ordenamiento jurídico germano no estuvo exenta de críticas¹²², ha sido calificado por la doctrina como un ilícito especial de naturaleza omisiva¹²³, oscilando la academia entre quienes lo sitúan en la categoría de los tipos de peligro abstracto respecto de quienes opinan que pertenece al grupo de los tipos de peligro concreto¹²⁴. El comportamiento típico se agota con la omisión de las medidas de vigilancia y control requeridas¹²⁵, lo cual no quiere venir a decir, por otro lado, que dicha infracción ocluya la eventual responsabilidad penal del empresario por la omisa evitación de hechos delictivos cometidos por sus subordinados¹²⁶. Para su castigo deviene exigible la constatación de la comisión de una infracción, vinculada con la actividad de la empresa y amenazada con una pena o una multa, que podría haberse evitado o, cuanto menos, dificultado mediante la supervisión pertinente¹²⁷. Como podrá deducirse, la introducción por el órgano de dirección de un CMS eficaz y, por tanto, mitigador de los riesgos de incumplimiento, podría excluir la tipicidad objetiva de la conducta contemplada en el párrafo examinado¹²⁸.

4. El mecanismo de la delegación de competencias empleado por el órgano de administración en el ámbito del cumplimiento normativo

La gestión y supervisión del CMS, si bien incumbe desde buen comienzo al órgano de administración, por ser éste quien debe organizar adecuadamente la entidad con tal de

¹²¹ Vid. ZIEGLER, M: “§ 130 OWiG”. En BLUM, E; GASSNER, K; SEITH, S., (dirs.): *Ordnungswidrigkeitengesetz. Handkommentar*, Nomos Kommentar, Baden-Baden, 2016, págs. 812-816, págs. 816-825. BOCK, D: “Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion – § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance”, *ZIS*, Vol. 2, 2009, págs. 68-81, págs. 74-76.

¹²² Vid. SCHÜNEMANN, B: “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal...”, págs. 547 y ss. EL MISMO: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns, Berlin, 1979, págs. 111-126. FRISCH, W: “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa...”, págs. 125-126.

¹²³ Vid. ZIEGLER, M: “§ 130 OWiG”, págs. 809-810.

¹²⁴ Por todos, vid. GÓMEZ TOMILLO, M: “Programas de cumplimiento y política criminal”. En BACIGALUPO SAGGESE, S; FEIJOO SÁNCHEZ, B; ECHANO BASALDUA, J. I., (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 103-124, pág. 112, nota a pie de página nº 38.

¹²⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 190.

¹²⁶ ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento...”, pág. 322.

¹²⁷ ZIEGLER, M: “§ 130 OWiG”, págs. 825-826. BOCK, D: “Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion...”, pág. 73.

¹²⁸ ZIEGLER, M: “§ 130 OWiG”, pág. 819.

evitar la confluencia de cursos de riesgos jurídico-penalmente desaprobados para bienes jurídicos protegidos¹²⁹, a la hora de la verdad, resulta que es un sujeto distinto quien se responsabiliza de esta tarea, con la salvedad seguramente de las empresas de pequeñas dimensiones. La imposibilidad de que el órgano de administración pueda ocuparse de absolutamente todo aquello que acarrea la actividad de negocio¹³⁰, incluido el cumplimiento legal, lo arrastra inevitablemente a hacer uso del mecanismo de la delegación de competencias en un sujeto suficientemente preparado: el CO.

Lo mismo acontece en otros ámbitos afines de la esfera corporativa, como la prevención de riesgos laborales. El empresario es el deudor principal y originario de la protección de los trabajadores a su cargo frente a aquellos riesgos laborales – accidentes de trabajo y enfermedades profesionales – a los que se exponen durante el curso de la actividad¹³¹ (artículo 14.1 LPRL)¹³². Por eso mismo, le incumbe adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar su seguridad y salud laboral (artículo 14.2 LPRL), incluido el establecimiento de un plan de prevención de riesgos laborales¹³³. No es nimia la responsabilidad penal en la que puede incurrir en caso de omitir adoptar las condiciones mínimas de seguridad y salud en la prestación laboral, siempre y cuando se satisfagan las condiciones de imputación objetiva requeridas. Cuanto menos, habría que considerar los delitos de peligro (grave y concreto) contemplados en los artículos 316 y 317 CP, dependiendo de si la conducta es dolosa o imprudente (grave), e incluso, en concurso ideal (artículo 77 CP), un delito de homicidio o lesiones imprudentes (artículos 142 y

¹²⁹ ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento...”, pág. 323.

¹³⁰ Expresa la STS de 26 de marzo de 1994 (RJ 1994/2599): “Por lo demás, no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber”.

¹³¹ MARTÍN LORENZO, M; ORTIZ DE URBINA, I: “Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales”, *InDret* 2/2009, págs. 1-62, pág. 33.

¹³² Todo trabajador es titular del derecho básico e irrenunciable a disfrutar de una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (artículos 14.1 LPRL, 4.2 d) y 16 ET y 40.2 CE).

¹³³ El empresario, partiendo de una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores (artículo 16.2 LPRL), debe elaborar un plan de prevención de riesgos laborales que incluya la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para llevar a cabo la acción de prevención de riesgos laborales en la empresa (artículo 16.1 LPRL). Curiosamente son muchos los puntos de intersección entre el plan de prevención de riesgos laborales y el CMS, tal como lo demuestra NIETO MARTÍN, A: “El plan de prevención de riesgos laborales como programa de cumplimiento (a la vez una reflexión sobre la responsabilidad por imprudencia de las personas jurídicas)”. En ARROYO JIMÉNEZ, L; NIETO MARTÍN, A., (dirs.): *Autorregulación y sanciones*, Aranzadi, Navarra, 2ª ed., 2015, págs. 341-367, págs. 341-353.

152 CP, respectivamente), si es que alguno de los trabajadores de la entidad finalmente fallece o sufre algún menoscabo^{134 135}.

Pues bien, pese a que, conforme a lo dicho, la competencia primaria en esta materia recaiga sobre el empresario, éste no tendría por qué asumir personalmente la llevanza de las actividades de prevención de riesgos laborales, alternativa ésta, de hecho, menos común en la *praxis*. El empresario está facultado para o bien externalizar sus funciones en un servicio de prevención ajeno o bien delegarlas internamente en los técnicos de prevención de riesgos laborales, que tanto pueden tratarse de uno o varios trabajadores con una debida capacidad técnica como, si lo demandan las características de la empresa (dimensiones, sector de actividad, particularidades de los centros de trabajo, etc.), un servicio de prevención propio expresamente constituido (artículos 30 y 31 LPRL)¹³⁶.

Vistas las cosas así, reina prácticamente consenso en la academia tanto española como extranjera en que la posición de deber del CO, al igual que la del técnico de prevención de riesgos laborales, no suele ser, por lo general, originaria sino, más bien, delegada¹³⁷.

¹³⁴ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: “La prevención del delito contra la seguridad de los trabajadores”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 493-526, págs. 498 y ss., 517 y ss. HORTAL IBARRA, J.C: “Delitos contra la seguridad en el trabajo”. En CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 538-553, págs. 540 y ss.

¹³⁵ Un breve paréntesis. Durante años la doctrina jurídico-penal discutió si las personas jurídicas podían responder penalmente por los delitos contra la salud y seguridad de los trabajadores. Parece que nuestro TS, al final, zanjó el debate en su STS de 23 de febrero de 2017 (RJ 2017/953) con una respuesta de cuño negativo : “(...) la entidad Paradela S.L. no puede ser acusada por este delito a tenor del art. 31 bis CP. El art. 318 no se remite al art. 31 bis. Lo que hace – mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por LO 5/2010 – es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del art. 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal”. Desde luego este último inciso debería ser motivo de preocupación. Pese a que la persona jurídica no pueda ser imputada por la realización de esta clase de delitos, sí que podría ser objetivamente receptora de alguna de las consecuencias accesorias contempladas en el artículo 129 CP, cuyo contenido es idéntico a las penas establecidas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 CP, sin necesidad de que se pruebe, por tanto, su culpabilidad en el proceso penal. Críticamente, muestra su sorpresa con que los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores no formen parte del catálogo de infracciones penales que pueden dar lugar a responsabilidad penal en la persona jurídica LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: “La prevención del delito contra la seguridad de los trabajadores”, pág. 516.

¹³⁶ Sobre la de atribución de responsabilidad penal al empresario y a sus delegados en prevención de riesgos laborales, vid. MARTÍN LORENZO, M; ORTIZ DE URBINA, I: “Guía InDret Penal...”, págs. 33 y ss. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: “La prevención del delito contra la seguridad de los trabajadores”, págs. 510 y ss.

¹³⁷ ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento...”, pág. 324. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: *Derecho penal económico y de la empresa...*, pág. 548. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Posición de garante

Sus competencias emanan, por lo general, fruto de la delegación de competencias operada por el órgano de administración, que es a quien le compete desde buen inicio integrar herramientas oportunas destinadas a impedir la existencia o, cuanto menos, minimizar hasta un estándar socialmente tolerado, los riesgos de incumplimiento originados a partir de la actividad empresarial desarrollada¹³⁸. Es decir, el órgano de administración delega en el CO ciertos deberes de vigilancia y el control que originariamente le competen¹³⁹, aparte de otros que divergen de una estricta “autovigilancia” en la empresa, como, sin ir más lejos, el fomento e integración de una cultura de cumplimiento en la empresa¹⁴⁰. Y ello, como veremos en su momento, en un mayor o menor grado de extensión, dependiendo de cual sea el perfil que el CO encarne¹⁴¹. Por el momento, vamos a ocuparnos de concretar, en lo que sigue, cuáles son los presupuestos que condicionan la validez de una delegación de competencias eficaz.

5. Requisitos de una delegación de competencias válida

Trasladar sin más un espectro de competencias de un sujeto a otro no es delegar válida y lícitamente en un sentido jurídico. Hay que esclarecer cómo se le ha de delegar

del *compliance officer*...”, pág. 346. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: “Salvar al oficial Ryan...”, págs. 326 y ss. GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, pág. 107. BERMEJO, M. G; PALERMO, O: “La intervención delictiva del *compliance officer*”. En KUHNEN, L; MONTIEL, J. P; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 171-205, págs. 180, 189. GODENZI, G; WOHLERS, W: “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers: Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?”. En CAVALLO, A; HIESTAND, E; BLOCHER, F; ARNOLD, I; KÄSER, B; CASPAR, M, IVIC, I., (dirs.): *LA für Andreas Donatsch*, Schultess, Zurich, 2012, págs. 223-248, págs. 238 y ss. BÜRKLE, J: “Grenzen der strafrechtlichen Garantstellung des Compliance-Officers”, *CCZ*, Vol. 1, 2010, págs. 4-12, pág. 5. SCHNEIDER, H; GOTTSCHALDT, P: “Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance Beauftragten in Unternehmen”, *ZIS*, Vol. 7, 2010, págs. 573-577, pág. 574. EIDAM, L: *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pág. 216.

¹³⁸ En este sentido, ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento...”, págs. 327-328.

¹³⁹ Es opinión mayoritariamente compartida en la doctrina penal que los deberes de vigilancia y control de eventuales conductas antijurídicas son delegables. Sin afán de exhaustividad, vid. ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento...”, pág. 324. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: “Salvar al oficial Ryan...”, pág. 308. GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, pág. 135. KONU, M: *Die Garantstellung des Compliance-Officers...*, pág. 181. ROTSCHE, T: “Wider die Garantspflicht des Compliance-Beauftragten”, pág. 493. DANNECKER, G; DANNECKER, C: “Die “Verteilung“ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen. Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers und (leitender) Angestellter bei der Übernahme unternehmensbezogener Aufgaben – zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 17. 7. 2009 – 5StR 394/08”, *JZ*, Vol. 65, n° 20, 2010, págs. 981-992, pág. 990. BOCK, D: *Criminal Compliance*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pág. 762.

¹⁴⁰ Con acierto, cree que *compliance* significa “autovigilancia” aunque matiza que es obvio que los programas de cumplimiento no se circunscriben a la adopción de medidas de vigilancia SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, pág. 237.

¹⁴¹ Abordaremos con más detalle este punto a la hora de definir la posición de deber del CO. Vid. Capítulo III. Apartado 3.2.

convenientemente al CO para que las consecuencias propias del mecanismo de la delegación surjan efecto. Sólo si se respetan los presupuestos mayoritariamente aceptados que, a continuación, examinaremos, surgirá certeza de que este acto de reorganización de la esfera de competencias¹⁴² no entraña una merma de las funciones de control¹⁴³ y concurrirá seguridad en torno a la asunción efectiva por el CO de los cometidos que originariamente le incumbían al órgano de administración, con todo lo que eso acarree.

5.1. Indelegabilidad de determinadas funciones

No todo es susceptible de delegación. Existen determinadas facultades pertenecientes al núcleo esencial de la gestión y organización de la empresa que por expresa disposición legal deben permanecer imperativamente en el ámbito funcional del órgano de administración. La normativa societaria española, a partir de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, impulsada en consonancia con el conjunto de recomendaciones previstas en el Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas de junio de 2013, experimentó una profunda modificación en lo que atañe al espectro de facultades indelegables del órgano de administración, bien sea por ampliarlas, en el caso de las sociedades no cotizadas (artículo 249 bis LSC), bien por introducirlas novedosamente en las sociedades cotizadas (artículo 529 ter LSC)¹⁴⁴.

Empezando con esta última modalidad de sociedad mercantil, destaca el artículo 529 ter 1 b) LSC, según el cual, al consejo de administración le estaría vetado delegar tanto la determinación de la política de control y gestión de riesgos como la supervisión de los sistemas internos de información y control. Conforme a los artículos 6.10 y 6.11 de la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, dichos sistemas, que parecen coincidir materialmente con los CMS, son incluidos dentro del contenido mínimo del preceptivo informe de buen gobierno corporativo que las sociedades cotizadas deben presentar

¹⁴² En general, SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, págs. 130-131.

¹⁴³ En términos generales, FRISCH, W: “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa...”, págs. 116-117. FEIJOO SÁNCHEZ, B: “Imputación de hechos delictivos...”, pág. 23.

¹⁴⁴ En detalle, vid. LEÓN SANZ, F. J: “Artículo 249 bis. Delegación de facultades del consejo de administración”. En JUSTE MENCÍA, J., (coord.): *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Thomson Reuters, Navarra, 2015, págs. 521-540, págs. 527 y ss.

anualmente. Sus contornos son precisados con mayor exhaustividad en el Apartado F del Anexo I adjunto al Apéndice II de la Circular de la CNMV 2/2018, de 12 de junio, que modifica la anterior Circular de la CNMV 5/2013, de 12 de junio, en el que se establece la estructura y contenido de los sistemas de control y gestión de la información. El sistema, tanto en su vertiente de control como de información, pivota específicamente en torno a los estados financieros de la entidad empresarial y, en lo que aquí interesa, se identifican como elementos centrales del entorno de control interno, entre otros, la elaboración y difusión de un código de conducta, la integración de un canal de denuncias y la puesta en práctica de programas de formación y actualización periódica (apartado F.1.2).

La función de supervisión del sistema interno de información y control le corresponde por cargo a la comisión de auditoría (apartado F.5.), lo cual engarza bien con su fundamental tarea de supervisar el efectivo control interno de la sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgo¹⁴⁵ (artículo 529 quaterdecies 4 b) LSC). Siendo esto así, ¿cómo es posible que no se produzca ninguna aparente colisión con el artículo 529 ter 1 b) LSC que, según hemos tenido ocasión de ver, prohíbe expresamente la delegación de la supervisión de los sistemas de control y de la información examinados¹⁴⁶?

Pues bien, ello se justifica, hasta donde alcanzo, porque el artículo 529 ter 1 b) LSC no pretende referirse a la supervisión personal del sistema, esto es, a la gestión directa de las funciones referidas, sino al papel central del consejo de administración en el impulso y aseguramiento del cumplimiento normativo en la organización así como a la inadmisibilidad de su absoluto desligamiento en este campo. Es decir, siguiendo a GÓMEZ-JARA, el legislador estaría distinguiendo entre la supervisión genérica del

¹⁴⁵ Comenta CASANOVAS YSLA que parece que los CMS, destinados a prevenir y gestionar los riesgos de incumplimiento, se encuentran dentro del ámbito de supervisión de la comisión de auditoría, circunstancia que parece confirmar el hecho de que se cite específicamente un tipo de riesgos derivados del incumplimiento de las normas: los fiscales. Cfr. CASANOVAS YSLA, A: “*Compliance* dentro del Buen Gobierno Corporativo”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2014. Enlace: <https://www.tendencias.kpmg.es/2014/09/compliance-dentro-del-buen-gobierno-corporativo/>

¹⁴⁶ Destaca que la función del artículo 529 ter b) LSC sólo podrá ser ejercida por el pleno del consejo de administración, sin posibilidad de delegarla en la comisión de auditoría CUENCIA MIRANDA, S: “Las competencias del Consejo de Administración. Las facultades indelegables del Consejo. La política de control y gestión de riesgos en las sociedades cotizadas”. En MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., (dir.): *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 647-686, pág. 685.

sistema (consejo de administración) y la supervisión de la eficacia del sistema (comisión de auditoría)¹⁴⁷. Interpretar lo contrario realzaría una importante contradicción y falta de armonización dentro del propio ordenamiento jurídico mercantil. Y, por si fuese poco, obligaría al consejo de administración de una sociedad cotizada a asumir una tarea cuya llevanza contradeciría los principios de eficiencia y división del trabajo característicos de las estructuras empresariales modernas, cosa que sorprendentemente no ocurriría en las sociedades no cotizadas.

En este orden de cosas, las Recomendaciones 45 y 46 contenidas en el Código de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas de febrero de 2015¹⁴⁸, surgido con posterioridad a la reforma legal societaria de 2014, dan un paso más respecto al tenor legal del precepto examinado y reclaman la asignación de las funciones de control y gestión de riesgos a una unidad o departamento interno que actúe bajo la supervisión de la comisión de auditoría u otra comisión especializada del consejo de administración. Si bien la CNMV guarda silencio en torno a qué concreta figura debería encarnar semejante posición de responsabilidad, todo apunta a que el CO o, más bien, el órgano colegiado de cumplimiento, sería un adecuado candidato.

A pesar de tratarse de recomendaciones de seguimiento voluntario, en virtud del principio cumplir o explicar (*comply or explain*)¹⁴⁹, las sociedades cotizadas, en caso de desoír las, deben justificar debidamente en el informe de buen gobierno corporativo los motivos que subyacen a su falta de adopción¹⁵⁰. Luego, como el artículo 31 bis 2. 2º CP condiciona la concesión de la eximente de responsabilidad penal a que la supervisión del modelo de organización y gestión sea confiada a un órgano distinto al órgano de administración¹⁵¹, salvo en el caso de las empresas de pequeñas dimensiones, hay razones para concluir que las sociedades cotizadas tenderán a acatar las pautas

¹⁴⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: “La culpabilidad de la persona jurídica”, pág. 197.

¹⁴⁸ Es la versión actualizada del documento de 2013 antes citado.

¹⁴⁹ Este principio está expresamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico tanto en la normativa de *hard law* (artículo 540.4 LSC) como de *soft law* (Apartados I.1. y I.3.1. del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de febrero de 2015).

¹⁵⁰ Véase el punto 40 del Apartado G del Anexo I adjunto al Apéndice II contenido en la Circular de la CNMV 2/2018 de 12 de junio.

¹⁵¹ No siendo pacífico si el articulado penal se refiere al CO de origen norteamericano o al OdV de raíces italianas. Vid. Capítulo I. Apartado 1.4.

anteriores¹⁵², a no ser que esa labor haya sido asumida por la comisión de auditoría¹⁵³, opción ésta autorizada por el propio articulado penal¹⁵⁴.

Paralelamente, conviene no perder de vista al artículo 249 bis a) LSC. Este precepto, aplicable tanto a las sociedades no cotizadas como por extensión a las cotizadas, identifica como facultad indelegable del consejo de administración “la supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado”. Adelantando un extremo del que nos ocuparemos pormenorizadamente más adelante¹⁵⁵, el contenido del precepto reproducido debe traducirse en la imposibilidad de que el órgano de administración se desprenda de los deberes residuales que le incumben en tanto delegante¹⁵⁶ así como, según veníamos apuntando, de sus obligaciones de cumplimiento en su totalidad¹⁵⁷ con tal de abdicar todas ellas en una suerte de “CO cortafuegos” y sortear así una eventual responsabilidad penal ante el catálogo de riesgos susceptibles de ocasionar daños económicos y reputacionales a la persona jurídica (*risk shifting*). Por ello, la comunicación entre el CO y el órgano de administración deberá ser directa, fluida y regular¹⁵⁸ a fin de que este último satisfaga su compromiso con el campo del cumplimiento de la legalidad¹⁵⁹ de un modo más o menos holgado en función de la forma en la que sea configurado el primero.

¹⁵² Ejemplificativamente, la sociedad Atresmedia cuenta con organismo colegiado con funciones en materia de *compliance* denominado Comité de Cumplimiento Normativo que depende de la Comisión de Auditoría y Control. Enlace: <https://www.atresmediacorporacion.com/documents/2015/10/15/B743D8C3-431B-45CE-BC37-DDACA65A50E4/01103.pdf>

¹⁵³ Un buen ejemplo es el Comité de Auditoría y Cumplimiento integrado en Bankia. Enlace: <https://www.bankia.com/recursos/doc/corporativo/2018/05/25/reglamento-del-comite-de-auditoria-y-cumplimiento.pdf>

¹⁵⁴ Vid. Capítulo I. Apartado 1.4.

¹⁵⁵ Vid. Capítulo II. Apartado 6.

¹⁵⁶ Concluye con razón LASCURAÍN SÁNCHEZ: “la supervisión inmediata del delegado es asesorable pero no a su vez delegable”. Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: “La responsabilidad individual en los delitos de empresa”, pág. 125. Igualmente, advierte la CFGE 1/2016 en su Apartado 2.5: “se trata, en definitiva, de que la delegación de funciones y el principio de confianza propios de la actividad societaria, no sirvan de excusa a los administradores para desatender los deberes de supervisión, vigilancia y control que les competen personalísimamente”.

¹⁵⁷ De forma sintetizada, sobre la responsabilidad de los administradores respecto al buen funcionamiento del CMS, vid. CORNELL, L; DOYLE, A: “What Exactly Is the Role of the Board in Compliance Matters?”, *JHCC*, Vol. 6, nº 2, 2004, págs. 47-49, págs. 47 y ss.

¹⁵⁸ En general, sobre el normal grado de comunicación que ha de regir entre delegante y delegado, vid. TAYLOR, H. L: *Cómo delegar con eficacia*, Deusto S.A. Ediciones, Bilbao, 1986, págs. 90, 113-120.

¹⁵⁹ En este sentido se postula CASANOVAS YSLA cuando argumenta que la función de *compliance*, tanto en el ámbito penal como en un sentido más amplio (superestructuras de *compliance*), debe reportar continuamente a la máxima dirección, debiendo ésta tomar cuenta de las informaciones recibidas y adoptar las decisiones esperadas de un ordenado empresario, según reza el artículo 225 LSC. Cfr.

Una duda final, aunque no por ello menor, originada en esta sede tiene que ver con si el órgano de administración se halla autorizado para delegar en el CO competencias ejecutivas en caso de querer optar por configurar su rol de un modo más intenso a un perfil auxiliar limitado al reporte de las irregularidades a su superior jerárquico. A este respecto, vale la pena distinguir entre aquellas competencias ejecutivas con efectos *ad intra*, como la emisión de órdenes de paralización de una actividad productiva lesiva o la sanción disciplinaria de un trabajador infractor, y aquellas otras con efectos *ad extra*, como la resolución de las relaciones de negocio con terceras partes (agentes comerciales, comisionistas, distribuidores, etc.).

Antes de nada, debe volverse a recordar que el CO carece todavía en España de un estatuto orgánico en el que se contengan con precisión sus competencias o incompatibilidades. Ni siquiera la legislación societaria nombra su existencia. A diferencia de otros organismos, como la comisión de auditoría, el CO no es, en definitiva, una función generalmente regulada por normas públicas¹⁶⁰, a excepción de aquellas regulaciones sectoriales específicas que en concretos ámbitos de actividad le atribuyen competencias auxiliares y de apoyo¹⁶¹. Ejemplo claro de ello es el artículo 66.3 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras que identifica como deberes de la función de verificación del cumplimiento el asesoramiento del órgano de administración, la evaluación del impacto de cualquier modificación del entorno legal en las operaciones de la entidad así como la determinación y evaluación del riesgo de cumplimiento.

CASANOVAS YSLA, A: “Compliance para una gestión empresarial diligente”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2015. Enlace: <https://www.tendencias.kpmg.es/2015/06/compliance-para-una-gestion-empresarial-diligente/>

¹⁶⁰ Tampoco en otros países, como Alemania o Brasil, el CO es una función generalmente regulada. Por lo que toca a Alemania, vid. GODENZI, G; WOHLERS, W: “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers...”, págs. 243-244. GEIGER, D: “Nemo ultra posse obligatur. Zur strafrechtlichen Haftung von Compliance-Beauftragten ohne Disziplinargewalt”, *CCZ*, Vol. 5, 2011, págs. 170-174, pág. 171. En cuanto a Brasil, vid. ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, Marcial Pons, Brasil, 2017, pág. 214. SANTO CARDOSO, R: “Responsabilidade penal do compliance officer por omissão imprópria nos crimes de lavagem de dinheiro”, *Revista de Direito Penal e Processo Penal e Constituição*, Vol. 2, nº 2, 2016, págs. 420-441, pág. 434.

¹⁶¹ Lo mismo ocurre, por ejemplo, en Alemania. Desde hace años, con tal de proteger a los inversores y preservar la integridad de los mercados, el sector financiero alemán contempla para la función de cumplimiento una regulación sectorial específica de su campo de obligaciones y principios de actuación, asentada fundamentalmente en determinadas disposiciones de la WpHG desarrolladas posteriormente en la Circular 05/2018 de la BaFin.

Todavía nos movemos, por lo visto, en un terreno pendiente de consolidar, por mucho que contemos con el preciado apoyo de estándares nacionales e internacionales en la materia, como las normas UNE e ISO, respectivamente, que, en gran medida, aclaran ciertos extremos puntales sobre el cargo ejercido por el CO. Este contexto contrasta, en buena parte, con el de otros sistemas legales como, por ejemplo, el chileno, cuya Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho contiene algunos de los elementos claves de la profesión de CO (“encargado de prevención” lo llaman allí), siendo estos, por ejemplo, su designación, disponibilidad de medios, facultades o funciones. Consiguientemente, para dar respuesta al interrogante planteado nos vemos arrastrados a acudir a la normativa tanto societaria como laboral por ser éste el marco legal que hace falta examinar con tal de conocer los límites de la delegación de competencias desplegada por el órgano de administración.

Comenzando, ahora sí, con aquel grupo de competencias ejecutivas con efectos *ad intra*, cabe refutar la posibilidad de que el CO se halle en condiciones de asumir materialmente funciones de mando y/o de sanción válidas frente a los miembros del órgano de administración, los consejeros delegados o los directivos. Por la lógica de la relación de delegación que subyace entre el CO y el órgano de administración, no parece que el primero, en tanto sujeto delegado, esté en condiciones de emitir órdenes vinculantes a los integrantes del segundo¹⁶², ni mucho menos de separar a alguno de ellos de su cargo, toda vez que dicha competencia le corresponde a la junta general (artículo 223 LSC)¹⁶³. Eso significa que ni siquiera el órgano de administración posee la competencia para destituir a uno de sus miembros. Es el órgano de administración, por lo demás, quien, por disposición legal expresa, retiene indelegablemente la facultad de supervisar directamente a los consejeros delegados y a los directivos designados (artículo 249 bis a) LSC) así como de destituirlos del cargo cuando proceda (artículos 249 bis g) y h) LSC).

¹⁶² Desde luego, no es descabellado imaginar que el CO emita una orden al órgano de administración (por ejemplo, requerirle intervenir frente al ilícito penal descubierto). Otra cosa es que sea realista que la misma vaya a ser acatada.

¹⁶³ Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J: “La separación de los administradores sociales”, *Almacén de Derecho*, 2018, págs. 1-7, pág. 3. Enlace: <https://almacenederecho.org/la-separacion-los-administradores-sociales/>

En cambio, no parece que exista óbice alguno que imposibilite al órgano de administración delegar en el CO competencias ejecutivas sobre el resto de cargos subordinados que, en lo esencial, integrarían el círculo de sujetos que compone la segunda vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica (artículo 31 bis. 1 b) CP). Y ello en la medida en que el artículo 20.1 ET reza expresamente que el empleado estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección¹⁶⁴ del empresario o bien de la persona en quien éste delegue¹⁶⁵: es aquí donde entraría el CO o cualquier otro cargo delegado.

Entrando en un poco más de detalle acerca de la procedencia de una sanción disciplinaria, como es la extinción contractual, fundada en la perpetración por el trabajador asalariado de un ilícito penal vinculado con el ejercicio de los servicios que presta en la empresa¹⁶⁶, interesa precisar, antes que nada, que, por lo que aquí interesa, no vamos a detenernos en aquellas situaciones en las que el trabajador ya ha sido objeto de detención, imputado formalmente en un proceso penal o bien incluso condenado por sentencia judicial firme¹⁶⁷. Más bien, para nuestros propósitos, nos focalizaremos en aquellas otras coyunturas en las que la empresa destapa la realización por el empleado de un hecho antijurídico ignorado, hasta el momento, por el Estado.

Pues bien, sin perjuicio de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable a cada caso particular, entiendo que, por regla general, el descubrimiento de la comisión por alguno de los empleados de infracciones penales suficientemente graves para provocar ulteriores consecuencias perjudiciales en la empresa (costes reputacionales, imposición de una pena u otro tipo de sanciones, pérdida de clientes, bajadas en la Bolsa, etc.) dotaría de base suficiente para declarar procedente un despido fundado en la causa

¹⁶⁴ Poder de dirección que quedaría desgajado tanto en la capacidad de emitir instrucciones en el curso de la actividad laboral como en el ejercicio de una facultad disciplinaria cuando ello resulte justificado.

¹⁶⁵ Asimismo el artículo 20.3 ET reconoce expresamente el poder de dirección y control del empresario en la esfera laboral por medio de la adopción de las necesarias medidas de vigilancia y control de la actividad del empleado. Como contrapartida, el trabajador tiene el deber laboral de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas (artículo 5 c) ET).

¹⁶⁶ Quedan fuera de análisis aquellos ilícitos ajenos a la actividad laboral desempeñada. Ese sería el caso, por ejemplo, del empleado imputado por abusar sexualmente de un menor de 16 años fuera del centro de trabajo. Al respecto, vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, A: ¿Es causa de despido que un trabajador esté imputado por la comisión de un delito?, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n° 33, 2017, págs. 1-10, págs. 1 y ss.

¹⁶⁷ A modo de ejemplo, la STSJ de Andalucía de 20 de marzo de 2014 (AS 2014/1237) declaró la procedencia del despido acordado contra el directivo de un banco imputado en causa penal por un delito de cohecho a raíz del cobro ilegal de comisiones.

genérica de la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en las funciones encomendadas¹⁶⁸ (artículo 54.2 d) ET)¹⁶⁹ en tanto quepa entender, y esto es lo fundamental, que el trabajador ha quebrantado los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad que ha de tener para con la organización¹⁷⁰.

Ante ello, el empleado se hallaría desprovisto de un derecho a la presunción de inocencia. En efecto, según ha convenido nuestro TC en STC de 18 de marzo de 1992 (RJ 1992/30) y STC de 12 de junio del 2000 (RJ 2000/153), ese derecho únicamente goza de alcance en el proceso penal y, por extensión, en el procedimiento administrativo sancionador, sin embargo, carece de repercusión en el ámbito de las relaciones privadas de trabajo. Después de todo, en el proceso laboral no entra en liza la culpabilidad o inocencia del trabajador sino la acreditación de las circunstancias que motivaron el despido. La distancia que separa la jurisdicción penal y laboral es tal que ni siquiera la absolución en un proceso penal constituiría óbice para que el órgano judicial del orden social, valorando la prueba, concluya que se ha producido un incumplimiento grave y culpable del trabajador que justifique la declaración de la procedencia del despido practicado¹⁷¹.

De todos modos, podría ocurrir que, en lugar de hacerse uso del despido disciplinario o cualquier otro tipo de sanción laboral menos gravosa contra el trabajador transgresor del Derecho (suspensión de empleo y sueldo, por ejemplo), dependiendo de cuál haya sido la entidad de los hechos¹⁷², la corporación opte por acordar con ese empleado su

¹⁶⁸ De esta misma opinión, NIETO MARTÍN, A: “Código ético, evaluación de riesgos y formación”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 135-163, pág. 150.

¹⁶⁹ Por ejemplo, la STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2017 (AS 2017/1282) dio la razón a la entidad bancaria que despidió a un director de oficina que, antes de irse de vacaciones, omitió dar instrucciones sobre la prohibición de abrir una cuenta bancaria a un cliente sospechoso de estar involucrado en una operación de blanqueo de capitales. El tribunal *ad quem* estimó que estos hechos fueron constitutivos de una falta muy grave por minar la confianza precisa para poder seguir desempeñando un trabajo que requería de transparencia y sujeción a la operativa preestablecida.

¹⁷⁰ En mayor exhaustividad, acerca de los presupuestos de la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza como causa de despido disciplinario, véase la STS de 19 de julio de 2010 (RJ 2010/7126).

¹⁷¹ STS de 15 de junio de 1992 (RJ 1992/4575) y STS de 13 de febrero de 1998 (RJ 1998/1804).

¹⁷² Según la antecitada STS de 19 de julio de 2010 (RJ 2010/7126), debe efectuarse una interpretación restrictiva respecto a un posible despido disciplinario, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario imponga otras sanciones distintas si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, al no presentar los hechos acreditados una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido practicado.

suscripción de la baja voluntaria¹⁷³, cuya validez, por cierto, dependerá de que la firma haya estado exenta de coacciones¹⁷⁴.

Por fin, en lo tocante al abanico de competencias ejecutivas con efectos *ad extra*, si las partes del contrato mercantil acuerdan introducir, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1.255 CC), una cláusula expresa que condicione la vigencia de sus relaciones comerciales al cumplimiento del Derecho e incluso a la introducción de un CMS¹⁷⁵, el quebrantamiento de la legalidad por una de ellas permitiría la resolución unilateral del contrato celebrado en la medida en que esa acción transgresora quepa entenderla como un incumplimiento grave o esencial. En principio, sería el órgano de administración quien dispondría de la facultad para instar la resolución contractual referida por detentar la representación legal de la sociedad (artículo 233 LSC), sin embargo, nada obsta para que la misma sea objeto de delegación en el CO, al quedar fuera del tasado abanico de competencias indelegables contempladas en la legislación societaria.

5.2. Delegación en persona idónea y capaz

La dirección de la empresa debe verificar que el profesional al que se le pretende asignar el desempeño de la función de *compliance* es suficientemente idóneo y capaz como para desarrollar exitosamente el cargo que asume¹⁷⁶, comprobación ésta que suele

¹⁷³ Eso mismo aconteció en el supuesto de hecho juzgado por la STSJ de Cataluña de 20 de abril de 2010 (RJ 2010/259410).

¹⁷⁴ Algunos pronunciamientos judiciales han declarado nula aquella baja voluntaria adolecida de un vicio del consentimiento emanado como corolario de las presiones ejercidas por la cúpula de la empresa en el trabajador. Ejemplo de ello son la STS de 5 de junio de 2012 (RJ 2012/6697) o la STSJ de Asturias de 31 de mayo de 2016 (RJ 2016/173507).

¹⁷⁵ En Alemania son habituales las denominadas cláusulas de integridad, conforme a las cuales, las empresas se comprometen durante la vigencia de su relación comercial a poner en práctica medidas contra la comisión de delitos. Vid. SCHLÖSSER, J: “Vertraglich vereinbarte Integritätsklauseln und strafrechtliche Haftung der Unternehmensleitung”, *Wistra*, n° 12, 2006, págs. 446-452, pág. 446. En tiempos más recientes a estas cláusulas contractuales se les ha empezado a denominar cláusulas de *compliance*. Vid. BUSEKIST, K; UHLIG, T: “Third Party Compliance”. En HAUSCHKA, C. E; MOOSMAYER, K; LÖSLER, T., (dirs.): *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, C.H. Beck, München, 3ª ed., 2016, págs. 1.128-1.151, pág. 1.150, Nm. 83.

¹⁷⁶ Véase en sede jurisprudencial la STS de 26 de marzo de 1994 (RJ 1994/2599) y la STS de 25 de octubre de 2002 (RJ 2002/10461). En el plano doctrinal, véanse, entre otros, SCHULZ, M; GALSTER, W: “Aufgaben im Unternehmen”. En BÜRKLE, K; HAUSCHKA, C. E., (dirs.): *Der Compliance Officer. Ein Handbuch in eigener Sache*, C.H. Beck, München, 2015, págs. 67-111, pág. 83, Nm. 24. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 165-185, pág. 172.

colmarse mediante la ejecución en la temprana etapa de selección de un proceso de diligencia debida con tal de revisar el perfil de los candidatos al puesto de trabajo¹⁷⁷. Tal como acertadamente pone de relieve LASCURAÍN SÁNCHEZ, uno “es libre para elegir mal, para realizar una selección disfuncional, para designar a quien no puede desplegar la protección exigida”, sin embargo, “no es libre para elegir las consecuencias jurídicas de su elección”¹⁷⁸.

Así las cosas, ¿qué sucederá si el delegado no colma los requisitos de idoneidad y capacidad referidos? ¿quién responderá de los resultados indeseados que se produzcan fruto del incorrecto desempeño de su función? ¿el órgano de administración o el CO? Justo algo como lo descrito aconteció en el Reino Unido en un caso resuelto por la FCA¹⁷⁹ el 13 de marzo de 2015¹⁸⁰:

Stephen Edward Bell (en adelante, Mr. Bell) trabajó entre agosto de 2008 y enero de 2013 como director del departamento de cumplimiento de *Financial and Investments*, ambas filiales del holding empresarial de asesoramiento financiero *Standard Financial Group Ltd*. Su principal cometido era el de diseñar, implementar y supervisar los controles y el sistema de cumplimiento en su conjunto de sendas mercantiles.

Mr. Bell, según aduce la FCA, estuvo implicado en el incumplimiento entre el 20 de agosto de 2008 y el 30 de abril de 2013 del Principio 3º de la *FCA's Handbook (Management and Control)* que impone a las empresas englobadas dentro su ámbito de aplicación la preservación de un debido cuidado en organizar y controlar sus asuntos de manera responsable y efectiva. Durante todo ese periodo se detectaron debilidades sistemáticas, conocidas por Mr. Bell, en torno al diseño y ejecución del sistema de cumplimiento y los controles de la organización. Pese a que la propia FCA reconoce que Mr. Bell dio pasos significativos en su introducción y mejora, en última instancia, estos resultaron ser insuficientes a efectos de asegurar el cumplimiento de las exigencias regulatorias, lo cual

¹⁷⁷ La Comisión de Nombramientos de obligatoria inserción en las sociedades cotizadas (artículo 529 quince LSC) ocupa un lugar de denotada relevancia en este proceso de selección. Vid. CASANOVAS YSLA, A: “Nombramientos nefastos”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2018, *passim*. Enlace: <https://www.tendencias.kpmg.es/2018/11/comision-nombramientos-nefastos/>

¹⁷⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: “La delegación como mecanismo de prevención...”, pág. 172.

¹⁷⁹ Es un agencia independiente encargada de asegurar la transparencia y buen funcionamiento de los mercados financieros en el Reino Unido. Enlace: <https://www.fca.org.uk/>

¹⁸⁰ *FCA Final Notice to Stephen Edward Bell. Individual Reference Number SEB01115 (March 13, 2015)*. Enlace: <https://www.fca.org.uk/publication/final-notice/stephen-edward-bell.pdf>

demonstró su falta de competencia y capacidad para desempeñar el trabajo que le había sido encomendado.

Consiguientemente, la FCA decidió prohibir a Mr. Bell ejercer funciones de cumplimiento en esta u otras empresas operativas en sectores regulados y multarle con una sanción económica por valor de 33.800 libras.

Así las cosas, vamos a plantearnos, en lo que sigue, un par de hipótesis distintas en las que el foco de atención cambiará significativamente:

a) *Con tal de salvaguardar recursos económicos o por simple indiferencia, el órgano de administración asigna como director del departamento de cumplimiento a un sujeto incompetente con conocimiento o bien sin cerciorarse diligentemente de su capacidad para desempeñar su puesto de trabajo.*

En este caso, la dirección corporativa infringiría uno de los puntales maestros de toda delegación de competencias: el deber de elegir un sujeto idóneo y capaz en el que delegar (*culpa in eligendo*). Tales déficits paralizarían, desde buen comienzo, su validez jurídica, razón por la cual, ninguno de sus efectos podrían desplegarse¹⁸¹. Será el órgano de administración quien responderá principalmente por los resultados típicos que se produzcan¹⁸², al haber seguido permaneciendo sus deberes de vigilancia y control dentro de su ámbito de competencia originario¹⁸³. No obstante, el CO tampoco quedará exonerado si persiste en la ejecución defectuosa de una tarea para la cual no estaba capacitado, en cuyo caso, podría entrar en consideración la figura de la culpa (imprudencia) por asunción (*Übernahmeverschulden*), sobre la que más adelante profundizaremos.

b) *Con el propósito de conseguir el puesto de trabajo de CO, uno de los candidatos hace creer a la dirección de la entidad, quien satisface sus deberes de diligencia*

¹⁸¹ MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, pág. 364.

¹⁸² Vid. FRISCH, W: “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa...”, pág. 121. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, págs. 15-16.

¹⁸³ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, pág. 144. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”. En ARROYO ZAPATERO, L., (dir.): *Hacia un derecho penal económico europeo*, Estudios Jurídicos, Madrid, 1995, págs. 209-227, pág. 221.

durante el proceso de selección, que dispone de los conocimientos y experiencia necesarios para ejercer esta labor, cuando, en realidad, esto no es así. Ello consigue lograrse gracias a la presentación de un curriculum vitae tergiversado con el que acredita su holgada experiencia y reputación como CO, un falso certificado de un master sobre cumplimiento normativo cursado satisfactoriamente y varias cartas de recomendación fraudulentas emitidas supuestamente por los administradores de las compañías en las que en un pasado aparentemente habría trabajado.

En esta ocasión el órgano de administración satisface las medidas de diligencia oportunas a la hora de decantarse por el CO de la compañía que gestiona y representa. Pero, aun así, incurre en error, al haber sido engañado por el candidato quien, de forma mendaz, consigue hacerle creer que cumple con el perfil mínimo requerido. Por lo general, la asunción de un puesto de trabajo por alguien falto de las habilidades y conocimientos necesarios para su correcto desempeño da lugar a responsabilidad penal a título imprudente en virtud de la figura de la culpa por asunción siempre y cuando la lesión del bien jurídico derive precisamente de una tal incapacidad¹⁸⁴. Lo que se le reprocha al sujeto no es otra cosa que asumir la ejecución de una concreta actividad careciendo tanto de la experiencia como del conjunto de conocimientos y aptitudes requeridas para ejecutarla con la debida diligencia y sin riesgo a dañar antijurídicamente a terceros, cuando lo correcto hubiese sido abstenerse de emprenderla en esas condiciones¹⁸⁵. Valgan como ejemplos el caso del médico que, sin poseer los conocimientos y experiencia necesarios en el campo de la cardiología, acepta realizar una operación a corazón abierto que termina fatídicamente con la muerte del paciente o el del trabajador que sufre un accidente en las instalaciones de la empresa debido a una ineficiente comprobación de su estado por un responsable de prevención de riesgos laborales incompetente.

Ahondando en nuestra figura de estudio, debe puntualizarse que, hoy por hoy, no es posible localizar un unívoco perfil profesional de CO. Precisamente por tratarse de una

¹⁸⁴ Vid. CORCOY BIDASOLO, M: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2ª ed., 2005, pág. 135. CHOCLÁN MONTALVO, J. A: *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 74.

¹⁸⁵ BURGSTALLER, M: *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Manzche, Wien, 1974, págs. 192-193. JESCHECK, H.H; WEIGEND, T: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humboldt, Berlin, 5ª ed., 1996, pág. 595, Nm. 3. FEIJOO SÁNCHEZ, B: *Resultado lesivo e imprudencia*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, págs. 293-294.

profesión libre y no regulada para cuyo ejercicio no se requiere ni la posesión de un título académico determinado ni la superación de un acto administrativo específico¹⁸⁶, su trayectoria ha sido de lo más variada. Algunas corporaciones que ya contaban con un profesional con características análogas a las del CO antes incluso de la reforma operada en el articulado penal en el año 2010 han optado por ampliar sus funciones al ámbito de la prevención de riesgos penales¹⁸⁷. Mientras, otro buen número de empresas, frente a los nuevos retos planteados por el legislador penal, se han decantado por designar como CO a un miembro del personal interno de la empresa proveniente de áreas como asesoría jurídica¹⁸⁸ o control interno, entre otras¹⁸⁹, bien por su familiarización con la compañía, bien por su buen amoldamiento al cargo¹⁹⁰. Finalmente, otras tantas entidades han decidido contratar *ex novo* a profesionales con experiencia en el ámbito jurídico y/o corporativo mediante la constitución en el seno de la empresa de un puesto específico¹⁹¹.

Pese a este variado magma de perfiles profesionales, la doctrina coincide en que el CO ha de reunir una serie de virtudes y aptitudes a la hora de ejercer su cargo. Por ejemplo, NIETO MARTÍN hace mención a la capacidad de diálogo, de organización, de resolución de conflictos, a la habilidad para sortear situaciones complejas o a su objetividad e independencia¹⁹². CASANOVAS YSLA sostiene, por su lado, que, debido a que la función de cumplimiento mantiene un diálogo directo con la alta dirección y como, además, se relaciona con áreas corporativas relevantes, le son exigibles adecuadas habilidades de comunicación y coordinación así como, cuando lidera un equipo de cumplimiento, de

¹⁸⁶ Sobre la distinción entre profesiones libres, reguladas, tituladas y colegiadas, vid. IRURZUN MONTORO, F: *Honorabilidad como Requisito...*, pág. 47.

¹⁸⁷ LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 15.

¹⁸⁸ Aun así, la mezcla de las funciones del CO con las del departamento legal ha sido un aspecto que ha generado un notable debate dadas sus desventajas. Vid. JAEGER, J: "The Importance of Splitting Legal and Compliance", *Compliance Week*, n° 25, 2011, págs. 23-27, 63 (sic.), *passim*. TABUENA, J. Y; SMITH, J. L: "The Chief Compliance Officer versus the General Counsel: Friends or Foes?", *JHCC*, Vol. 8, n° 4, 2006, págs. 23-28, 69 (sic.), *passim*.

¹⁸⁹ Al parecer, debería quedar excluida del abanico de posibilidades la fusión del CO con auditoría interna. Algunos estándares sectoriales como el Principio n° 8 del *Compliance and the Compliance function in Banks* emitido en Abril de 2005 aconsejan una estricta separación entre estos dos órganos a fin de asegurar que las actividades de cumplimiento normativo están sujetas, como el resto de actividades de la empresa, a una verificación independiente.

¹⁹⁰ LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 15. NIETO MARTÍN, A: "La institucionalización del sistema de cumplimiento". En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 187-204, pág. 203.

¹⁹¹ LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 15.

¹⁹² NIETO MARTÍN, A: "La institucionalización del sistema de cumplimiento", pág. 203.

organización y liderazgo¹⁹³. Más allá de todo esto, cabe localizar otras tipo habilidades en el CO: poseer conocimientos en el estricto terreno del *compliance*¹⁹⁴, conocer bien las particularidades del sector en el que se desenvuelve (farmacéutico, bancario, etc.)¹⁹⁵, contar con un mínimo grado de formación sobre el marco legal aplicable y las más recientes reformas jurídicas operadas¹⁹⁶, estar familiarizado con los mecanismos de control interno y protocolos integrados en el seno de la organización¹⁹⁷, etc.

A la luz de lo expuesto, importa puntualizar que el acto de asunción del cargo de CO por un sujeto que se presenta como aparentemente competente y capaz, a pesar de ser o poder ser consciente de que no posee las condiciones para ejercer su función de forma inocua, puede proyectar de formas bien distintas su incompetencia, bien sea de modo activo u omisivo. Ello reclama, pues, de un examen casuístico. Podría ocurrir que, fruto de la mala *praxis* del CO, florezcan una serie de deficiencias y/o lagunas en el CMS y que éstas sean aprovechadas por un trabajador de la compañía con el propósito de perpetrar una conducta criminal. Pero tampoco cabría descartar que el CO sin competencias ejecutivas incapaz omite reportar al órgano de administración un hecho antijurídico precisamente por faltarle los conocimientos técnicos necesarios para reconocer su relevancia penal (por ejemplo, el CO desconoce las fases y/o las tipologías del delito de blanqueo de capitales).

Se dé uno u otro caso, es probable, de todos modos, que semejante incompetencia no sea siempre originaria sino que surja asimismo de forma sobrevenida si es que el CO se percata de que ya no cuenta con las condiciones requeridas para ejercer su cargo diligentemente y, pese a ello, persiste en su tarea. O bien, muy especialmente, cuando no actualice con regularidad su perfil profesional (por ejemplo, omitiendo informarse de

¹⁹³ CASANOVAS YSLA, A: *Legal Compliance*, Difusión Jurídica, Madrid, 2014, pág. 206.

¹⁹⁴ Desde el año 2016, ASCOM promueve y emite la certificación profesional CESCO con la que se acredita la competencia y los conocimientos profesionales en el ámbito del cumplimiento normativo de aquellas personas que superen un examen convocado bianualmente. Enlace: <https://www.asociacioncompliance.com/cescom/>

¹⁹⁵ GALLEGO SOLER, J.I: “Criminal compliance y proceso penal...”, pág. 218.

¹⁹⁶ DE LA MATA BARRANCO, N. J: “Cumplimiento normativo penal, órgano de cumplimiento y despacho de abogados”, *Almacén de Derecho*, 2018, págs. 1-2, pág. 1. Enlace: <http://almacenederecho.org/cumplimiento-normativo-penal-organo-cumplimiento-despachos-abogados/> JUANES PACES, A., (dir.): *Memento Experto. Compliance Penal*, pág. 77, Nm. 1.048. CASANOVAS YSLA, A: “El rol del *Compliance Officer*”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2016, págs. 1-18, pág. 13. Enlace: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Test_Compliance_12.pdf

¹⁹⁷ CASANOVAS YSLA, A: *Legal Compliance*, pág. 206. EL MISMO: “Evaluación de la solvencia del modelo de *compliance*”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2016, págs. 1-18, pág. 11. Enlace: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Test_Compliance_1.pdf

las recientes reformas operadas en el articulado penal) a efectos de poder mantener la capacidad para emprender su cargo con la rectitud que se espera¹⁹⁸.

5.3. Dotación de la autonomía necesaria

La autonomía, referida a la disposición tanto de las potestades jurídicas (por ejemplo, la solicitud de colaboración al personal de la organización, el requerimiento a la dirección de la empresa de documentación necesaria, etc.) como de los medios personales, materiales y económicos necesarios para satisfacer aquel espectro de deberes asignado, representa, por lo pronto, no sólo uno de los principios rectores que guían a la función de cumplimiento¹⁹⁹ y una exigencia propia del principio general del Derecho *ultra posse nemo obligatur* (“a nadie se le puede exigir más de lo que es capaz”)²⁰⁰, sino también, por qué no decirlo, uno de los más importantes escollos con los que topa regularmente esta profesión en la *praxis*²⁰¹. Pero, para lo que ahora interesa, la dotación de autonomía aparece categorizada como uno de los presupuestos esenciales de los cuales depende la validez jurídica de toda delegación de competencias operativa²⁰². Por mucho que se delegue, si el CO carece de los instrumentos normativos (potestades jurídicas) y fácticos (recursos personales, materiales y económicos) necesarios de cara a poder desempeñar su actividad profesional o, en su caso, no se le instruye ni acerca de dónde empieza y acaba la tarea que ha aceptado asumir²⁰³, los efectos propios de la delegación no podrán desplegarse.

¹⁹⁸ Así, BERMEJO, M.G; PALERMO, O: “La intervención delictiva del *compliance officer*”, pág. 201, nota a pie de página nº 71.

¹⁹⁹ Vid. Capítulo I. Apartado 4.3.

²⁰⁰ Vid. COCA VILA, I: *La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, págs. 132 y ss., 200 y ss.

²⁰¹ Un claro ejemplo de este problema lo encontramos en el caso *In the Matter of Pekin Singer Strauss Asset Management Inc., Investment Advisers Act of 1940 Release n° 4126 (June 23, 2015)*. El CO de Pekin Singer, David I. Osunko, denunció ante la dirección corporativa la seria carencia de tiempo y recursos de la que adolecía a efectos de poder desempeñar con éxito sus labores más críticas en el campo del cumplimiento normativo. No obstante, fue ignorado en repetidas ocasiones y a lo largo de todo un año. Antes de que la organización pudiese remediar las numerosas deficiencias advertidas en su CMS, la SEC ya estaba llamando a su puerta. Enlace: <https://www.sec.gov/litigation/admin/2015/ia-4126.pdf>

²⁰² Así, expresamente, STS de 26 de marzo de 1994 (RJ 1994/2599) y STS de 25 de octubre de 2002 (RJ 2002/10461). En la doctrina, entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 123. BÜRKLE, J: “Grenzen der strafrechtlichen Garantienstellung des Compliance-Officers”, pág. 5. HASTENRATH, K: “Bestellung und Pflichtdelegation”. En BÜRKLE, K; HAUSCHKA, C. E., (dirs.): *Der Compliance Officer. Ein Handbuch in eigener Sache*, C.H. Beck, München, 2015, págs. 25-65, págs. 40-42, Nm. 36-41.

²⁰³ En general, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: “La delegación como mecanismo de prevención...”, pág. 172.

A este respecto, parte de la academia identifica expresamente el poder de dirección del personal y las facultades de paralización de las actividades peligrosas como signos de un dominio necesario que ha de ser puesto a disposición del delegado²⁰⁴. No sería aparentemente coherente concluir, siguiendo el pensamiento reproducido, que, de entre las posibles formas de configurar al CO con arreglo a la posición de deber encarnada, el CO sin competencias ejecutivas merezca ser un delegado en el sentido estricto del término, ya que, en principio, se le estaría negando un presupuesto básico para erigirse como tal: ni estaría capacitado para despedir a empleados infractores ni gozaría de facultad alguna para poner freno a procesos productivos que pongan en riesgo bienes jurídicos protegidos. Contra semejante forma de ver las cosas, creo que la dotación de autonomía debe ser puesta en relación siempre y en cada momento con el espectro de deberes del delegado. Sólo así sabremos en qué extensión el delegante tendrá que ofrecer unos u otros instrumentos e informar y formar en uno u otro sentido. Partiendo de la premisa de que el CO carente de competencias ejecutivas únicamente ostenta el deber de transmitir al órgano de administración aquella información acopiada acerca de sucesos que, a su parecer, puedan revestir un carácter criminal, carece de sentido arrebatarse el atributo de delegado por no habersele otorgado unas competencias de mando o de paralización de actividades peligrosas que, en razón de su posición jurídica auxiliar, no resultan precisas para cumplir satisfactoriamente con su cometido.

Por lo demás, hace falta examinar en esta sede igualmente aquellos escenarios en los que el órgano de administración omite proporcionar al CO los medios adecuados (financieros, de personal, etc.) para satisfacer con éxito sus cometidos. Una situación tan espinosa podría llegar a materializarse por un par de motivos divergentes entre sí: o bien debido a una indiferencia de la dirección corporativa acerca de las cuestiones de cumplimiento normativo aun contándose con recursos suficientes en la empresa (“no querer pese a poder”) o bien fruto de la seria carencia de fondos por mor del sufrimiento de dificultades financieras (“no poder pese a querer”).

En el primer supuesto creo que el CO debería denunciar insistentemente la insuficiencia de medios a su delegante a través de los canales pertinentes (por ejemplo, envío de e-

²⁰⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: “La delegación como mecanismo de prevención...”, pág. 173. SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, págs. 142-143. PÉREZ CEPEDA, A, I: “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *RP*, nº 9, 2002, págs. 106-121, pág. 111.

mails, celebración de reuniones, etc.) con el fin de que se los provea²⁰⁵. Pero si, aun satisfaciendo este trámite, no obtiene respuesta alguna o bien la recibida es una de corte negativo, le incumbiría oponerse a seguir permaneciendo en su puesto de trabajo bajo estas condiciones y devolver la delegación a su dueño originario a fin de evitar apreciar en él responsabilidad penal por las consecuencias lesivas resultantes de forma cumulativa con el órgano de administración.

HORTAL IBARRA alcanza aquí una solución divergente a propósito de la responsabilidad personal de los técnicos de prevención de riesgos laborales sin medios. Este autor opina que estos deberían quedar exonerados por haber hecho todo aquello que se les podía exigir: advertir la carencia de medios al delegante y acometer la tarea asumida con los medios que disponen²⁰⁶. A un delegado, sin embargo, le es adicionalmente exigible omitir llevar a cabo su función cuando carezca de los recursos necesarios para poder satisfacerla con éxito. Y máxime si advierte la potencial lesividad de su conducta. Personalmente estimo inadmisibles que un delegado pueda argüir en su defensa la carencia de medios a fin de escudarse frente a una posible imputación personal por las consecuencias gravosas derivadas del incorrecto desempeño de una actividad laboral cuyo ejercicio conforme a Derecho sabía que dependía de la disposición de unos recursos específicos²⁰⁷. Cabría decir, cuanto menos, que es previsible que la asunción del puesto delegado en tales condiciones culmine en un incumplimiento de los deberes asignados precisamente por hallarse el agente inhabilitado para evitar que eso ocurra.

Harina de otro costal son aquellos contextos en los que la organización carece de un presupuesto acorde a las circunstancias. Si la empresa, dada la falta de recursos, no se encuentra en condiciones de garantizar la inocuidad de la actividad social desempeñada, parece que concurrirían razones de peso para exigirle que abandone el mercado en el

²⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, pág. 145.

²⁰⁶ HORTAL IBARRA, J. C: *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005, pág. 270.

²⁰⁷ Argumenta GIMBERNAT ORDEIG: “si el encargado de un foco de peligro tiene una obligación de vigilarlo — sea permanente, sea periódicamente — y ese foco de peligro se desestabiliza, convirtiéndose en prohibido, y causando entonces la lesión de un bien jurídico, porque el garante ha incumplido su deber, entonces aquél responderá del resultado lesivo sin que pueda alegar en su descargo, para eximirse de responsabilidad penal, que no había dispuesto de personas o de medios materiales bastantes para vigilar la fuente de riesgo que tenía asignada”. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E: “Riesgo permitido y comisión por omisión imprudente: a propósito de la sentencia de 9 de diciembre de 2003, de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal argentina”, *LLP*, n° 88, 2011, págs. 70-87, págs. 79-80. También, se muestra próxima a este pensamiento, PÉREZ CEPEDA, A, I: “Criminalidad de empresa...”, págs. 111-112.

que se desenvuelve con tal de evitar el desencadenamiento de posibles responsabilidades penales individuales y colectivas futuras. O se adoptan medidas eficaces para cumplir plenamente con el Derecho en el curso de la actividad comercial o, de lo contrario, tendrá que responderse por las lesiones infligidas a esferas de autonomía ajenas. Operar en el tráfico jurídico comporta también lidiar con una serie de riesgos que la entidad debe contener hasta unos niveles de tolerancia social. En el momento que deja de ser capaz de asegurar esto la sociedad civil no tendría por qué asumir las consecuencias dañosas de una opción corporativa que, en lo esencial, prioriza la obtención de beneficios económicos pese al peligro que representa continuar con su actividad de negocio faltándole los recursos necesarios para prevenir, detectar y reaccionar ante eventuales hechos de trascendencia penal. Una decisión de naturaleza comercial nunca debería sobreponerse al cumplimiento de la legalidad.

Ni siquiera el riesgo de despedir a aquellos trabajadores que conforman la plantilla de la empresa a causa de la paralización de la actividad desprovista de los adecuados mecanismos de contención de riesgos lesivos permitiría cobijar su prosecución penalmente relevante en una suerte de estado de necesidad económico excluyente de toda antijuridicidad²⁰⁸. Los empleados, una vez destituidos de su puesto laboral, tienen a su alcance un canal institucional operativo – el subsidio de desempleo –, razón por lo cual, el recurso a la autotutela privada quedaría de lleno excluido. Afirmar, como aquí se hace, la primacía de los canales institucionalizados provistos por el Estado en aras de resolver determinadas situaciones de necesidad ocluye la posibilidad de imponer a los ciudadanos deberes de tolerancia frente al hecho delictivo por razones de solidaridad intersubjetiva²⁰⁹.

Cuestión divergente sería que la corporación, debido a la insuficiencia de fondos, anteponga la inversión de recursos en un sector de riesgo concreto (por ejemplo,

²⁰⁸ Baraja un estado de necesidad económico para aquellas corporaciones inmersas en una situación de crisis económica pero admite el insuficiente desarrollo de esta categoría dogmática para estos casos SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, págs. 417-418.

²⁰⁹ Salvando ciertas disonancias entre sus planteamientos, reconocen la primacía de los canales institucionales a efectos de contrarrestar el mal amenazante PAWLIK, M: *Der rechtfertigende Notstand*, Walter de Gruyter, Berlin, 2002, págs. 182-184. ROBLES PLANAS, R: “Deberes de solidaridad”. En ROBLES PLANAS, R: *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, B de f, Argentina-Montevideo, 2014, págs. 93-100, pág. 95. Prioriza igualmente la solución ofrecida por los canales institucionales en el marco de la profunda cuestión dogmática de la colisión de deberes COCA VILA, I: *La colisión de deberes en Derecho penal*, págs. 306 y ss.

blanqueo de capitales) que el análisis de riesgos diligentemente ejecutado haya revelado como de mayor probabilidad de acaecimiento e impacto que otro ámbito distinto con una más baja incidencia (por ejemplo, tráfico de drogas). Si resulta que un miembro de la empresa comete un ilícito penal adscrito a ese sector presumido inicialmente como residual y en el que, por consiguiente, se destinaron sustancialmente menos recursos (o ninguno) en comparación con otro, no parece que, por razones de exigibilidad, semejante priorización de recursos merezca un reproche tal como perseguir penalmente a la persona jurídica y a los sujetos responsables del cumplimiento normativo en la organización, incluido, por supuesto, el CO²¹⁰.

5.4. Una exigencia innecesaria: la formalización de la delegación

La expresión escrita del acto de delegación de competencias no es más que un requisito formal cuyo incumplimiento dejaría intacta su operatividad²¹¹. Aunque normalmente será en el contrato de trabajo donde quedarán plasmadas las tareas del CO²¹² y, sin lugar a dudas, una indicación explícita hará más fácil identificar los contornos de la delegación²¹³, lo relevante, ante todo, es la efectiva asunción material de sus funciones y no si se formalizan o cómo se formalizan²¹⁴. Justo esta misma idea hace suya la SAP de Barcelona, Sección 6ª, de 11 de julio de 2012 (ARP 2002/645) cuando expresa que “la delegación que interesa penalmente es la delegación material de competencias y no la formalmente conforme a Derecho privado o mercantil. Lo que le interesa al Derecho

²¹⁰ Escribe NIETO MARTÍN: “La evitación de riesgos imprevisibles no debe considerarse exigible para la empresa. Obligar a la empresa a que prevenga todo tipo de riesgos es además altamente ineficiente, pues le compele a gastar recursos en riesgos que tienen una baja incidencia. Es mejor un sistema que haga que las empresas concentren sus esfuerzos en los riesgos relevantes”. Cfr. NIETO MARTÍN, A: “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”. En KUHLEN, L; MONTIEL, J.P; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 21-50, pág. 45.

²¹¹ MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, C: *Derecho penal económico y de la empresa...*, pág. 539. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: *Los delitos de omisión...*, pág. 125. MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, pág. 110. GALLEGO SOLER, J.I: “Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales”. En GIMENO JUBERO, M.A., (coord.): *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2005, págs. 50-134, pág. 105. En contra de la opinión dominante, aboga por la formalización y expresa mención de las funciones delegadas SCHMIDT-HUSSON, F.G: “Delegation von Organpflichten”. En HAUSCHKA, C. E., (dir.): *Corporate Compliance*, C.H. Beck, München, 2ª ed., 2010, págs. 116-135, pág. 126, Nm. 20. También enjuicia como condición necesaria aunque no suficiente para la delegación efectiva de funciones de vigilancia la descripción clara y explícita del puesto de trabajo, preferentemente en el contrato de trabajo, ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 214.

²¹² BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, págs. 337.

²¹³ MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, pág. 109.

²¹⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: *Los delitos de omisión...*, pág. 125.

penal es la protección de bienes jurídico-penales, estando, por tanto, más atento al substrato material vinculado con dichos intereses que al cumplimiento de requisitos formales”.

Ofreciendo cierta concreción ejemplificativa, lo anterior significa que si un consejero delegado concierta con el órgano de dirección la asunción paralela *de facto* del rol de CO, sin firmar antes un contrato de trabajo mediante el cual quede constancia escrita de la reconfiguración su esfera de competencias, éste seguirá afrontando, de todos modos, las consecuencias lesivas que se produzcan fruto de sus incumplimientos penalmente relevantes. *A sensu contrario*, una previsión formal de la delegación desprovista de una orientación material carecerá de relevancia a ojos del Derecho Penal, en cuyo caso, las esferas de responsabilidad de los presuntos delegante y delegado seguirán permaneciendo intactas en su máxima expresión, con todo lo que eso acarree.

6. Efectos de la delegación de competencias

Citando la ya conocida expresión de LASCURAÍN SÁNCHEZ, “delegar una tarea no es transmitirla sin más como si de una compraventa se tratara”²¹⁵. Esta herramienta de común uso en la esfera empresarial en poco se parece a una operación mercantil mediante la cual el predecesor pueda desentenderse por completo e indefinidamente de la función delegada. Por mucho que se satisfagan el conjunto de condiciones a partir de las cuales la delegación de competencias deviene plenamente eficaz, al delegante no se le exonera de responsabilidad respecto a la gestión de los asuntos delegados, toda vez que la delegación no es sinónimo de transferencia o traslación. Bien mirado, el delegante transforma o modifica su posición de deber originaria²¹⁶. En palabras de SCHÜNEMANN, entre delegado y delegante existiría una “cotitularidad de la custodia”²¹⁷. Mientras que el primero, “el más cercano a la cosa”, ostentaría un deber de garantía

²¹⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: *Los delitos de omisión...*, pág. 116.

²¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: *Derecho penal económico y de la empresa...*, pág. 536. DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Posición de garante del *compliance officer...*”, pág. 344. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, págs. 15-16. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: “Salvar al oficial Ryan”, págs. 307 y ss. EL MISMO: “La delegación como mecanismo de prevención...”, pág. 170. MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, pág. 96. BOLEA BARDON, C: “Delegación de funciones. Deberes de control y vigilancia”. En CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 61-66, pág. 63.

²¹⁷ SCHÜNEMANN, B: “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal...”, págs. 536 y ss.

primario en relación con ese concreto ámbito de responsabilidad, el segundo retendría un deber de garantía secundario²¹⁸, concretado en una serie de competencias residuales de vigilancia y control²¹⁹. Es decir, la mutación de la posición jurídica del órgano de administración, acontecida gracias al ápice de confianza brotado tras haber delegado válidamente, no se traduce de buenas a primeras en que éste confíe ciegamente en la labor del CO ni mucho menos en que se desentienda por completo del ámbito de control delegado. La desconfianza es la que preside inicialmente la relación de delegación entablada²²⁰.

Que esto sea así resulta completamente razonable por dos motivos. Primero, porque la actividad del delegado queda enmarcada dentro del ámbito de organización del delegante, no pudiendo quedar éste completamente desvinculado, razón por la cual, debe seguir incumbiéndole verificar que de dicha esfera de responsabilidad no emanan peligros para terceros²²¹. Y segundo, debido a que es bastante frecuente que el CO, como cualquier otro cargo delegado, atraviese, una vez incorporado a su puesto de trabajo, una suerte de periodo de adaptación, más o menos holgado, durante el cual o bien tenga que conocer mejor la empresa, el equipo que la conforma y el modo en como se hacen las cosas, o bien, haya de familiarizarse con las funciones que le corresponda desempeñar. Esto tanto vale para aquel CO que se incorpora *ex novo* a la plantilla, dada la necesidad de que se amolde a la organización, por mucha experiencia laboral que acredite, como para aquel cargo directivo con una consolidada trayectoria en la empresa al que se le encomiendan las distintas labores en cumplimiento normativo, con tal de que consiga familiarizarse con sus nuevos cometidos, independientemente de que ya conozca bien la corporación y la gente que allí trabaja. Parece sensato esperar que durante esta inicial etapa de aclimatación el órgano de administración vigile y controle con más empeño el adecuado ejercicio de la labor que al CO le corresponde prestar.

²¹⁸ *Ibidem*, pág. 538.

²¹⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: “La delegación como mecanismo de prevención...”, pág. 170. MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, pág. 96. BOLEA BARDON, C: “Delegación de funciones. Deberes de control y vigilancia”, pág. 63. SCHULZ, M; GALSTER, M: “Aufgaben im Unternehmen”, pág. 84, Nm. 25.

²²⁰ Se pregunta, en cambio, por qué razón debería desconfiar, por principio, el consejo de administración del órgano de supervisión si sus miembros fueran idóneos, los recursos suficientes y los sistemas de reporte adecuados GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, págs. 111-112.

²²¹ ROBLES PLANAS, R: *Garantes y cómplices*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 67. EL MISMO: “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión)”, *Indret* 2/2010, págs. 1-25, pág. 14.

Vigilancia y control que lo más seguro es que acabe por aminorarse una vez el CO se asiente exitosa y completamente en el cargo pasado ya un tiempo.

Consecuentemente, en un estadio inicial, el órgano de administración no puede esperar que se le presenten indicios acerca de la transgresión o cumplimiento defectuoso del campo de deberes delegados en el CO. En vez de eso, ha de comprobarlo por sí mismo para, en caso de confirmarlo, tomar cartas en el asunto a fin de corregir la situación defectuosa o incluso de revocar la delegación operada con tal de designar lo antes posible a otro profesional apto y con verdaderas facultades para encarnar esta función²²², bajo el riesgo de incurrir, de lo contrario, en responsabilidad omisiva por los resultados indeseados producidos (*culpa in vigilando*), no existiendo consenso en la academia si a título de autor o de partícipe omisivo²²³, cuestión ésta que desentrañaremos en el momento oportuno.

Esa desconfianza que preside primariamente la relación vertical hilada entre delegante y delegado²²⁴ debe, en cualquier caso, graduarse en duración (durante cuánto tiempo tiene que extenderse la vigilancia) y contenido (cómo ha de ejercerse esa vigilancia) en atención al tipo de tarea delegada y las características del delegado con tal de evitar perder las ventajas intrínsecas de la delegación. Dos son básicamente los tipos de deberes de garante secundarios que la doctrina anuda al delegante: los activos y los pasivos²²⁵. Extrapolado a nuestro ámbito, la vertiente activa reclamaría esencialmente una implicación del órgano de administración por medio de reuniones periódicas (las

²²² En general, vid. FRISCH, W: “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa...”, pág. 121. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: *Derecho penal económico y de la empresa...*, págs. 536-537. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, págs. 217-218. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: “La responsabilidad individual en los delitos de empresa”, pág. 95. BOCK, D: “*Compliance* y deberes de vigilancia en la empresa” (Traducción a cargo de COCA VILA, I.). En KUHLEN, L; MONTEL, J.P; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 107-121, págs. 119-120.

²²³ Por todos, vid. BOLEA BARDON, C: “Delegación de funciones. Deberes de control y vigilancia”, pág. 63. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración [a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo]”, *InDret* 2/2011, págs. 1-5, pág. 2.

²²⁴ Entienden que las relaciones verticales están presididas por el principio de desconfianza BOLEA BARDON, C: “Delegación de funciones. Deberes de control y vigilancia”, pág. 63. ROBLES PLANAS, R: “Principios de imputación en la empresa”. En BACIGALUPO SAGGESE, S; FEIJOO SÁNCHEZ, B; ECHANO BASALDUA, J. I., (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 487-504, pág. 494.

²²⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: “La delegación como mecanismo de prevención...”, pág. 172. BOLEA BARDON, C: “Delegación de funciones. Deberes de control y vigilancia”, pág. 63. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Posición de garante del *compliance officer*...”, págs. 344-345. BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, págs. 306, 308.

llamadas *deep dives*²²⁶) o solicitudes de información. La pasiva, en cambio, conduciría hacia la recepción y revisión oportuna del informe puntual o periódico cursado por el CO sobre aquellos asuntos respecto los cuales exista un deber de conocer e intervenir²²⁷. Según se dejó apuntado, lo normal es que la intensidad en el cumplimiento de tales deberes secundarios sea mucho más acentuada durante la inicial fase de amoldamiento al puesto de trabajo de CO en comparación con el momento en el que este profesional ya consiga estar plenamente asentado en la corporación. Será entonces cuando seguramente ya quepa menguar los niveles de vigilancia y control.

Satisfechas convenientemente esas competencias residuales de vigilancia y control, resultará perfectamente admisible que el órgano de administración confíe el resto del tiempo en el correcto ejercicio de las tareas que al CO le compete por cargo desempeñar a fin de poder ocuparse convenientemente de ese otro espacio de responsabilidad indelegable que seguiría permaneciendo intacto en su ámbito de organización: la gestión social del negocio²²⁸. Es decir, en tales circunstancias, la desconfianza, modulada por la lógica de la delegación, avanzaría hacia la confianza²²⁹. Al fin y al cabo, el control a emprender por el órgano de administración no puede ser total e incansable: el reparto de tareas, con tal de ser realmente operativo, demanda espacios de confianza. Confianza que, aun así, tampoco será absoluta sino que se hallará igualmente limitada por constituir el reverso de la desconfianza primariamente planteada²³⁰. Habrá momentos en que esa confianza deje de operar con tal de dar paso nuevamente a la satisfacción

²²⁶ Son reuniones en las que el órgano de administración es informado a fondo sobre un asunto en particular. Cfr. MILLER, G. P: *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, Wolters Kluwer, New York, 3ª ed., 2019, pág. 33.

²²⁷ En Estados Unidos ya se ha dejado bien claro, a propósito de las compañías de corretaje, que el CEO preserva un deber de dar seguimiento y revisar la labor del CO cuyo contenido va a tener que modularse en función de circunstancias diversas. A fin de cuentas, no será lo mismo, por ejemplo, que el CO haya sido incorporado *ex novo* en la empresa a que ya disponga de una holgada experiencia en la empresa. Lo descrito fue puesto de relieve en *In the Matter of the Application of Thaddeus J. North For Review of Disciplinary Action Taken by FINRA Securities Exchange Act of 1934 Release n° 84500 (October 29, 2018)*. Enlace: <https://www.sec.gov/litigation/opinions/2018/34-84500.pdf>

²²⁸ De esta opinión, en términos generales, MARAVER GÓMEZ, M: *El principio de confianza en derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 142.

²²⁹ Entiende que la desconfianza es reemplazada por la confianza una vez establecido el procedimiento de vigilancia SILVA SÁNCHEZ, J.M: “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”. En KUHLEN, L; MONTIEL, J.P; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 79-105, pág. 90.

²³⁰ Razonan que el principio de confianza dispone en las relaciones verticales de un alcance limitado MARAVER, GÓMEZ, M: *El principio de confianza en derecho penal*, pág. 142. FEJOO SÁNCHEZ, B: “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho Penal: fundamento y consecuencias dogmáticas”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 21, n° 69, 2000, págs. 37-76, pág. 55. PUPPE, I: “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica” (Traducción a cargo de PASTOR MUÑOZ, N.), *Indret* 4/2006, págs. 1-13, pág. 4.

regular de aquellos deberes de garante residuales, más o menos intensos, a los que en un comienzo aludíamos. Hasta entonces, el órgano de administración estará en condiciones de depositar su confianza en la debida intervención del CO, a no ser que recabe datos objetivos, sólidos y concluyentes que evidencien lo contrario, quedando, en ese caso, desamparado del radio del principio de confianza por concurrir una actuación antijurídica²³¹, lo que dará pie a la activación de su deber residual de reacción. La delegación de competencias no deja de ser, en fin, una conversión constante entre la desconfianza (modulada) y la confianza (limitada) por no ser ninguna de ellas incondicional.

Pese a lo expuesto, recientemente ROBLES PLANAS ha expresado otro tipo de consideraciones en relación con aquellos supuestos de especialización en los que el delegado dispone de mayores capacidades o conocimientos que el delegante en aras de desempeñar correctamente la actividad encomendada. Cuando esto acontece, comenta este autor, “resulta en buena medida extraño afirmar la existencia de deberes de vigilancia y control específicos por parte del delegante sobre la actividad del delegado, deberes que difícilmente podría ejercer con una cierta eficacia dada la asimetría en cuanto a capacidades o aptitudes especializadas de las que carece el delegante y sí posee el delegado. Más bien esa especialización (vertical) nos lleva de nuevo al ámbito de la competencia”²³². Es decir, dicha separación absoluta de esferas, según alcanzo a ver, comportaría, desde luego, la negación de deberes secundarios de vigilancia y control en el delegante respecto a la actividad desarrollada por el delegado especializado. Pero también la imposibilidad de una imputación en comisión por omisión aun cuando el primero adquiriera conocimiento acerca de la incorrección del segundo precisamente por faltarle siquiera un deber residual de reacción, pudiéndose barajar, a lo sumo, la comisión autónoma de otro delito (si cabe, un delito de omisión de pura de interponer una denuncia impeditiva en relación con un círculo cerrado de delitos contemplado en el artículo 450.2 CP)²³³. El garante primario podría desvincularse de ese ámbito que originariamente le incumbía, pasando a ocupar el garante especializado el papel fundamental.

²³¹ MARAVER, GÓMEZ, M: *El principio de confianza en derecho penal*, págs. 125 y ss. FEIJOO SÁNCHEZ, B: “El principio de confianza como criterio normativo de imputación...”, págs. 60 y ss.

²³² ROBLES PLANAS, R: “Principios de imputación en la empresa”, pág. 497.

²³³ Concluye ROBLES PLANAS que “la ausencia de competencia determina la no responsabilidad y ello pese a adquirir conocimiento del comportamiento delictivo ajeno”. Cfr. ROBLES PLANAS, R: “Principios de imputación en la empresa”, pág. 502.

Pues bien, seguramente algo que debería quedar bien definido, antes de nada, y que, por el momento, amerita seguir siendo discutido, es qué ha de entenderse exactamente por una tal línea de especialización. Después de todo, buena parte de las delegaciones presuponen que el delegado se halle en un mejor posicionamiento en términos de habilidades o conocimientos que el delegante. Luego, ¿cabén aquí sólo aquellas habilidades o conocimientos estrictamente técnicos (manipulación y tratamiento de productos químicos o auditoría de cuentas, por ejemplo) o, por el contrario, pueden entrar en consideración otro tipo de aptitudes? La cuestión no es ni menor ni tampoco, por el momento, pacífica, pues hay quien entiende que la delegación desplegada por los socios en los miembros del órgano de administración estaría basada en una tal asimetría²³⁴, siendo el ámbito delegado algo tan genérico como la gestión diaria de la actividad social, con todo lo que semejante función conlleva: formulación de objetivos de negocio, coordinación de tareas, impulso de políticas de empresa, etc. ¿Podría entenderse que esa línea de especialización preside también la delegación que une al órgano de administración con el CO dadas las innegables competencias específicas anudadas al ejercicio de este rol?

Aun cuando pudiese ofrecerse un criterio objetivamente válido de cara a delimitar cuando una delegación es ordinaria o especial, estimo inadmisibles, de todas formas, que en una delegación de competencias, sea cual sea ésta, haya lugar para una absoluta separación de las esferas de competencia entre delegante y delegado, dándose lugar a una auténtica transferencia completa de responsabilidades. Con independencia del nivel de especialización del delegado, lo primordial es que su cometido sigue desarrollándose en el ámbito de organización del delegante por ser éste quien originariamente debía controlar esa esfera de riesgo. Por eso mismo a este último le incumbe verificar con cierta periodicidad y diligencia que los deberes delegados son satisfechos debidamente con tal de evitar lesiones en ámbitos de autonomía ajenos. Quizás dicha especialización permita modular los deberes de vigilancia y control secundarios en un sentido distinto en comparación a cuando concurre una simetría entre delegante y delegado. Tal vez esto se traduzca en que el delegante haya de recabar

²³⁴ PASTOR MUÑOZ, N: “¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa?...”, pág. 10.

asesoramiento para supervisar eficazmente al delegado²³⁵ o que, en su caso, tenga que formarse convenientemente antes de delegar. Tampoco convence, por otro lado, la ausencia de responsabilidad penal en comisión por omisión del delegante incluso cuando tenga constancia acerca de la deficiente intervención del delegado y éste omita reaccionar al efecto. No creo, en fin, que una tal línea de especialización permita alterar los principios de imputación que guían las relaciones verticales. De lo contrario, se corre el riesgo de generar inapropiadas consecuencias político-criminales de irresponsabilidad organizada por desencadenar completamente al delegante de un segmento propio de responsabilidad al momento de seleccionar adecuadamente a su delegado y de dotarle de los medios necesarios para acometer con éxito su tarea.

7. Supuestos específicos de delegación de competencias en otras formas de configuración de la función de cumplimiento

7.1. La externalización total o parcial de la función de cumplimiento

Pongamos por caso que, debido a cuestiones presupuestarias, organizativas, estructurales o de estricta eficiencia, la dirección de la empresa acuerda suscribir un contrato de prestación de servicios con un despacho de abogados especializado en *corporate compliance*, en virtud del cual, este último se compromete a gestionar el CMS de la organización. O bien, como alternativa, supongamos que a esta entidad sólo se le encomienda una porción del CMS como podría ser, por ejemplo, la llevanza de las investigaciones internas o la impartición de los cursos de formación. En otras palabras, la compañía, en vez de internalizar la función de cumplimiento, la externaliza, bien completa o parcialmente²³⁶.

Frente tal modo de articular la función de *compliance*, la primera reflexión que deberíamos llevar a cabo es si existe algún significativo óbice que invalide semejante

²³⁵ Admite que la supervisión inmediata del delegado puede ser asesorable LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: “La responsabilidad individual en los delitos de empresa”, pág. 125.

²³⁶ La externalización u *outsourcing*, como se ve, consiste en contratar a un tercero externo a la compañía en aras de encomendarle la ejecución de una determinada labor o la prestación de un concreto servicio (servicio de limpieza, asesoría y consultoría, informática, telefonía, telecomunicaciones...), bien para ahorrar costes, bien para agilizar procesos. De este modo, parafraseando a MONTANER FERNÁNDEZ, “entre la empresa que externaliza (cliente, encargante u *outsourcer*) y la empresa de *outsourcing* (prestador de servicios, encargado o proveedor) se crea un vínculo con cierta vocación de permanencia en el tiempo”. Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, pág. 68.

forma de configuración, pues hay autores que creen que por razones de índole legal la externalización completa estaría vetada²³⁷. Para sustentar semejante exégesis se tiende a sacar a colación el contenido del apartado segundo del artículo 31 bis 2 CP, toda vez que dicha disposición legal alude a un “órgano de la persona jurídica”, lo cual podría dar pie a entender su necesaria integración en la compañía. El problema es que, como sabemos, no resulta pacífico entender que el precepto mentado hace referencia al CO²³⁸, por lo cual, pretender emplearlo como argumento legal de peso resultaría algo inconsistente. Aun si se pusiese en tela de juicio dicha exégesis, tampoco me queda del todo claro que el articulado penal pretenda exigir mediante esa expresión que la función de *compliance* sea necesariamente interna. Y ello porque, si ésta fuese externalizada, en realidad, no dejaría de constituir un órgano de aquella persona jurídica que la contrata, en el sentido expresado por el artículo 31 bis 2 CP. Lo único que variaría sería su vínculo jurídico con la empresa contratante que, en lugar de detentar una naturaleza laboral, ostentaría una de corte mercantil, al tratarse de la contratación de la prestación de un determinado servicio.

Por lo expuesto, entiendo que no existiría escollo alguno que imposibilite que la empresa externalice completamente la función de *compliance*. Aun así, no pueden soslayarse los serios inconvenientes que semejante forma de configuración ha suscitado en la práctica. En el sistema norteamericano la SEC OCIE alertó en un *Risk Alert Report* de 9 de noviembre de 2015 titulado *Examinations of Advisers and Funds that Outsource Their Chief Compliance Officers* acerca de algunos de los más preocupantes riesgos asociados con la tendencia de ciertas compañías norteamericanas operativas en el sector financiero de contratar a un *outsourced* CCO en vez de un *in-house* CCO²³⁹. Como destacable, fueron advertidas una serie de importantes deficiencias, a saber, una ausencia de comunicación entre el *outsourced* CCO y la dirección de la corporación, el empleo de *checklists* genéricos no adaptados a las prácticas comerciales, estrategias, modelos de negocios y riesgos empresariales, una indebida llevanza y documentación de la revisión anual del CMS así como una insuficiente disponibilidad de recursos con tal de desempeñar los cometidos encomendados, al ofrecerse servicios a un elevado de

²³⁷ BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, págs. 237-238. DE LA MATA BARRANCO, N. J: “Cumplimiento normativo penal, órgano de cumplimiento y despacho de abogados”, págs. 1-2.

²³⁸ Capítulo I. Apartado 1.4.

²³⁹ <https://www.sec.gov/ocie/announcement/ocie-2015-risk-alert-cco-outsourcing.pdf>

número empresas ubicadas en lugares muy dispares y con líneas de negocio notablemente divergentes.

Distinta a la mecánica anterior sería la externalización parcial, esto es, la integración de la función de *compliance* en la empresa pero la encomienda externa de algunos de sus cometidos puntuales, como podrían ser, por ejemplo, la impartición de los cursos de formación, la gestión de las líneas de *whistleblowing*²⁴⁰ o la elaboración de políticas específicas. Es lo que se conoce como *co-sourcing*. Esta opción no sólo ha sido avalada por el Apartado 5.4. de la CFGE 1/2016 sino que, desde mi punto de vista, resultará, en ocasiones, hasta necesaria, bien porque el CO no esté capacitado para desempeñar determinadas labores por carecer de la suficiente capacitación, bien con base en estrictas razones de eficiencia²⁴¹.

Sentadas estas bases, conviene examinar cuáles serían las repercusiones materiales derivadas de semejante estructura de “delegación externa”²⁴². A efectos de análisis, pienso que vale la pena distinguir en función de si la externalización de la función de *compliance* es completa o parcial:

En conexión con la primera modalidad apuntada, la relativa a la externalización completa, se advierte la instauración de una relación hilada entre el órgano de administración, en tanto representante de la empresa contratante, y el responsable de la empresa contratada que hace sus veces de CO externo. Cobra pleno sentido que sea este último el principal responsable tanto de las obligaciones de *compliance* como de las consecuencias derivadas de la ejecución defectuosa del cargo encomendado. Al fin y al cabo, a quien directamente se le exigirán explicaciones por un análisis de riesgos incorrectamente ejecutado o bien por una ineficiente gestión de las líneas de *whistleblowing* que haya impedido detectar e investigar ulteriormente delitos será a

²⁴⁰ En concreto, sobre la externalización de las líneas de *whistleblowing*, vid. RAGUÉS I VALLÉS, R: “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”. En SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.): *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, págs. 161-196, pág. 186.

²⁴¹ No ve problemático externalizar algunas funciones del CO GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, pág. 118.

²⁴² Emplean esta expresión GALLEGO SOLER, J.I: “Criterios de imputación de la autoría...”, págs. 119-120. HORTAL IBARRA, J. C: *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, pág. 260. KONU, M: *Die Garantenstellung des Compliance-Officers...*, pág. 67. SCHMIDT-HUSSON, F.G: “Delegation von Organpflichten”, pag. 120, Nm. 7.

quien, conforme al contrato de servicios suscrito, se haya comprometido a asumir el recto cumplimiento de estas tareas. No obstante, el órgano de administración de la empresa contratante deberá haber adoptado, como antesala, las oportunas medidas de diligencia a la hora de seleccionar correctamente al CO externo²⁴³: superiores, para algunos, que en la delegación interna de competencias²⁴⁴. Ello guarda plena consistencia con la Directriz General nº 10 contenida en las Directrices de ESMA de septiembre de 2012 sobre ciertos aspectos relativos a los requisitos de la función de cumplimiento que aboga por que la organización emprenda un proceso de diligencia debida por medio del cual quede asegurado que el tercero externo cuenta con la necesaria autoridad, recursos, competencia y acceso a la información como para realizar de manera eficaz las tareas de verificación del cumplimiento externalizadas. Pero la adecuada selección del profesional externo no lo es todo. En consonancia con la Directriz General nº 10 contenida en las Directrices de ESMA de septiembre de 2012, el órgano de administración deberá preservar una función de supervisión y control residual respecto a la labor ejecutada por el CO externo²⁴⁵, a mi entender, en un mismo grado de intensidad que en la delegación interna de competencias. Sólo así podrá avanzar de la desconfianza hacia la confianza. Que la función de *compliance* sea ajena a la estructura interna de la empresa en nada justifica que la dirección de la empresa quede desprendida de su deber residual de supervisión sobre la adecuada ejecución de aquella función que le correspondía originariamente. De hecho, será imprescindible que el CO externo mantenga un estrecho y continuado conocimiento de los procesos productivos de la empresa para así poder desempeñar correctamente su labor, de tal modo que no concurriría un desligamiento tan obvio que ocluya una eventual vigilancia residual. Aceptar lo contrario podría acarrear un serio riesgo de que la empresa contratante descargue toda la responsabilidad en el CO externo una vez satisfecho el estándar de diligencia exigible.

²⁴³ En términos generales, SCHULZ, M; GALSTER, M: “Aufgaben im Unternehmen”, pág. 108, Nm. 76.

²⁴⁴ En general, GALLEGO SOLER, J.I: “Criterios de imputación de la autoría...”, pág. 120.

²⁴⁵ Lo entienden así, de forma general, MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, pág. 70. GALLEGO SOLER, J.I: “Criterios de imputación de la autoría...”, pág. 120. SCHULZ, M; GALSTER, M: “Aufgaben im Unternehmen”, pág. 108, Nm. 76. En cambio, cree que basta con cumplir correctamente con un deber de selección del tercero (*due diligence*) para poder apelar al principio de confianza SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, pág. 233.

Si la corporación opta, en cambio, por externalizar parcialmente algunos de los cometidos claves en materia de cumplimiento normativa, el esquema de externalización quedaría conformado por hasta tres sujetos distintos: el órgano de administración, el CO interno y el responsable del despacho de abogados o de aquella otra entidad que se haya comprometido a hacerse cargo de la gestión de esa específica tarea externalizada. No parece problemático concluir que, en tales supuestos, el órgano de administración tendría que satisfacer los mismos estándares de selección requeridos en los párrafos precedentes. Pero, en contraposición a la externalización completa, sería el CO interno quien asumiría la responsabilidad de vigilar y controlar residualmente el cumplimiento de las concretas labores externalizadas. A fin de cuentas, una cosa es que un tercero se encargue por razones de eficiencia de la gestión de una específica tarea y otra muy distinta es olvidar que la responsabilidad de que se ejecute con eficiencia recae por cargo en la esfera de deber del CO. Luego, a pesar de que la empresa opte por encargar a expertos en la materia la gestión de ámbitos tales como, por ejemplo, la gestión de las líneas de *whistleblowing*, el CO deberá verificar diligentemente su adecuada realización con tal de apreciar en él una óptima satisfacción de los deberes asumidos contractualmente²⁴⁶. Por ofrecer cierta concreción ejemplificativa: si un despacho de abogados se compromete a impartir los cursos de formación, lógicamente no será el CO quien se responsabilice de ofrecer las sesiones que correspondan pero sí deberá revisar su óptimo aprovechamiento por los trabajadores. A todo esto, el órgano de administración, en tanto responsable originario del cumplimiento normativo en la empresa, deberá continuar comprobando desde un plano secundario que el CO de la compañía satisface correctamente el conjunto de competencias asumidas, tal como dicta la relación de delegación de competencias que les une.

7.2. La delegación en el órgano colegiado de cumplimiento: ¿un ejemplo de “delegación en cadena”?

La opción de integrar en la corporación un órgano colegiado de cumplimiento (se le denomine como se lo denomine: Comité de Ética Corporativa, Departamento de Cumplimiento Normativo, etc.) en lugar de atribuir las funciones de *compliance* a un

²⁴⁶ Opina, aunque en el exclusivo marco de la encomienda de la gestión de los canales de denuncias a servicios jurídicos externos, que el CO tiene que estar puntualmente informado de sus resultados GALLEGU SOLER, J.I: “Criminal compliance y proceso penal...”, pág. 219.

CO individual, no sólo resulta aceptada y respaldada en la práctica sino que en organizaciones de cierto tamaño o en aquellas en las que se desarrollan actividades de negocio especialmente riesgosas u operativas en sectores regulados resultará hasta necesario²⁴⁷ debido a la imposibilidad de que un único profesional se haga cargo de cada una de las porciones de cumplimiento normativo que requieren de atención. Pero, para lo que ahora nos interesa, una tal forma de configuración colegial tiene que hacernos reflexionar sobre si nos hallamos frente a un posible caso de delegación de competencias en cadena, esto es, una dinámica en la que el delegado extiende a otra persona parte o todo el campo de las funciones en sí delegadas. Es decir, el delegado vuelve a delegar, a su vez, en un tercero y así sucesivamente, constituyéndose una cadena de responsabilidades²⁴⁸.

Esta práctica ha sido puesta en tela de juicio en nuestro país por un autorizado sector doctrinal²⁴⁹ o bien aceptada pero sólo parcialmente²⁵⁰. Se comparta una u otra opinión, lo cierto es que, de todos modos, no creo que se esté aquí proyectando. El órgano de administración, hasta donde alcanzo a ver, no ejercita el mecanismo de la delegación en el CCO para que éste, con posterioridad, delegue parte de sus funciones en los COs sectoriales y retenga, por lo demás, otro fragmento en clave de competencias de representación y coordinación o, a su vez, de supervisión de uno de los sectores de riesgo (fraude fiscal, por ejemplo). Lo que realmente sucede es que, en el plano vertical, a quien se le delega la responsabilidad de gestionar y velar por el buen funcionamiento del CMS es al órgano colegiado de cumplimiento en su conjunto pero luego se procede, en el plano horizontal, al correspondiente reparto de tareas²⁵¹ que traerá como correlato la correspondiente especialización²⁵². Y todo ello sin perjuicio de que, al mismo tiempo, quede articulada en el seno del órgano colegiado de cumplimiento otra relación jerárquica (vertical) más que vincule de un modo más o menos intenso al CCO con los COs sectoriales.

²⁴⁷ Vid. MILLER, G. P: *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, págs. 94-96.

²⁴⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, pág. 114.

²⁴⁹ Vid. MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, pág. 115.

²⁵⁰ Según GALLEGO SOLER, no es admisible la subdelegación de la totalidad de la competencia/ responsabilidad, pero sí resulta justificada la subdelegación parcial por cuestiones técnicas. Cfr. GALLEGO SOLER, J.I: “Criterios de imputación de la autoría...”, pág. 107.

²⁵¹ MONTANER FERNÁNDEZ explicita que el principio de división de trabajo suele distinguirse entre un nivel vertical (la delegación de competencias) y uno horizontal (el reparto de tareas). Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, pág. 83.

²⁵² Vid. ROBLES PLANAS, R: “Principios de imputación en la empresa”, págs. 495, 500-502.

8. El *compliance officer* como encargado de la ejecución de una función

Frente a la opinión doctrinal predominante, MONTANER FERNÁNDEZ ha defendido en nuestro país que el CO no es un delegado de vigilancia del administrador social sino un encargado de la ejecución de una función²⁵³. Opina esta autora que “el empresario no traspasa la competencia principal, ni siquiera parcialmente, en materia de cumplimiento a un tercero ni, por tanto, la posición de garantía primaria al respecto”²⁵⁴. Él sigue siendo el principal responsable. Sin embargo, aduce MONTANER FERNÁNDEZ, el empresario se sirve de un profesional independiente de la dirección de la empresa con conocimientos técnicos específicos: el CO²⁵⁵. El CO, continúa, “es un ejecutor cualificado con un ámbito de autonomía propio del cargo que ocupa, pero que, sin embargo, no dispone ni de competencias de instrucción ni de mando independientes a los efectos de subsanar o corregir directamente determinadas carencias o infracciones”²⁵⁶. Con base en este razonamiento, MONTANER FERNÁNDEZ llega a la conclusión de que el CO ni asume una posición de garantía de vigilancia derivada del ámbito competencial del empresario ni se convierte en el principal responsable de la evitación de riesgos penales para terceros que puedan derivarse de la actividad empresarial sino que su función queda reducida a supervisar el CMS implantado²⁵⁷.

Pues bien, profundizando en la estructura de encargo de la ejecución de una función defendida por MONTANER FERNÁNDEZ²⁵⁸, interesa advertir, antes que nada, que no hay que caer en el error de tomar al pie de la letra la expresión “encargado de cumplimiento” (como en alemán, *Compliance-Beauftragte*) con la que en más de una ocasión se ha aludido al CO. Que se le denomine de ese modo no quiere decir que el CO

²⁵³ MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance*...”, págs. 757-758. Siguiendo el pensamiento de esta autora, parece concebir también como una forma de encargo de la ejecución de una función la traslación en el CO de la responsabilidad de implementar y gestionar un CMS en la organización empresarial GOENA VIVES, B: *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, págs. 365-366.

²⁵⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance*...”, pág. 758.

²⁵⁵ *Ibidem*, pág. 758.

²⁵⁶ *Ibidem*, pág. 758.

²⁵⁷ *Ibidem*, pág. 760.

²⁵⁸ No paso por alto que los postulados teóricos asumidos por MONTANER FERNÁNDEZ inciden en la valoración acerca de la ostentación por el CO de una posición de garante de vigilancia, en el sentido precisamente de negarla. Sobre la posición de deber del CO me ocuparé en otro apartado. Por razones de exposición, en el presente epígrafe me centraré en valorar si acaso la función asignada al CO responde a la estructura de un encargo de la ejecución de una función así como las consecuencias político-criminales que se derivan en caso de validar dicha tesis.

sea un encargado en el sentido estricto del término. Un encargo, según alcanzo a ver, responde a la encomienda de una tarea puntual que requiere de una menor dedicación, formación y concesión de autoridad o competencia (o de ninguna)²⁵⁹. Algo así ocurre, por ejemplo, cuando un catedrático de universidad encarga a un becario fotocopiar unos exámenes para sus alumnos o cuando el socio de un despacho de abogados encarga a uno de los *juniors* recoger los papeles de constitución de una sociedad en la notaría. En estas circunstancias seguramente cabe entender que el mandante retiene completamente el control sobre la gestión de su esfera de organización pero, aun así, se sirve de un encargado para satisfacerla convenientemente a partir de la encomienda de una labor específica a desarrollar en los términos previamente establecidos. Con el CO acontece algo bien distinto a lo anterior. En el momento en que se incorpora en la plantilla el CO goza de una innegable vocación de permanencia y para la adecuada ejecución de su rol no sólo necesita de ciertos conocimientos técnicos sino también de un innegable espacio de autonomía e independencia, atributos estos reconocidos expresamente por MONTANER FERNÁNDEZ en su exposición²⁶⁰.

Ahora bien, el aspecto esencial que conduce a MONTANER FERNÁNDEZ a identificar al CO como un encargado de la ejecución de una función no es otro que el perfil profesional que esta figura encarna, a saber, el de un órgano auxiliar con funciones tanto de asesoramiento como de recopilación y transmisión de información al consejo de administración pero falto, en todo caso, de competencias de instrucción y mando²⁶¹. Independientemente de que, como expusimos en su momento, nada impide articular la función de cumplimiento de un modo distinto al descrito²⁶², no creo que la carencia de competencias ejecutivas sirva como un argumento válido para poner en tela de juicio la estructura de la delegación de competencias que rige en la relación entablada entre el órgano de administración y el CO. Que el CO sea configurado como una figura de apoyo del órgano de administración solamente es una muestra de que el contenido de la delegación operada es divergente y apreciablemente más restringido a aquella otra delegación en la que sí que se le dota de competencias ejecutivas, quedando su posición de deber finalmente articulada de otra forma distinta a la de aquel perfil al que se le

²⁵⁹ Así, TAYLOR, H. L.: *Cómo delegar...*, pág. 11.

²⁶⁰ Concretamente MONTANER FERNÁNDEZ habla de la independencia del CO, sus conocimientos técnicos así como el reconocimiento de un ámbito de autonomía propio. Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R: “*El criminal compliance...*”, pág. 758.

²⁶¹ Vid. *Ibidem*, pág. 758.

²⁶² Vid. Capítulo II. Apartado 5.1.

carga con la responsabilidad de evitar directamente la comisión de delitos. Lo descrito no entra en contradicción con la asignación al órgano de administración de la condición de competente principal de garantizar la inocuidad de la actividad social. Indudablemente eso es así. Pero ello no obsta para que el órgano de administración esté en condiciones de delegar sobre el CO una serie de funciones de vigilancia y control que originariamente le incumben satisfacer, constatada su imposibilidad de ocuparse sobre todos aquellos extremos en la empresa requeridos de su atención. Supervisar el CMS y mantener informado al órgano de administración no son, por consiguiente, un mero servicio²⁶³ sino la expresión de un espectro de responsabilidad que inicialmente le competía al órgano de administración y que éste opta por delegar.

MONTANER FERNÁNDEZ ha manifestado en otro estudio distinto al aquí examinado que “el trabajador encargado no tiene poder de decisión sobre el ámbito de competencia en el que se desarrolla o incluye su actividad”²⁶⁴. Dicha característica parecería casar perfectamente con el perfil del CO sin competencias ejecutivas, habida cuenta de que este profesional, en palabras de MONTANER FERNÁNDEZ, “no tiene autonomía a los efectos de decidir cómo solucionar el incumplimiento normativo detectado en el desarrollo de la actividad de la empresa”²⁶⁵. Pienso, sin embargo, que la no concesión de tales competencias de mando e instrucción en el CO auxiliar estaría justificada debido a la falta de necesidad de su posesión en razón del ámbito competencial que se le delega. Recordemos que la autonomía de un delegado, que es donde suelen ubicarse las capacidades de mando e instrucción sobre las que ahora estamos discutiendo, ha de estar puesta constantemente en relación con su posición jurídica. Si el deber nuclear del CO sin competencias ejecutivas es simplemente el de informar sobre aquellos actos delictivos detectados, difícilmente para ser un delegado con todas las de la Ley podrá exigírsele disponer de unas facultades de mando e instrucción que para cumplir diligentemente con su trabajo – insisto: informar acerca de las irregularidades alertadas – no necesita. En cualquier caso, el CO sin competencias ejecutivas contará con la potestad de solicitar a otros órganos de la empresa determinados documentos vinculados con el objeto social, iniciar investigaciones internas o decidir archivar aquellos asuntos que, a su juicio, no presenten indicios de criminalidad. Todo esto es reflejo de cierta

²⁶³ Lo cree así MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance*...”, pág. 770.

²⁶⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial*..., pág. 104.

²⁶⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance*...”, pág. 770.

autonomía, si bien naturalmente de una más restringida que aquella que le corresponde al CO que personifica un perfil ejecutivo, al delegarse en éste un espectro de deberes con un contenido distinto y apreciablemente más restringido.

Importa poner de relieve finalmente que para aquellos autores que, según MONTANER FERNÁNDEZ, tratan el encargo de la ejecución de una función como una delegación de la ejecución de una función, el encargante, que mantendría su posición de garante originaria, se vería expuesto a responder por los resultados generados a raíz del mal proceder del encargado, precisamente por no haber controlado directa y puntualmente el cumplimiento de la obligación en cuestión²⁶⁶. En tal caso, las supuestas ventajas de la encomienda se perderían, puesto que se imposibilitaría un desligamiento, siquiera mínimo, del encargante respecto las labores desempeñadas por el encargado, bajo el riesgo de responder penalmente en caso contrario.

MONTANER FERNÁNDEZ se postula en contra de una alternativa político-criminal tan inoportuna y aboga, sobre la premisa del principio de autorresponsabilidad y el ámbito de competencias propias, por la responsabilidad penal del encargado cuando, incumpliendo su haz de deberes, haga mal su trabajo²⁶⁷. Esta reflexión no tendría por qué entrar en contradicción con la responsabilidad principal de quien aún retiene por completo la posición de garante, el encargante, toda vez que al encargado se le reconoce un espacio de competencia propio donde radica aquel deber activado con el encargo cuya infracción permitiría fundamentarle responsabilidad penal. Sucede, con todo, que, fruto de la coherencia que MONTANER FERNÁNDEZ mantiene con su posicionamiento, proclive a negar una posición de garante de vigilancia en el CO sin competencias ejecutivas²⁶⁸, ésta acaba por concluir que, a excepción de aquellos supuestos de adaptación dolosa a la conducta criminal de terceros, las posibilidades de atribuir responsabilidad penal a este profesional por el incumplimiento de sus funciones son

²⁶⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial...*, pág. 101-102.

²⁶⁷ *Ibidem*, págs. 102-105.

²⁶⁸ Entiendo que MONTANER FERNÁNDEZ sí estaría dispuesta a fundamentar una posición de garante en el CO con competencias ejecutivas cuando expresa: (...) a no ser que el compliance officer se conforme como una figura que centraliza toda la supervisión del cumplimiento normativo en la empresa—disponiendo de facultades autónomas de decisión también respecto de las medidas correctivas—y, además, posea el monopolio de la información sobre cumplimiento, no queda más remedio que excluir su posible responsabilidad penal por la no evitación de los delitos cometidos a través de la empresa”. Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance...*”, pág. 774.

muy reducidas²⁶⁹, estando, a su juicio, su responsabilidad penal generalmente vinculada, antes bien, con la contravención de los deberes de supervisión genéricos en la empresa contemplada en el § 130 OWiG del Derecho alemán²⁷⁰. Esto equivale a expresar que el CO acabaría por quedar exento de responsabilidad penal la mayor parte de las veces por su comportamiento omisivo, dada la inexistencia en el ordenamiento jurídico español de un homólogo legal del § 130 OWiG. Resulta, entonces, que, al final, la solución propuesta por MONTANER FERNÁNDEZ para un relevante número de casos acaba por coincidir materialmente con aquella que ésta estimaba político-criminalmente inapropiada. El foco de atención en términos de responsabilidad penal por omisión se situaría sobre el órgano de administración, en tanto encargante que todavía retiene la posición de garante originaria, dificultando enormemente su desligamiento respecto al objeto del encargo. Mientras, el CO, en calidad de encargado de la ejecución de una función, disfrutaría de la impunidad²⁷¹, aun a pesar de haber transgredido su espectro de deberes de una forma tal como para permitir la comisión de delitos en la empresa²⁷².

En suma, tengo la impresión de que con su interesante propuesta teórica lo que MONTANER FERNÁNDEZ persigue evitar es que el CO sea empleado como chivo expiatorio en pos del beneficio punitivo del órgano de administración, no dejando espacio alguno para la duda de que este último es el competente primario del cumplimiento normativo en la empresa. Pienso, aun así, que esta indeseable consecuencia político-criminal es posible sortearla si, admitiéndose de base la estructura de la delegación de competencias, se deja claro, desde buen comienzo, bajo qué presupuestos la delegación deviene válida jurídicamente, qué es exactamente lo que el órgano de administración delega al CO, definiéndose adecuadamente cuál es en el caso concreto la posición de deber que éste acaba por ocupar, y se matiza, además, que la posición de garante del primero, en ningún caso, se desvanece tras la delegación sino

²⁶⁹ *Ibidem*, pág. 774.

²⁷⁰ *Ibidem*, págs. 765-766, 770.

²⁷¹ Razona MONTANER FERNÁNDEZ en referencia al CO: "(...) entendiendo que este sujeto no ostenta una posición de garantía que le obligue a la evitación de los delitos cometidos por parte de los trabajadores, sino solamente una posición de garantía interna, la solución más coherente sería la de negar su responsabilidad penal, incluso a título de participación, por la no evitación de los delitos cometidos a partir de la empresa". Cfr. *Ibidem*, pág. 770.

²⁷² De todos modos, MONTANER FERNÁNDEZ piensa que quienes deberían ser el principal objeto de mira para la atribución de responsabilidad penal por delitos de empresa son los sujetos autorresponsables que han tomado las decisiones de gestión —estratégica u operativa— que explican que el delito se haya cometido. Cfr. *Ibidem*, pág. 774.

que se modifica, sorteando, con ello, un posible desentendimiento exento de repercusiones jurídico-penales.

CAPÍTULO III

PRESUPUESTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN DEL COMPLIANCE OFFICER

1. Introducción

En una ilustración aneja al final de un artículo de GODENZI y WOHLERS²⁷³ un par de policías irrumpen en el despacho del CO de una compañía alemana con una orden de arresto en la mano. El CO, alarmado, vocifera con enojo en cuanto uno de los policías le agarra por el brazo para proceder a llevárselo a comisaría: “¡Yo no he hecho nada!” A lo que uno de los policías le contesta: “Precisamente por eso”. Esta satírica viñeta sintetiza con una pizca de sentido del humor la problemática que será abordada en las próximas páginas. A saber, ¿podemos responsabilizar al CO por sus omisiones frente a la comisión de hechos punibles por terceros autorresponsables? En caso afirmativo, ¿de cuáles y en qué grado de responsabilidad? Y lo que es aún más relevante, ¿sobre qué fundamento?

Si bien, hasta la fecha, no hay constancia en la historia judicial de ningún país de una sola condena penal firme contra un CO por haber omitido intervenir contra conductas delictivas ajenas acontecidas en el seno de la organización²⁷⁴, la profunda discusión que

²⁷³ GODENZI, G; WOHLERS, W: “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers...”, pág. 248.

²⁷⁴ Por el momento, contamos con una base empírica anecdótica sobre condenas penales firmes contra COs. Hasta donde sé, solamente ha sido acordada una condena penal en el ordenamiento jurídico estadounidense y otra en el inglés, estando ambas motivadas por una realización típica activa dolosa. La primera de ellas tuvo lugar en el caso Bernard L. Madoff Investment Securities (*United States v. Peter Madoff*, *S7 10 Cr. 228*, 2012). Bernard L. Madoff cosechó fama a escala mundial por haber orquestado durante décadas una de las mayores estafas piramidales de la historia a través del llamado esquema Ponzi. Y fue su hermano, Peter Madoff, quien ejerció como CCO del conglomerado empresarial desde mediados de los años 60 hasta que se descubrió el desmán corporativo a finales del año 2008. A pesar de alegar desconocer la táctica defraudadora de su hermano, Peter Madoff falseó manuales de cumplimiento, procedimientos de supervisión e informes anuales de revisión de las actividades de negocio a fin de crear la ilusoria imagen entre los clientes, organismos reguladores y auditores de que las operaciones de inversión de la entidad pasaban por un filtro de robustas políticas y procedimientos de control, cuando la realidad es que nada de esto era cierto. Las acciones de Peter Madoff no sólo facilitaron la continuidad de la estafa sino que, además, impidieron que pudiera haberse detectado muchos años antes. El 20 diciembre de 2012, después de declararse culpable el 29 de junio del mismo año, Peter Madoff recibió una condena de 10 años de prisión por fraude y falsedad documental, entre otros delitos. Enlace: <https://www.justice.gov/sites/default/files/usao-sdny/legacy/2012/06/29/20120629transcriptpetermadoffplea%20proceeding%20.pdf> La segunda de las condenas penales referidas, más reciente que la anterior, fue la de Fabiana Abdel-Malek, CO de la delegación londinense de la entidad suiza UBS AG. Tras años de investigaciones por la FCA, Fabiana Abdel-Malek fue finalmente sentenciada el 27 de junio de 2019 por la *London's Southwark Crown Court* a tres años de prisión por la comisión de un delito de *insider trading*. Según el relato de los hechos,

este controvertido asunto ha suscitado no ha dejado indiferentes ni a la dogmática española ni a la extranjera. Algunos sucesos acaecidos en el Derecho comparado seguramente han ofrecido motivos para avivar este debate:

Comenzando por Estados Unidos, es cierto que inicialmente la mayor parte de las *enforcement actions* interpuestas contra COs por la SEC o incluso otros organismos norteamericanos, como la FINRA²⁷⁵ o la FinCEN²⁷⁶, tuvieron como base o bien su intervención activa en un ilícito desvinculado del terreno del cumplimiento normativo – principalmente por tratarse de *multiple-hatted* COs²⁷⁷ que cometieron la irregularidad a partir de un rol distinto, como el de CEO o CFO – o bien la obstrucción y engaño de las autoridades durante sus labores de investigación. Así lo puso de relieve, si bien exclusivamente en relación con los procesos iniciados por la SEC, Andrew J. Ceresney, exdirector de la *Division of Enforcement* de la SEC, en un conferencia pronunciada el 4 de noviembre de 2015 ante la *National Society of Compliance Professionals*²⁷⁸. Sin embargo, a la luz de la más reciente casuística, parece que en este país ha empezado a florecer una tendencia a perseguir con mayor intensidad otro grupo de conductas al que, en su momento, Ceresney consideró como más residual en comparación con ese par de constelaciones de casos anteriores: la ejecución defectuosa por el CO de su respectivo campo de tareas, posibilitando, con ello, la comisión de eventos de trascendencia penal²⁷⁹.

Fabiana Abdel-Malek aprovechó su posición de deber en UBS AG para transmitir información confidencial a un amigo cercano, un tal Walid Anis Choucair, quien trabajaba como *trader* intradiario, a fin de que la emplease para llevar a cabo provechosas operaciones financieras. Enlace: <https://www.fca.org.uk/news/press-releases/two-found-guilty-insider-dealing>

²⁷⁵ Es una organización norteamericana no gubernamental, independiente y sin ánimo de lucro cuyo objetivo consiste en la protección de los inversores y la integridad del mercado de valores. Enlace: <http://www.finra.org/>

²⁷⁶ Se trata una agencia dependiente del Departamento de Tesoro de Estados Unidos que tiene como propósito almacenar, gestionar y analizar información financiera a fin de luchar contra crímenes como el blanqueo de capitales. Enlace: <https://www.fincen.gov/>

²⁷⁷ Cabe diferenciar dos clases de COs en función del número de perfiles profesionales encarnados: los *single-hatted* COs y los *multiple-hatted* COs. Los primeros son aquellos que ejercen exclusivamente como COs y se afanan por cumplir esta labor. Los segundos, por el contrario, acogen por razones de índole diversa (recursos, estructura empresarial, etc.) un perfil mixto mediante el cual no sólo desempeñan su labor de cumplimiento legal sino también, al mismo tiempo, cometidos propios de otro tipo de figuras profesionales. En este trabajo será manejado exclusivamente el concepto de *single-hatted* CO, puesto que sólo nos interesa la responsabilidad penal que puede llegar a afrontar esta figura por el indebido incumplimiento de sus tareas de *compliance*.

²⁷⁸ <https://www.sec.gov/news/speech/keynote-address-2015-national-society-compliance-prof-ceresney.html>

²⁷⁹ Sin ir más lejos, en *In the Matter of the Application of Thaddeus J. North For Review of Disciplinary Action Taken by FINRA Securities Exchange Act of 1934 Release n° 84500 (October 29, 2018)* se nombra como ejemplo de un comportamiento infractor que puede dar lugar a responsabilidad en el CO la

Mientras, en Alemania es digna de mención la conocida sentencia del BGH de 17 de julio de 2009 – 5 StR 394/08. En el supuesto de hecho enjuiciado por el BGH una institución berlinesa de derecho público, la *Berliner Stadtreinigungsbetriebe*, asumió la limpieza de los viales de la ciudad con conexión y uso por los propietarios de los terrenos colindantes. Conforme a lo dispuesto por la *Berliner Straßenreinigungsgesetz*, el Estado corría con el 25 % del coste total de los servicios de limpieza en los viales habitados mientras que los propietarios de los terrenos colindantes tenían que desembolsar el 75 % restante. Mientras, los gastos originados por la limpieza de los viales sin vecinos eran asumidos plenamente por el Estado. Durante el periodo comprendido entre los años 1999 y 2000, el acusado A, jefe del departamento jurídico de la empresa y responsable del departamento de revisión interna, detectó que en el cálculo de las tarifas se había incluido por error el coste de los viales sin vecinos que debía ser sufragado en su totalidad por el Estado. Aun así, omitió informar de este incidente, dado que el coacusado B, miembro de la junta directiva, dio la orden expresa de no corregir el error de cálculo, lo que desembocó en la aprobación de las tarifas sin que dicho error fuese enmendado. Consiguientemente, los vecinos tuvieron que pagar en exceso 23 millones de euros más de los que les correspondía.

El BGH confirma la sentencia del LG en la que se condena a B como autor mediato de un delito de estafa y a A como partícipe por omisión de la misma. A fin de fundamentar el fallo respecto a A, el BGH se plantea si era o no apreciable en él una posición de garante. A este respecto, rehúsa una fundamentación por injerencia y la basa, en cambio, en la delegación de funciones que la dirección de la empresa realizó en éste, en virtud de la cual, A asumió el deber de proteger los intereses patrimoniales de los ciudadanos afectados, debiendo, para ello, objetar cualquier error en el cálculo de tarifas, cosa que no hizo, permitiendo, de ese modo, la comisión del delito de estafa enjuiciado.

Es justo en este marco donde el BGH se pregunta, en términos contrafácticos, qué hubiese sucedido si A hubiese ostentado el cargo de CO. A propósito de esta cuestión,

significativa falta de implementación de programas de cumplimiento, políticas y procedimientos respecto a los cuales concurra una responsabilidad directa. Enlace: <https://www.sec.gov/litigation/opinions/2018/34-84500.pdf>

el BGH llega a la conclusión de que los COs ostentan normalmente un deber de garante en el sentido del § 13 StGB, a tenor del cual, están obligados a impedir aquellos ilícitos vinculados con la actividad de la empresa perpetrados por sus empleados como parte de la responsabilidad asumida ante la dirección de la organización de impedir infracciones legales y, en especial, delitos²⁸⁰, dando lugar en la academia a una vibrante discusión, aún en boga, acerca de la posición jurídica de este profesional.

Así las cosas, este capítulo persigue el propósito de desarrollar los presupuestos generales (objetivos y subjetivos) reclamados por la dogmática jurídico-penal a efectos de apreciar en un agente una responsabilidad penal en comisión por omisión para así examinarlos en el caso concreto del CO en aras de fundamentar cuando cabe predicar respecto a dicho sujeto una responsabilidad criminal de esta naturaleza. Concretamente los presupuestos a los que hago referencia son los que a continuación se exponen de forma esquemática, reservándose su análisis individual y pormenorizado para apartados ulteriores:

Tipo objetivo (presupuestos cumulativos)	Tipo subjetivo (presupuestos alternativos)
Posición de garante	Dolo
Autoría/participación omisiva	Imprudencia
Situación típica	
Falta de adopción de la acción debida y capacidad de realizarla	
Producción del resultado lesivo	
Imputación jurídica del resultado lesivo (causalidad hipotética)	

2. La posición de garante: visión general

Existe amplio consenso en la academia penal en que la ostentación de una posición de garante representa el eje en torno al cual pivota la dogmática de la comisión omisiva: sin su constatación, de nada sirve examinar el resto de presupuestos. La mera capacidad

²⁸⁰ En más detalle, acerca de esta sentencia, vid. KRETSCHMER, J: “BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08. Garantienpflicht des Leiters der Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts”, *JR*, Vol. 11, 2009, págs. 771-777, *passim*.

de evitar un resultado lesivo no basta para imputar su producción como si se hubiese causado activamente²⁸¹. Es decir, el mero poder no genera deber. No sólo cualquier integrante de la empresa sino cualquier ciudadano desvinculado de la organización puede llegar a ser capaz de conjurar un hecho antijurídico ajeno mediante el mero aviso a las autoridades. Sin embargo, su omisión solamente responderá, si cabe, a la infracción de los deberes positivo-generales de base solidaria que a todo ciudadano le incumbe respetar.

Particularmente el artículo 11 CP, que es el precepto que dota de cobertura jurídica a la comisión por omisión en España, identifica tres fuentes a partir de las cuales emanarían deberes de garante: la ley, el contrato y la injerencia. Únicamente de estas fuentes nacen deberes de garante, lo cual no significa, por otro lado, que todos los deberes que se desprendan de esta tríada clásica ostenten tal naturaleza²⁸²: pensemos, sin ir más lejos, en el deber positivo-general de socorro desprendido del artículo 195 CP. Parte de la doctrina ha interpretado, en un sentido adverso, que el legislador penal, en vez de contemplar un listado cerrado de las fuentes de las que surgirían deberes de garante, como aquí se estima oportuno, ofrece un listado meramente ejemplificativo²⁸³, existiendo, consiguientemente, otras vías distintas a las previstas en el texto legal. No creo, sin embargo, que tal exégesis sea la más acorde al tenor literal del precepto examinado. La enumeración taxativa es suficientemente clara. No acabo de localizar elementos de base en el segundo inciso del artículo 11 CP que den pie a inferir que las fuentes contempladas en el precepto legal son meros ejemplos y no, como creo, un catálogo deliberadamente cerrado²⁸⁴. Y ello sin perjuicio de que podamos interpretar de una forma más o menos laxa las fuentes descritas. Valga como ejemplo la noción de “contrato”: éste no tiene por qué entenderse necesariamente en el sentido de los

²⁸¹ En este sentido, JAKOBS, G: *La imputación objetiva en derecho penal*, pág. 26.

²⁸² LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A: “Salvar al oficial Ryan...”, págs. 317-318.

²⁸³ MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 10ª ed., 2015, págs. 327-328, Nm. 36. CUADRADO RUIZ, M. A: “La posición de garante”, *RDPC*, nº 6, 2000, págs. 11-68, pág. 60. LÓPEZ GARRIDO, D; GARCÍA ARÁN, M: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 48.

²⁸⁴ De esta opinión, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, pág. 699. LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A: *Los delitos de omisión...*, pág. 162. VIVES ANTÓN, T. S: “Artículo 11”. En COBO DEL ROSAL, M., (dir): *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, Edersa, Valencia, 1999, págs. 489-531, pág. 529.

artículos 1.254 y 1.261 CC sino que es posible interpretarlo de un modo más amplio, como “acuerdo natural de voluntades”²⁸⁵, incluido el oral o el tácito.

Así pues, no pasa desapercibido de que la exigencia legal relativa a la ostentación y correlativa infracción de un especial deber jurídico derivado de esta tríada clásica de fuentes ley-contrato-injerencia representa una muestra bastante clara del influjo ejercido por las teorías formales del deber jurídico en nuestro sistema²⁸⁶. De forma resumida, estas teorías situaban el fundamento del deber de garante de impedir un resultado lesivo simple y llanamente en una ley extra-penal (civil o administrativa) o en un contrato (y más adelante también en la injerencia). La previsión extra-penal de un deber de evitar un resultado específico (por ejemplo, los preceptos del Código Civil que contemplan el deber de cuidado de los progenitores respecto a sus hijos menores de edad) constituía, a su entender, condición más que suficiente para fundar en un agente la titularidad de deberes de garante cuya transgresión podría derivar en una realización típica en comisión por omisión²⁸⁷.

Ciertamente las teorías formales del deber jurídico consiguieron dotar de una mayor seguridad jurídica en lo que a la punición de los delitos omisivos respecta, dado que, al reclamar una referencia expresa a la ley, el contrato o la injerencia, quedaban de lleno excluidas otras posibles vías de fundamentación, como la moral o la costumbre. No obstante, el extremo formalismo y amplitud de estas tesis, la falta de aportación de un sustrato jurídico-material que explicase por qué un agente se constituye como garante o la excesiva dependencia del ámbito penal con el extra-penal, entre otros muchos problemas, desembocaron finalmente en su rechazo doctrinal unánime²⁸⁸. Y no sin razón. A fin de cuentas, manejando esta rudimentaria fórmula correríamos el intolerable riesgo de mutar, sin ofrecer una explicación material plausible, meras infracciones civiles, laborales o de otra índole distinta a la penal en graves hechos omisivos

²⁸⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E: *Principios de Derecho Penal: Parte General*, Akal, Madrid, 5ª ed., 1998, pág. 408.

²⁸⁶ MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 327, Nm. 36. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, pág. 119.

²⁸⁷ En más detalle, vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, págs. 119-148. CARLOS DE OLIVEIRA, A. C: *Lavagem de Dinheiro: Responsabilidade Pela Omissão de Informações*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2019, págs. 155-158.

²⁸⁸ Sobre las fundadas críticas esgrimidas en contra de las teorías formales del deber jurídico, vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: *Los delitos de omisión...*, págs. 26-27. CARLOS DE OLIVEIRA, A. C: *Lavagem de Dinheiro...*, págs. 160 y ss.

criminallymente relevantes castigados con la misma pena que los activos, en transgresión de los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y *ultima ratio* del Derecho Penal.

Parece inadmisibile que la simple transgresión por el progenitor del deber legal de velar por el hijo menor no emancipado contenido en el artículo 154 CC pueda servir como criterio material para atribuirle su muerte en caso de desatención, solución ésta especialmente sorprendente en aquellas situaciones en las que el menor, por su grado de madurez y su proximidad a la mayoría de edad, disponga de la autonomía suficiente como para valerse por si mismo²⁸⁹. Lo mismo cabe predicar acerca de la improcedencia de considerar suficiente el quebrantamiento del deber jurídico del administrador de gestionar diligentemente la empresa (artículo 225 LSC) a efectos de atribuirle los resultados lesivos producidos en la empresa²⁹⁰. De idéntico modo, resultaría sumamente chocante poder fundamentar una responsabilidad omisiva en el CO simplemente a partir del argumento de que éste ha infringido alguno de sus deberes contemplados en las disposiciones del contrato de trabajo suscrito.

Tras el ocaso de las teorías formales del deber jurídico²⁹¹, llegó la búsqueda de una fundamentación material de la comisión omisiva. Ello explica, en buena medida, el holgado recibimiento académico que obtuvo tiempo después la clasificación bipartita de posiciones de garante introducida de la mano de la teoría de las funciones propuesta por KAUFMANN allá por el año 1959. Como es sabido, KAUFMANN clasifica las posiciones de garantía con arreglo a la específica función material desempeñada por el sujeto, sin darle demasiada importancia al origen del deber jurídico ostentado. Particularmente este autor traza una división entre aquellas posiciones de garante consistentes en la protección de un bien jurídico (situaciones de estrecha vinculación familiar, comunidad de peligro y asunción de una función de protección) y aquellas otras destinadas a

²⁸⁹ Vid. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 327, Nm. 36.

²⁹⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, págs. 149-150.

²⁹¹ Pese a todo, no hay que perder de vista la presente reminiscencia de las teorías formalistas asentada en el vigente artículo 11 CP y alertar, junto a lo anterior, que, hoy por hoy, se está experimentando, fruto de una creciente normativización de las actividades económicas, un execrable retorno a sus premisas más básicas a la hora de explicar fenómenos delictivos de tanto calado como, sin ir más lejos, el blanqueo de capitales por omisión. Críticamente, pone de relieve la denostada fundamentación del delito de blanqueo de capitales por omisión con base en la simple constatación de la infracción de las leyes administrativas anti-blanqueo CARLOS DE OLIVEIRA, A. C: *Lavagem de Dinheiro...*, págs. 158-160, 171-173.

controlar una fuente de peligro (control de cosas peligrosas, control de personas peligrosas e injerencia)²⁹².

Ocurre, sin embargo, que la teoría de las funciones de KAUFMANN presenta importantes problemáticas que desaconsejan extrapolarla indiscriminadamente a nuestro sistema:

KAUFMANN, en primer lugar, deja sin aportar un auténtico fundamento material común acerca del surgimiento de una posición de garante²⁹³. Es decir, el autor alemán, en el fondo, se limita a describir y ordenar en qué situaciones alguien puede llegar a constituirse como garante pero deja sin responder aquello que es crucial, como es por qué razón y en qué medida²⁹⁴. La utilidad de su tesis es, pues, eminentemente clasificatoria, razón por la cual, puede ser tenida en cuenta sin problemas a la hora de identificar el abanico de situaciones en las que cabe discutir acerca de una realización típica en comisión por omisión²⁹⁵.

Igualmente, la teoría de las funciones presume que para imputar jurídico-penalmente un resultado lesivo que se ha omitido evitar, como si se hubiese causado activamente, lo decisivo es la ostentación e infracción sucesiva de un deber jurídico-especial de actuar, bien sea de protección o de vigilancia. Pero esta lógica dista de ser adecuada. De la atenta lectura del artículo 11 CP cabe extraer que en sede de comisión por omisión hace falta superar un doble juicio que abarque no sólo la ostentación y ulterior transgresión de un deber jurídico-especial, formalmente derivado de alguna de las fuentes de la tríada clásica (ley, contrato o actuar precedente peligroso) pero materialmente explicado a partir de la función de protección o vigilancia desarrollada²⁹⁶, sino también adicionalmente la concurrencia de una equivalencia material entre omisión y causación

²⁹² KAUFMANN, A: *Dogmática de los delitos de omisión* (Traducción a cargo de CUELLO CONTRERAS, J; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L), Marcial Pons, Madrid, 2006 (1959), págs. 289 y ss.

²⁹³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: *Los delitos de omisión...*, pág. 28. GARCÍA CAVERO, P: “La posición de garantía del empresario: a propósito del caso Utopía”, pág. 386. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, pág. 226. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Artículo 11”. En COBO DEL ROSAL, M., (dir.): *Comentarios al Código Penal. Tomo 1*, Edersa, Valencia, 1999, págs. 441-488, pág. 471.

²⁹⁴ GAEDE, K: “§ 13 StGB”. En KINDHÄUSER, U; NEUMANN, U; PAEFFGEN, H.U., (dirs.): *Strafgesetzbuch. Vol. 1*, Nomos Kommentar, Baden-Baden, 5ª ed., 2017, págs. 650-694, pág. 674, Nm. 32.

²⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Artículo 11”, pág. 471.

²⁹⁶ Comenta que la posición de garantía es mayoritariamente construida, con variaciones más o menos significativas, con base en una teoría formal del deber jurídico complementada por la teoría de las funciones de KAUFMANN, OLIVEIRA, A. C: *Lavagem de Dinheiro...*, pág. 148.

activa²⁹⁷. A no otra cosa se quería referir SCHÜNEMANN cuando expresó la necesidad de que la omisión y el hacer activo han de ser plenamente equivalentes²⁹⁸. Éste es el criterio rector que debe guiar la comisión omisiva: que entre omisión y acción quepa apreciar en el plano normativo una auténtica equivalencia tanto axiológica como morfológica, independientemente de su (obvia) distinción ontológica en el plano naturalístico irrelevante a ojos del Derecho Penal. Sólo de este modo será posible subsumir, por encajar directamente, la omisión en el verbo típico del precepto de la Parte Especial²⁹⁹, siendo, entonces, admisible expresar que con su omisión el garante ha matado o lesionado, por ejemplo.

La interpretación reproducida no sólo es, por cuestiones de legalidad, la más respetuosa con el tenor literal del artículo 11 CP sino también la que mejor se ajusta a las exigencias de proporcionalidad reclamadas por el Derecho Penal, al permitirse imponer una misma sanción criminal sólo en aquellos casos en los que omisión y comisión activa representan un verdadero *ídem* normativo³⁰⁰. Consiguientemente, no puede convencer, por su insuficiencia, el razonamiento arrojado por la construcción de los tipos de infracción de deber³⁰¹, conforme al cual, infringir un deber jurídico-especial relativo a la protección de un bien jurídico o la vigilancia de una fuente de peligro ya constituiría condición suficiente para apreciar una conducta comisiva omisiva. Esta tesis, más allá de plantear problemas desde la estricta óptica del artículo 11 CP, arroja el

²⁹⁷ Entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Artículo 11”, págs. 460-461. ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices*, pág. 56. VIVES ANTÓN, T. S.: “Artículo 11”, págs. 85-86. LUZÓN PEÑA, D.: “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, *Poder Judicial*, nº 2, 1986, págs. 73-92, págs. 79-80. EL MISMO: *Lecciones de derecho penal: parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2016, pág. 595, Nm. 28. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS, Sala 2ª, de 8 de octubre de 1991)”, *Poder Judicial*, nº 24, 1991, págs. 203-220, págs. 208-209. RODRÍGUEZ MESA, M. J.: “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, Vol. 11, 2013, págs. 107-126, págs. 109-110.

²⁹⁸ SCHÜNEMANN, B.: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (Traducción a cargo de CUELLO CONTRERAS, J; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.), Marcial Pons, Barcelona, 2009 (1971), págs. 90, 275 y ss.

²⁹⁹ Se refiere al tipo penal de la Parte Especial como un “tipo total” que abarca tanto la realización típica activa como la omisiva SCHÜNEMANN, B.: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, pág. 90.

³⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Artículo 11”, pág. 464.

³⁰¹ Fue ROXIN, máximo exponente de la teoría del dominio del hecho, quien originariamente arguyó que en algunos tipos delictivos, como los omisivos, no es posible predicar tal dominio, razón por la cual, a su juicio, lo relevante para determinar la autoría sería, en estos casos, la ostentación e infracción sucesiva de un deber jurídico especial de evitar el resultado lesivo por el agente. Cfr. ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal* (Traducción a cargo de CUELLO CONTRERAS, J; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.), Marcial Pons, Madrid, 9ª ed., 2016, págs. 343-385, 441-501.

riesgo de ensanchar indebidamente la categoría de la comisión omisiva, permitiendo igualar la infracción de un deber legal o contractual anudado al ejercicio de una función de protección o vigilancia a una realización típica activa fundamentada en una defectuosa reconfiguración de un ámbito de organización propio en un sentido tal como para desencadenar cursos de riesgos desaprobados o incrementarlos por encima de umbrales de riesgo permitido, pese a que el primer comportamiento, en puridad, sería estructuralmente divergente y valorativamente inferior en grado al segundo, brillando el presupuesto de la equivalencia morfológica y axiológica por su ausencia.

Sabido que la equivalencia normativa entre hacer activo y omisión ha de ser estimada como el verdadero *quid* de la comisión omisiva, deviene fundamental precisar cuál es la directriz material que ha de servir como modelo para definirla. En nuestro país son abundantes los baremos propuestos, existiendo autores que demandan que el garante, mediante la omisión de aquellas medidas de precaución que le incumbe ejecutar, desestabilice el foco de peligro preexistente, transformándolo de permitido a no permitido³⁰², y otros que, en una línea de opinión cercana, reclaman un incremento del curso del riesgo por la omisión típica³⁰³. Personalmente creo que la fórmula de equivalencia entre omisión y acción más convincente hasta el momento ha sido la aportada por SILVA SÁNCHEZ, basada en la asunción voluntaria y el quebrantamiento sucesivo por el garante del inequívoco compromiso de actuar a modo de barrera de contención de un específico curso de riesgo amenazante³⁰⁴.

³⁰² GIMBERNAT ORDEIG, E: “Causalidad, omisión e imprudencia”, *ADCPC*, Tomo 47, Fasc. 3, 1994, págs. 5-60, pág. 40.

³⁰³ LUZÓN PEÑA, D: *Lecciones de derecho penal: parte general*, págs. 613 y ss, Nm. 83 y ss. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión...”, pág. 209.

³⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, B de f, Buenos Aires-Montevideo, 2ª ed., 2010. págs. 464 y ss. EL MISMO: “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, n° 38, 1989, págs. 367-404, pág. 376. Este posicionamiento ha cosechado una notable acogida tanto en el terreno doctrinal como jurisprudencial. En el doctrinal, entre otros, MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, pág. 301. ROBLES PLANAS, R: “Deberes positivos y negativos en derecho penal”, *Indret* 4/2013, págs. 1-22, pág. 6, nota a pie de página n° 18. BOLEA BARDON, C: “Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión”. En SILVA SÁNCHEZ, J. M; QUERALT JIMÉNEZ, J. J; CORCOY BIDASOLO, M; CASTIÑEIRA PALOU, M. T., (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Un homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de f, Argentina-Montevideo, págs. 459-470, pág. 463. En el jurisprudencial, sin afán de exhaustividad, considérese la STS de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999/4973), la STS de 9 de julio de 1997 (RJ 1997/5838) o la SAP de Castellón, Sección 2ª, de 18 de septiembre de 2008 (ARP 2008/625).

Para poder fundamentar exitosamente una responsabilidad en comisión por omisión es preciso que el garante, en una clara expresión del ejercicio de la libertad que el Derecho le garantiza, haya optado voluntariamente por reestructurar su esfera jurídica a fin de abarcar el control de un determinado curso lesivo, debiendo intervenir consecuentemente a modo de barrera de contención frente a la aparente probabilidad de que éste se materialice y, de ese modo, conjurar una eventual lesión de un bien jurídico-penalmente protegido ajeno³⁰⁵. Es a tenor de este específico compromiso libremente asumido con carácter previo a la situación de peligro³⁰⁶ que cabe constatar que el garante controla aquel específico curso de riesgo incorporado a su exclusivo ámbito de organización³⁰⁷ en idéntica medida que el autor activo³⁰⁸, de tal forma que la transgresión del mismo suponga tanto como permitir que estos fluyan en una dirección lesiva. Regiría, pues, una auténtica relación material entre el garante y un curso de riesgo determinado, constatándose una situación concreta de garantía y no una posición de garante genérica que obligue a su titular a proteger un bien jurídico de cualesquiera peligros o a controlar una fuente de peligro en relación a bienes de todo tipo³⁰⁹. Dos son, pues, los elementos que se desprenden de esta fórmula: de un lado, la competencia³¹⁰, referida a aquello a lo que exactamente se ha comprometido el garante y que, por lo tanto, pasa a formar parte de su esfera de deber, y de otro, el dominio

³⁰⁵ Debo matizar que la adopción de este criterio material se ha llevado a cabo pensando específicamente en los criterios de atribución de responsabilidad penal en las estructuras de empresa. Es decir, no me he ocupado de examinar con la atención que se merece la capacidad de rendimiento de la directriz del compromiso de garante en otros campos distintos al que me ocupan.

³⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Aspectos de la comisión por omisión...”, pág. 377.

³⁰⁷ Se trata, por tanto, de un dominio del curso de riesgo de base normativa distinto a un dominio del hecho fundamentado en una perspectiva naturalística.

³⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Aspectos de la comisión por omisión...”, págs. 376-377.

³⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El delito de omisión...*, pág. 464. EL MISMO: “Aspectos de la comisión por omisión...”, pág. 377. También alude al ejercicio de una función protectora de bienes jurídicos respecto a riesgos provenientes de determinadas direcciones y no de forma genérica HERZBERG, R.: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, pág. 335. En esta línea, opina que los deberes de garante de control sólo pueden estar vinculados con riesgos provenientes de determinadas direcciones y simétricamente los deberes de garante de protección únicamente pueden estar relacionados con determinados bienes jurídicos y sus respectivos titulares VOGEL, J.: *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1993, págs. 340-341.

³¹⁰ Sobre la importancia del criterio de la competencia, vid. BERMEJO, M. G; PALERMO, O.: “La intervención delictiva del *compliance officer*”, pág. 191. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007, págs. 179, 191. PIÑA ROCHEFORT, J. I; COX VIAL, F.: “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”. En SILVA SÁNCHEZ, J. M; MIRÓ LLINARES, F., (dirs.): *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, págs. 183-213, págs. 185-186.

normativo, como presupuesto fundamental asociado con el control total del curso de riesgo incorporado en su esfera de organización³¹¹.

A la vista de lo anterior, que el garante, en transgresión de su compromiso de control, omite desplegar aquella prestación positiva requerida por la norma de mandato en aras de neutralizar aquel riesgo penalmente relevante integrado en su ámbito de control o, como alternativa, disminuirlo hasta niveles de tolerancia social³¹² representaría la lesión del clásico deber negativo de no irrogar daños a ámbitos de autonomía ajenos (*neminem laedere*)³¹³. El garante debe afrontar las consecuencias perjudiciales emanadas de una incorrecta gestión de su libertad jurídicamente reconocida y garantizada³¹⁴ al igual que aquel que reconfigura su ámbito de organización de una forma tal como para desencadenar riesgos desaprobados o incrementarlos por encima de umbrales socialmente permitidos. La comisión por omisión no deja de constituir, por tanto, una auténtica manifestación del clásico sinalagma ejercicio de libertad-responsabilidad por las consecuencias.

Sentadas estas bases, conviene sintetizar cuáles son las principales razones que justifican que el criterio formulado por SILVA SÁNCHEZ sea el que haya de guiarnos a lo largo de este trabajo. Primero, el pensamiento de este autor consigue restringir, con gran acierto, la responsabilidad comisivo omisiva sólo a aquellos supuestos en los que el garante, a costa de las legítimas esferas jurídicas de terceros, gestiona indebidamente su

³¹¹ En referencia a la tesis de SILVA SÁNCHEZ, comenta que este autor busca identificar al sujeto que ostenta una competencia verdaderamente específica y una efectivo dominio sobre la situación en la que debe actuar DOPICO GÓMEZ-ALLER, J; *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, pág. 614.

³¹² Expresa el magistrado JORGE BARREIRO en su voto particular anejo a la STS de 11 de diciembre de 2017 (RJ 2017/6237) recaída en el caso Madrid Arena: “La grave negligencia del acusado consistió por tanto en no neutralizar ni disminuir debidamente el grave riesgo de muerte que afectaba a la paciente Carina Julia cuando la trasladaron a la enfermería. Por ello, cuando en la sentencia recurrida y en algunos párrafos de la de casación se habla de incrementar indebidamente el riesgo, lo correcto sería decir no disminuirlo cuando había obligación de hacerlo”. Ciertamente hay quien sitúa el juicio de equivalencia entre omisión y acción en el criterio del incremento del riesgo. Sin embargo, el ideólogo de esta propuesta, LUZÓN PEÑA, ya ha matizado que no es la omisión en sí la que aumenta el curso de riesgo sino que ésta deja que el peligro a contrarrestar aumente por sí solo, permitiendo que siga su curso. Si esto es así, en realidad, cabría entender que lo que se le reprocha al garante, en el fondo, no es otra cosa que no haber intervenido frente a ese curso lesivo a fin de evitar su incremento más allá de las fronteras de lo socialmente permitido. O, lo que es lo mismo, haber omitido neutralizarlo o disminuirlo hasta niveles de tolerancia social en contra del compromiso de control previamente asumido. Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M: “La participación por omisión...”, pág. 83.

³¹³ ROBLES PLANAS, R: “Deberes negativos y positivos...”, págs. 4-5. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código Penal”, *Manuales de formación continuada*, nº 4, 1999, págs. 153-172, pág. 156.

³¹⁴ En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: *Los delitos de omisión...*, págs. 69, 73, 80.

perímetro de libertad por dejar de contener aquellos cursos lesivos integrados previamente en su esfera personal de organización, evitando, con ello, una intolerable hipertrofia de la realización típica en comisión por omisión. Segundo, es digno de elogio el respeto que profesa su teoría con los principios de legalidad y proporcionalidad característicos de un Estado social y democrático de Derecho, pues no sólo atiende al criterio de equivalencia adicional al de la ostentación de un deber jurídico especial reclamado por el artículo 11 CP sino que, además, autoriza imponer la misma pena que los delitos activos sólo a aquellas omisiones verdaderamente equivalentes en términos valorativos y estructurales. Tercero, no pasa desapercibido el buen anclaje de la teoría de SILVA SÁNCHEZ con las estructuras empresariales modernas, toda vez que en éstas, marcadas por una clara distribución de roles y una delimitación de las esferas de responsabilidad de los agentes que en ellas se desenvuelven, será frecuente e incluso sencillo localizar una libre aceptación de aquellos cargos con funciones de vigilancia y control que allí se desempeñan así como la ejecución de las actividades que les sean propias de un modo tal como para poder barajar, si cabe, la asunción voluntaria de un auténtico compromiso de garantía apto para fundamentar una comisión omisiva en caso de ser transgredido³¹⁵.

3. La posición de garante del *compliance officer*

3.1. Fuentes de la posición de garante del *compliance officer*

3.1.1. La legislación sectorial

La profesión de CO, como se sabe, no es, a día de hoy, una función generalmente regulada³¹⁶. Todavía no ha sido promulgado ningún estatuto orgánico que prevea sus deberes, incompatibilidades o principios de actuación. Pese a la veracidad de semejante afirmación, excepcionalmente algunas normativas sectoriales, contempladas para determinados sectores regulados, ofrecen directrices, más o menos precisas, sobre cómo ha de ser entendida la función de cumplimiento normativo. Valgan como ejemplos, para el sector bancario, los artículos 69 d) y 76.1 a) del Real Decreto 271/2008, de 15 de

³¹⁵ Considera que los parámetros delineados por SILVA SÁNCHEZ son especialmente adecuados para explicar la responsabilidad de los COs y demás directivos y subordinados CARLOS DE OLIVEIRA, A. C: *Lavagem de Dinheiro...*, pág. 295.

³¹⁶ Vid. Capítulo II. Apartado 5.1.

febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, o, en relación con el ámbito de los seguros, el artículo 66.3 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Ante lo descrito, es importante apuntar que las disposiciones de las normativas sectoriales mentadas, por mucho que definan la esfera competencial del CO, en modo alguno servirían por sí mismas como *ratio* de una eventual realización típica en comisión por omisión. De admitir eso retrocederíamos intolerablemente hacia los postulados de las teorías formales del deber jurídico doctrinalmente abandonadas. Es más, para fundamentar satisfactoriamente una responsabilidad comisivo omisiva ni siquiera valdría con probar la ostentación e infracción de un deber especial extrapenal de vigilancia y control abstracta y estáticamente contemplado en los preceptos de la normativa que le resulta aplicable a aquellos COs que se desenvuelven en estos sectores de actividad específicos. Operando así obviaríamos que lo relevante en la comisión en omisión, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 11 CP, no es tanto hallar un fundamento legal de la responsabilidad penal del agente sino, bien mirado, constatar cumulativamente la concurrencia de una equivalencia axiológica y estructural en el plano normativo entre omisión y comisión activa radicada, a mi juicio, en la asunción e infracción sucesiva de un compromiso de actuar a modo de barrera de contención de los cursos de riesgo³¹⁷.

No puede perderse tampoco de vista, junto a lo anterior, que la expresión normativa, más o menos precisa, sobre la posición jurídica ocupada por el CO que desempeña su cargo en un ámbito de actividad específico, normalmente vendrá condicionada por la sucesiva concreción contractual del cargo en la empresa y particularmente por el

³¹⁷ En relación con la figura del funcionario penitenciario, expresa SILVA SÁNCHEZ que la descripción formal de sus funciones por la legislación penitenciaria desempeña, a lo sumo, un papel meramente indiciario, toda vez que, a su juicio, lo relevante es la naturaleza y alcance del compromiso protector asumido, para lo cual, hay que tomar en consideración la peculiaridad de las funciones que efectivamente desempeña. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aspectos de la comisión por omisión...”, pág. 371. Aduce que las normas que regulan las sociedades empresariales, los órganos y personas encargadas de su administración no pueden ser vistas como fundamentadoras de una responsabilidad penal por omisión de los dirigentes sino que poseen una función indiciaria sobre la existencia de una posición de garante ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 139. En esta misma línea, en general, HERZBERG, R: *Die Unterlassung im Strafrecht...*, pág. 216.

correlativo acto de asunción material de las competencias que se le arroguen³¹⁸. Es decir, por mucho que una normativa sectorial establezca un abanico de competencias para un CO, no hay razón para descartar que la organización empresarial se aparte luego del tenor literal y articule su rol en un sentido distinto. Como bien lo expresa DÓPICO GÓMEZ-ALLER, “aunque alguna normativa sectorial da pautas sobre cómo deben las empresas configurar sus órganos internos de cumplimiento, una cosa es lo que la normativa exija de la empresa y otra muy distinta las funciones reales que una empresa haya atribuido al empleado al que denomina “responsable de cumplimiento”³¹⁹. Es, por consiguiente, en la asunción contractual de competencias donde realmente conviene poner el foco de atención.

Evidentemente todas las consideraciones hechas hasta el momento valdrían, con más razón todavía, para las distintas normas ISO y UNE publicadas a lo largo de estos últimos años en materia de cumplimiento normativo. Que estas reglas técnicas prevean genéricamente un abanico de competencias para la figura del CO poco aporta para construir en este profesional una posición de garante, sobre todo, a sabiendas de que la organización está capacitada para configurar materialmente la función de *compliance* de un modo sensiblemente distinto al prescrito con tal de amoldarlo a sus necesidades y particularidades. Más allá de todo esto, importa resaltar, por otro lado, que, a diferencia de las legislaciones sectoriales previamente mentadas, las normas ISO y UNE tan siquiera cabría tildarlas como una fuente válida de la que emanan deberes de garante, puesto que al tratarse de normas técnicas de *soft law* originadas en el sector privado y, en consecuencia, extrañas al canal legislativo ordinario, difícilmente cabría incardinarlas en el concepto “ley” contemplado en el artículo 11 CP³²⁰.

³¹⁸ Considera discutible si, a efectos de asignar responsabilidad penal al CO por el incumplimiento de sus funciones, lo determinante sería la expresión normativa de éstas y no su efectiva asunción en la organización LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: “Salvar al oficial Ryan...”, pág. 303.

³¹⁹ DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, pág. 217.

³²⁰ En relación con la norma ISO 19600, expresa que difícilmente ésta puede ser tenida en cuenta a los efectos de constituir una fuente de posición de garantía dado que no es una norma con rango legal GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: “La responsabilidad penal del *compliance officer*”, *Inédito*, 2015, págs. 1-9, pág. 4. De otro modo, admite como fundamento del deber de garantía aquellas normas autorreguladoras que superen un test de legitimidad conforme a modelos tales como el *tripartism* o la autorregulación regulada NIETO MARTÍN, A: “Autorregulación, ‘compliance’ y justicia restaurativa”. En ARROYO JIMÉNEZ, L; NIETO MARTÍN, A., (dirs.): *Autorregulación y sanciones*, Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2015, págs. 99-134, págs. 103-108.

3.1.2. La asunción contractual de competencias

El CO suele asumir su cargo por medio de un contrato escrito, bien se trate de uno que lo vincule con la empresa mediante una relación laboral ordinaria u otro que haga lo propio a través de una vinculación especial de alta dirección³²¹. La libre asunción contractual de las funciones propias de un específico rol profesional representa, de hecho, el canal usual no sólo en el ámbito corporativo sino también en otros ajenos al mismo mediante el cual un agente extiende su ámbito de organización a fin de abarcar nuevas responsabilidades, bien sean éstas de protección o de control. Sin ir más lejos, el clásico ejemplo del socorrista que se compromete contractualmente con la comunidad de vecinos a vigilar a los bañistas de la piscina comunitaria durante las horas de apertura y a socorrerlos ante el peligro de ahogamiento responde a esta estructura, como también lo hacen otros casos de continuo uso por la doctrina, como el del guardaespaldas que se encarga de velar por la integridad del presidente del gobierno de un Estado.

La asunción contractual de un marco delimitado de competencias por un agente cabría catalogarla como la contracara de aquellas funciones que otro sujeto haya optado por delegarle³²². Es decir, con tal de poder referirnos a un individuo que libremente acoge, en virtud de un contrato de trabajo, un campo delimitado de funciones, antes resulta preciso hallar un competente originario que delegue válidamente en éste ese mismo espectro de obligaciones³²³. Algo como lo descrito acontece, como sabemos, con el CO, cuya posición de deber en la empresa resulta ser delegada respecto a la del órgano de administración, que es a quien, desde buen comienzo, le incumbe vaciar o, cuanto menos, reducir hasta niveles socialmente tolerados los posibles *outputs* lesivos surgidos en la empresa. Como en toda díada delegante – delegado, los contornos de la posición jurídica ocupada por el CO quedan configurados, por tanto, en idéntica forma que la posición encarnada originariamente por el órgano de administración³²⁴, de tal modo que

³²¹ El contrato de alta dirección se encuentra regulado en el Real Decreto 1328/1985, de 1 de agosto, por el que se establece la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.

³²² KONU, M: *Die Garantenstellung des Compliance-Officers...*, pág. 184.

³²³ Son las llamadas asunciones bilaterales o asunciones *stricto sensu* en las que un sujeto asume lo que otro delega. Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J; *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, pág. 581.

³²⁴ LANGENHAHN, S: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich*, Tesis doctoral, 2012, pág. 185. Enlace: <http://www.ubs.sbg.ac.at/pdf/AC10750210.pdf> También, en general, BOSCH, N: “§ 13 StGB”. En SCHÖNKE, A; SCHRÖDER, H., (dirs.): *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, München, 30ª ed., 2019, págs. 206-233, pág. 215, Nm. 26a.

el primero queda obligado en la misma extensión en la que se encontraba obligado inicialmente el segundo.

Vistas las cosas así, parecería sorprendente que a partir de la simple transgresión de unas disposiciones contractuales de base jurídico-privadas valga justificar, además de las correspondientes consecuencias laborales, sanciones en el plano criminal. Le asiste la razón a SEELMANN cuando expresa que “los incumplimientos contractuales no deberían tener la fuerza de convertir una conducta penalmente irrelevante en una conducta punible”³²⁵. Por respeto a los principios de proporcionalidad, *ultima ratio* y subsidiariedad, no es de recibo que el contrato de trabajo pueda servir como fundamento de una realización típica en comisión por omisión³²⁶ ni mucho menos que la indemnidad de los bienes jurídicos quede supeditada a su duración o validez, razón por la cual, poco importará que haya expirado o bien directamente que *ab initio* cumplierse las condiciones para ser declarado nulo³²⁷. En caso de tolerarlo, haríamos depender hasta las últimas consecuencias los contornos de la posición de garante de las características del contrato suscrito.

Imaginemos que un matrimonio decide ir a ver una obra de teatro un sábado por la noche y contrata a una niñera para cuidar de su hijo de dos años de edad durante las horas en las que estén ausentes. Los padres acuerdan concertar sus servicios por un plazo de tres horas, que es el tiempo que calculan que tardarán en ir a ver la obra y volver a casa. Por cuestiones logísticas, la obra de teatro se retrasa, prolongando el plazo que los padres iban a estar fuera. La niñera, que en principio había acordado cuidar del niño de 20.00 a 23.00, al ver que los padres no retornan y que su jornada ha finalizado, opta por recoger sus cosas y marcharse, dejando al menor desamparado y sin nadie que lo atienda. Durante la franja de tiempo entre la hora en que la canguro abandona el hogar y los padres vuelven a

³²⁵ SEELMANN, K: “¿Deberes de garante fundamentados en el Derecho privado?” (Traducción a cargo de VALIENTE IVÁÑEZ, V.). En SEELMANN, K: *Estudios de filosofía del Derecho y del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 117-131, pág. 119. En un sentido similar, ROTSCHE, T: “Wider die Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten”, pág. 498. Expresa que la infracción contractual es irrelevante a ojos de la responsabilidad penal STREE, W: “Garantenstellung kraft Übernahme”. En GEERDS, F; NAUCKE, W., (dirs.): *Beiträge zur gesamte Strafrechtswissenschaft: FS für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1966, págs. 145-164, pág. 149. Se pregunta, en un sentido crítico, por qué una infracción contractual debería bastar para fundamentar responsabilidad penal en un agente ASHWORTH, A: *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, Portland, 2013, págs. 51, 53.

³²⁶ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A: *Los delitos de omisión...*, pág. 27.

³²⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E: *Estudios sobre el delito de omisión*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2ª ed., 2013, págs. 136, 156. GAEDE, K: “§ 13 StGB”, pág. 677, Nm. 38.

casa, el menor fallece a causa de un accidente doméstico. ¿Era razonable que, habiendo llegado el fin de su jornada, la niñera abandonase la vivienda a sabiendas de que no había otra persona que se ocupase en aquel momento del menor? ¿Podrá escudarse en que su deber de velar por el niño únicamente se extendía durante el tiempo de trabajo acordado en el contrato verbal celebrado y que, por tanto, lo que le pasase después de llegar a término no era ya de su incumbencia? Evidentemente que no.

Conforme a lo expuesto, queda claro que no cabe admitir seriamente que el contrato de trabajo suscrito por el CO sirva por sí mismo ni como sustrato jurídico-material ni como parámetro para una eventual imputación personal de un resultado lesivo que se haya omitido impedir³²⁸, tal como lo pretendían las teorías formales del deber jurídico. Lo anterior no quiere venir a decir, en cualquier caso, que el contenido del contrato no deba captar nuestra atención³²⁹. El contrato laboral puede ser útil como indicio acerca de cuál es la posición de deber encarnada por el CO, al delimitar el abanico de competencias que aparentemente éste haya hecho suyas. Y subrayo lo de “aparentemente” porque, a pesar de que un contrato ofrezca una descripción más o menos detallada del trabajo que desempeña el CO, no cabe descartar que éste asuma luego otras competencias distintas³³⁰. Justo esto es lo que debe realmente interesarle al Derecho Penal: la materialidad de los hechos siempre debe predominar por encima de la formalidad civil, laboral o mercantil. De todos modos, lo normal es que el círculo de competencias contemplado en el contrato de trabajo del CO coincida con aquel que con posterioridad asuma, no concurriendo disonancia de ningún tipo.

³²⁸ En general, SEELMANN, K: “Intereses de la víctima y responsabilidad por la acción en la dogmática de los deberes de garante” (Traducción a cargo de ESTRADA I CUADRAS, A.). En SEELMANN, K: *Estudios de filosofía del Derecho y del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 151-170, pág. 153. ROXIN, C: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H. Beck, München, 2003, pág. 715, Nm. 13.

³²⁹ Acentúan la importancia de fijarse en las competencias descritas en el contrato de trabajo del CO SCHNEIDER, H; GOTTSCHALDT, P: “Offene Grundsatzfragen...”, pág. 575. PRITTWITZ, C: “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*” (Traducción a cargo de PASTOR MUÑOZ, N.). En KUHLEN, L; MONTIEL, J.P; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*; Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 207-218, pág. 215.

³³⁰ Ponen de relieve la trascendencia acerca de la asunción material de competencias, BOSCH, N: “§ 13 StGB”, pág. 216, Nm. 28. STREE, W: “Garantenstellung kraft Übernahme“, pág. 149. ROXIN, C: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II...*, pág. 715, Nm. 13. KONU, M: *Die Garantenstellung des Compliance-Officers...*, pág. 183. LANGENHAHN, S: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers...*, págs. 200, 203. ROTSCHE, T: “Wider die Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten”, pág. 492. RÖNNAU, T; SCHNEIDER, F: “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant”, *ZWH*, Vol. 2, 2010, págs. 53-61, pág. 59.

Sabemos, por lo demás, que a fin de fundamentar una realización típica en comisión por omisión deviene insuficiente que el CO tenga un deber de garante fundado jurídicamente en el contrato suscrito pero explicado materialmente a partir del ejercicio de una determinada función de vigilancia y control. Adicionalmente es crucial que esa asunción material a la que nos estábamos refiriendo antes se traduzca en la situación concreta en la asunción voluntaria e inequívoca de un compromiso de controlar un específico curso de riesgo jurídico-penalmente en tanto patrón de equivalencia entre omisión y comisión activa. Es ese acto de asunción de un tal compromiso material de intervenir a modo de barrera de contención el que suscita tanto en la colectividad como en los potenciales afectados la impresión incontestable de que semejante sector de riesgo se encuentra bajo control³³¹. En otras palabras, permite hacer brotar en ellos una especial confianza³³² en que, quien libremente ha acogido tales competencias de control, seguirá una determinada línea de actuación coherente con esa asunción inicial.

Importa matizar sobre esto último que esa confianza reforzada despertada en terceras partes halla su razón de ser en la asunción previa por el garante de un tal compromiso de control, no al revés. Es decir, la sola confianza en el comportamiento futuro de otro carece de virtualidad para justificar la imputación del resultado lesivo que se ha omitido impedir³³³. De lo contrario, como bien lo expresa DOPICO GÓMEZ-ALLER, “se permitiría la generación unilateral, por parte del “confiador”, de una norma que vincule a aquéllos en cuya actuación confíe, lo cual es irrazonable”³³⁴.

Por mucho que sepa que mi vecino es campeón mundial de *kickboxing* y confíe en que acudirá en mi ayuda ante el riesgo de que alguien me intente atacar cerca del portal de mi

³³¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aspectos de la comisión por omisión...”, pág. 376.

³³² En este sentido, KONU, M: *Die Garantenstellung des Compliance-Officers...*, pág. 184. STREE, W: “Garantenstellung kraft Übernahme“, pág. 156. DANNECKER, G; DANNECKER, C: “Die “Verteilung“ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen...”, pág. 984. ROTSCHE, T: “Wider die Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten”, pág. 492.

³³³ En este sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, págs. 315, 467. STREE, W: “Garantenstellung kraft Übernahme“, pág. 154. Matiza que la confianza especial no es el fundamento normativo del deber de garante sino la consecuencia de su existencia FEIJOO SÁNCHEZ, B: *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, págs. 78-79. Esta puntualización también la formula desde su concepción de la comisión omisiva SCHÜNEMANN, B: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, pág. 298.

³³⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, pág. 467. Del mismo modo, SEELMANN se posiciona en contra de que pueda hacerse garante a alguien por el mero hecho de que su presencia genere una expectativa en otro de que en caso de peligro aquél va a intervenir en su protección. Cfr. SEELMANN, K: “Intereses de la víctima...”, pág. 166. En esta misma línea, HSÜ, Y: *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, Centaurus, Pfaffenweiler, 1986, pág. 241.

casa, sería absurdo pretender hacerle responder en comisión por omisión en caso de omitir auxiliarme cuando ello ocurra. A lo sumo, cabría entender que su comportamiento transgrede los deberes positivo-generales de auxilio fundamentados en razones de solidaridad intersubjetiva que le incumbe respetar en tanto ciudadano. Pero nada más que eso.

Bajo estas premisas, debe notarse que esa confianza reforzada, desprendida del compromiso material previamente adquirido por el garante, dota de base suficiente para una correlativa reestructuración de la esfera de autonomía de aquellos potenciales afectados por la prestación positiva del garante. En efecto, en el momento en que un agente pasa a ocupar una posición jurídica de control sobre un determinado segmento de riesgo, nace una legítima confianza especial en el resto de sujetos que desemboca en una disminución, abandono o incluso en un omiso surgimiento de otras posibles medidas de protección o vigilancia³³⁵. Estas “inversiones de confianza”, como las denomina SEELMANN³³⁶, traen aparejadas la creación o incremento del riesgo de lesión del bien jurídico³³⁷, razón por la cual, como contrapartida, el garante debe activar los mecanismos de contención de los cursos de riesgos amenazantes allá donde resulte preciso³³⁸.

De lo precedente cabe desprender que la asunción del compromiso de actuar a modo de barrera de contención de los riesgos por el garante representa, en puridad, una moneda con dos caras contrapuestas. Por un lado, presupone que ciertos terceros confíen legítimamente en la actuación a futuro de quien ha asumido el compromiso de contener un determinado curso de riesgo (reducción del peligro), pero, por otro lado, empeora la situación jurídica de quienes depositan su confianza en ese garante al ofrecerse motivos fundados para que no surjan o decaigan otros mecanismos de vigilancia o protección

³³⁵ En este sentido, STREE, W: “Garantenstellung kraft Übernahme“, pág. 149. BOSCH, N: “§ 13 StGB”, pág. 216, Nm. 28. GAEDE, K: “§ 13 StGB”, pág. 675, Nm. 34. JAKOBS, G: *Derecho penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación* (Traducción a cargo de CUELLO CONTRERAS, J; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.), Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 1995, págs. 989-990, Nm. 48.

³³⁶ SEELMANN, K: “Intereses de la víctima...”, págs. 156-157.

³³⁷ SCHÜNEMANN, B: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, pág. 385. SEELMANN, K: “Intereses de la víctima...”, pág. 170.

³³⁸ Alude a la prohibición de un comportamiento auto-contradictorio por aquel que ha asumido efectivamente una función de garantía PAWLIK, M: *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades* (Traducción a cargo de ROBLES PLANAS, R; PASTOR MUÑOZ, N; COCA VILA, I; GARCÍA DE LA TORRE, H.), Atelier, Barcelona, 2016, pág. 92.

(aumento del peligro)³³⁹. No cabe duda, por tanto, de que es el garante quien controla completamente el acontecer típico, al tener bajo su dominio la concreta parcela de riesgo, hasta el punto que su omisa actuación como barrera de contención permitiría la materialización del curso de riesgo que tenía que contener, lo que, desde luego, guarda una completa equivalencia en el plano normativo con quien crea cursos de riesgo o los incrementa por encima de umbrales de permisión social³⁴⁰.

Por ofrecer cierta concreción ejemplificativa: si durante el tiempo en el que estoy haciendo un recado, un amigo se presta desinteresadamente a echar un ojo al peligroso *rottweiler* que yace en el jardín trasero de mi casa, su evidente gesto altruista no sólo me habrá generado la expectativa de que él se hará cargo de mi perro, tal como me prometió, y que adoptará las medidas de contención oportunas a fin de evitar que se escape y lesione a terceros (reducción del peligro), sino que, consecuentemente, podré desprenderme del peso de tener que vigilarlo yo mismo o de solicitar esa vigilancia a otra persona distinta (aumento del peligro). Es mi amigo, por tanto, quien tiene bajo su absoluto control al peligroso *rottweiler*.

Sobre estas premisas generales, volvamos nuevamente a la figura del CO. La primera duda que nos asalta guarda relación con la determinación de cuándo puede entenderse que, a los efectos de la comisión por omisión, este profesional acoge un compromiso de actuar a modo de barrera de contención de los cursos de riesgos³⁴¹. Según SILVA SÁNCHEZ, ese compromiso material se asume en el preciso instante en que el garante realiza actos inequívocos de contención del curso de riesgo³⁴². Es decir, este autor, en vez de hacer residir dicho acto de asunción en el momento en que el garante acepta su cargo mediante, por ejemplo, la firma del contrato de trabajo, lo ubica en el inicio del habitual desarrollo del concreto espectro de funciones asignadas. Para SILVA SÁNCHEZ una cosa sería la asunción de un marco abstracto y genérico de funciones, que es justo lo que ocurriría al momento de celebrar el contrato laboral, y otra bien distinta la concreción ulterior de ese abanico de tareas a partir del comienzo del normal

³³⁹ Comenta que el compromiso de actuar a modo de barrera de contención revela una doble faz: la reducción del peligro y el aumento del peligro SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aspectos de la comisión por omisión...”, pág. 376.

³⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aspectos de la comisión por omisión...”, pág. 377.

³⁴¹ Precisaremos su contenido más adelante. Vid. Capítulo III. Apartado 3.2.

³⁴² SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aspectos de la comisión por omisión...”, pág. 376.

desempeño del cargo asumido, que es cuando, a juicio de este autor, el garante propiamente haría suyo su específico compromiso de control.

Hasta donde alcanzo, me parece que el criterio ofrecido por SILVA SÁNCHEZ casa perfectamente con aquellas estructuras empresariales especialmente complejas en las que cuesta concebir que, ya en el momento en el que el CO suscribe su contrato de trabajo, éste recibe un abanico de tareas suficientemente precisas como para poder basar una eventual responsabilidad en comisión por omisión. Lo normal es que algo así ocurra después, esto es, una vez el CO comienza a desempeñar con regularidad en la situación específica aquel conjunto de específicas funciones que se le arrojan (revisar la adecuación de los protocolos anti-corrupción, gestionar las líneas de *whistleblowing*, etc.). Es justo en este momento cuando puede entenderse que el CO hace suyo un inequívoco compromiso de control. Otra cosa es que en organizaciones más sencillas la asunción del cargo de CO pueda llegar a estar plenamente determinada desde buen comienzo, en cuyo caso, ya en ese momento podría fundarse seguramente la asunción de un auténtico compromiso de control³⁴³.

Aclarado este aspecto, conviene puntualizar, por lo demás, cuáles serían los efectos que desplegaría la asunción por el CO de su compromiso de control y que permitirían constatar en éste un absoluto dominio normativo. Ciertamente ese inicial acto de asunción, en tanto expresión de una delegación de competencias jurídicamente válida, permite al órgano de administración, en calidad de competente originario de los cursos de riesgo a contener, descargarse en buena parte de responsabilidad en materia de cumplimiento normativo, en mayor o menor medida según cuál sea el perfil que el CO encarne, e incluso despreocuparse de contratar a otro sujeto que haga sus veces de CO o bien de asignar el emprendimiento de sus tareas a otro cargo ya asentado en la compañía con un perfil suficientemente idóneo³⁴⁴. Es decir, ya en este estadio inicial cabe hallar un ápice de confianza acerca de la función satisfactoriamente delegada en el CO que autoriza una reestructuración de la posición de deber originaria ocupada por el órgano de administración, alejándola hacia un plano secundario. Pero, por la lógica de la

³⁴³ En general, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, pág. 613.

³⁴⁴ Disiento, por el contrario, con que la integración de un CO conduzca hacia la minoración en la empresa de medidas de seguridad interna, tal como lo sostienen BERMEJO y PALERMO. A fin de cuentas, el fenómeno del *compliance* persigue precisamente lo contrario: mejorar y consolidar las herramientas de prevención, detección y reacción frente a un determinado círculo de hechos de trascendencia jurídico-penal. Cfr. BERMEJO, M. G; PALERMO, O: “La intervención delictiva del *compliance officer*”, pág. 197.

delegación de competencias, esa mutación de la posición jurídica originaria del órgano de administración no se traduce ni en que éste confíe ciegamente de buenas a primeras en la labor desarrollada por el CO ni mucho menos en que se desentienda por completo del ámbito de control delegado³⁴⁵. Bien mirado, la plena confianza en el cargo ejercido por el CO sólo se obtiene si el órgano de administración cumple antes con aquellos deberes de vigilancia y control residuales (activos y pasivos) que le siguen incumbiendo respetar tras la delegación de competencias. Sólo de ese modo puede avanzar de la desconfianza hacia la confianza, albergando, ahí sí, una plena seguridad de que la porción de riesgo en cuestión está bajo el absoluto control del CO con tal de poder ocuparse plenamente de la satisfacción de aquellas competencias de gestión social que siguen residiendo inalterablemente en su esfera de responsabilidad. Sin embargo, como es sabido, esa confianza no es indefinida sino limitada por constituir el reverso de la desconfianza primariamente planteada. Habrá momentos, por tanto, en que esa confianza deje de operar con tal de dar paso nuevamente a la satisfacción regular de los deberes de garante residuales apuntados.

3.1.3. La injerencia

En un trabajo publicado en un libro homenaje a GEPPERT, BEULKE propone una fundamentación alternativa acerca de la responsabilidad en comisión por omisión tanto del empresario como del CO que, a día de hoy, me atrevería a tildar de minoritaria. Este autor estima inadmisible predicar una responsabilidad de semejante naturaleza con base en la infracción de deberes de vigilancia y control sobre los comportamientos penalmente relevantes de los subordinados, dado el rotundo efecto oclusivo que, a su juicio, juega la autorresponsabilidad de estos últimos³⁴⁶. En vez de eso, BEULKE extrae dicha posición de responsabilidad agravada de una conducta precedente antijurídica

³⁴⁵ Las mejores prácticas en la materia recopiladas en las normas ISO y UNE, siguiendo la estela de las USSG, repudian el desentendimiento tanto del órgano de dirección como del *top management* en asuntos de cumplimiento. En esta misma línea, la expresidenta de la SEC, Mary Jo White, ya puntualizó en una intervención pública realizada el 22 de octubre de 2013 que los COs constituyen una crítica línea de defensa ante los actos de incumplimiento, pero no son, sin embargo, la única. Enlace: <https://www.sec.gov/news/speech/2013-spch102213mjw>

³⁴⁶ BEULKE, W: “Der “Compliance Officer” als Aufsichtsgarant?...”, págs. 23 y ss., 28-29, 33-41. Adopta también una posición marcadamente restrictiva en lo tocante a la cuestión de los deberes de vigilancia y control del administrador y, por delegación, del CO, bajo el argumento del principio de autorresponsabilidad de los terceros subordinados, limitando dichos deberes a supuestos en los que estos últimos muestran déficits en términos de conocimientos o capacidades SPRING, P: “Die Garantenstellung des Compliance Officers oder: Neues zur Geschäftsherrenhaftung”, GA, Vol. 4, 2010, págs. 222-227, págs. 225-227.

(injerencia)³⁴⁷, siguiendo los pasos que hace más de medio siglo tomó ya WELP a partir de su noción central de “apertura del negocio” (*Betriebseröffnung*)³⁴⁸.

BEULKE entiende que una tal responsabilidad por injerencia entraría en consideración particularmente allá donde, pese a que el peligro haya sido originado inmediatamente por la actuación de un subordinado, se realiza mediatamente un peligro proveniente de la organización empresarial contraria a Derecho³⁴⁹. Al efecto, pone a disposición del lector algún que otro ejemplo. Uno de los más representativos es el de la entidad empresarial que introduce en el mercado productos alimenticios contaminados a raíz de la falta de cuidado de la dirección corporativa en el cumplimiento del estándar mínimo de higiene necesario fruto de una excesiva política de austeridad. BEULKE entiende, sin mediar duda alguna, que el caso descrito es un supuesto de responsabilidad por injerencia, incluso si la contaminación del producto es atribuible en la situación concreta a un trabajador. Es en este contexto donde el autor alemán saca a colación el principio de autonomía a fin de subrayar que, en virtud de las premisas de las que él parte, lo decisivo no sería el omiso impedimento de las intervenciones ilícitas de terceros subordinados sino la responsabilidad por los propios actos antijurídicos³⁵⁰.

Pues bien, creo que la perspectiva ofrecida por BEULKE no puede convencer. Bien es cierto que la injerencia ha sido un recurso ampliamente admitido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia a la hora de fundamentar la atribución de responsabilidad penal a los órganos rectores de la empresa por las lesiones y muertes producidas por

³⁴⁷ BEULKE, W: “Der “Compliance Officer” als Aufsichtsgarant?...”, págs. 39-41.

³⁴⁸ Vid. WELP, J: *Vorangeganges Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1968, págs. 235 y ss. Como mero apunte crítico, resulta altamente controvertido pretender sostener que de la mera apertura de un negocio o bien de la sucesiva contratación de trabajadores para ocupar determinados espacios de actividad vaya a desencadenarse una situación de peligro especialmente grave para bienes jurídicos capaz de fundamentar una posición de garante por injerencia. Siempre y cuando el inicio del negocio y las diversas operaciones que le sigan sean realizadas conforme a Derecho no habrá cabida para la idea de una causación previa peligrosa. Es más, difícilmente una actividad empresarial podrá dar comienzo sin cumplir antes con las condiciones que el ordenamiento jurídico reclama. La apertura de un negocio representa, en fin, un riesgo inicialmente permitido que la dirección corporativa debe seguir manteniendo como tal. En esta misma línea, GEIGER, D: “Nemo ultra posse obligatur...”, pág. 172. DEMETRIO CRESPO, E: *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, pág. 130. BOTTKE, W: “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica” (Traducción a cargo de GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, M. C.). En MIR PUIG, S; LUZÓN PEÑA, D.M., (dirs.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 129-197, pág. 134.

³⁴⁹ *Ibidem*, pág. 40.

³⁵⁰ *Ibidem*, pág. 40.

mor de la introducción en el mercado de un producto peligroso³⁵¹. No obstante, emplear, como hace BEULKE, casos como el descrito a fin de demostrar la incorrección de una responsabilidad penal basada en la omisa vigilancia y control de los comportamientos de los subordinados conduce en buena parte a confusión. Después de todo, en estas situaciones el curso de riesgo ya le compete directa y principalmente a la dirección corporativa por haber adoptado, normalmente mediante un sistema de votación, la decisión de emprender ese comportamiento lesivo para la salud de los consumidores, restando el empleado subordinado sujeto a las órdenes cursadas desde arriba³⁵². Consiguientemente, el supuesto de hecho sacado a colación por BEULKE no puede ser tomado en consideración como ejemplo de un comportamiento antijurídico autónomamente emprendido por un subordinado frente al cual su superior permanece impávido.

Por lo que concierne al principio de autorresponsabilidad, BEULKE parece hallar en la injerencia una aceptable manera de fundamentar un injusto propio del empresario. En lugar de focalizarse en la omisa vigilancia y control respecto aquellos ilícitos imputables a terceros autorresponsables, que es lo que desde un inicio el autor alemán pretende evitar, BEULKE pone el punto de mira en su actuar precedente peligroso que hace gravitar en torno a la actividad empresarial riesgosa para bienes jurídicos. Sin embargo, con el posicionamiento teórico proclive a una posición de vigilancia tampoco se atenta contra este consagrado principio. Al órgano de administración no se le atribuyen comportamientos infractores ajenos, a saber, aquellos en los que incurren los trabajadores que conforman la plantilla de la entidad que gestiona (vertiente negativa de la autorresponsabilidad) sino que responde por su injusto personal consistente en haber omitido estructurar la corporación de una forma tal como para asegurar un control de aquellos *outputs* lesivos que de ella se derivan en contra del compromiso de garantía previamente asumido (vertiente positiva de la autorresponsabilidad³⁵³)³⁵⁴. Precisamente

³⁵¹ Vid. DEMETRIO CRESPO, E: *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, págs. 127-130. HASSEMER, W: “La responsabilidad por el producto en el Derecho penal alemán”. En HASSEMER, W; LUZÓN PEÑA, D. M: *La responsabilidad penal por el producto en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 121-186, págs. 158 y ss. ROTSCH, T: *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, Nomos, Baden-Baden, 1998, págs. 190 y ss.

³⁵² Vid. Capítulo V. Apartado 3.

³⁵³ Acerca de la vertiente positiva y negativa del principio de autorresponsabilidad vid. ROBLES PLANAS, R: “Participación en el delito e imprudencia”, *RDPC*, nº 9, 2002, págs. 223-251, págs. 228-229.

³⁵⁴ Afirma ROBLES PLANAS: “No se trata de responsabilidad por el comportamiento de otro, sino de la responsabilidad por el propio ámbito de organización que ha resultado ampliado mediante la

por ello la autorresponsabilidad del sujeto activo de aquel injusto penal que el órgano de dirección omite impedir, en tanto curso de riesgo desaprobado que debería haberse supervisado y controlado por emanar de una esfera de organización personal, no debería valer para objetar la fundamentación de una responsabilidad penal en comisión por omisión³⁵⁵. No se trata tanto de que el administrador social posea un dominio sobre los subordinados autorresponsables³⁵⁶ sino que, a tenor del compromiso de control previamente adquirido, ha de intervenir a modo de barrera de contención respecto de aquellos cursos lesivos emanados de un ámbito de organización cuya inocuidad le incumbe garantizar³⁵⁷.

En último término, es importante traer a colación la clásica distinción entre deberes de aseguramiento en el tráfico (contención de posibles cursos lesivos emanados de una esfera de organización personal con tal de impedir una probable lesión de bienes jurídico-penales protegidos) y deberes de salvamento tras injerencia (evitación de que un riesgo desaprobado ya desatado siga su curso y se extienda o agrave)³⁵⁸, toda vez que el comportamiento omisivo típicamente relevante del órgano de administración suele ser de base asociado, no sin razón, antes con la infracción de los primeros que con el quebrantamiento de los segundos³⁵⁹. A fin de cuentas, el reproche que se le achaca estribaría en haber omitido asegurar una configuración inocua de la organización corporativa que gestiona, lo que no deja de ser expresión del clásico sinalagma ejercicio

incorporación de otros sujetos que operan en él y para él. En esa medida, se debe seguir asegurando igualmente el ámbito frente a terceros”. Cfr. ROBLES PLANAS, R: “Principios de imputación en la empresa”, págs. 491-492. También, en un sentido próximo, sostiene FEIJOO SÁNCHEZ: “la incorrecta organización de esa esfera de señorío ampliada supone que uno no responde de un injusto ajeno sino de la propia infracción de sus deberes como garante”. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B: *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, pág. 196.

³⁵⁵ Crean que la autorresponsabilidad del sujeto activo del delito no representa un obstáculo contra la fundamentación de una posición de vigilancia en el empresario ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento...”, pág. 322. DEMETRIO CRESPO, E: *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, págs. 97-98. ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, págs. 125-127.

³⁵⁶ Asume esta tesis SCHÜNEMANN, B: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, págs. 95 y ss. EL MISMO: “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal...”, págs. 539 y ss.

³⁵⁷ ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 117.

³⁵⁸ Vid. JAKOBS, G: “Teoría y praxis de la injerencia”, *ADCPC*, Tomo 52, Fasc. 1-3, 1999, págs. 17-50, págs. 19-22.

³⁵⁹ Expresa ROBLES PLANAS, haciendo referencia a los administradores, que “los titulares de un ámbito de organización tienen deberes (negativos) de aseguramiento frente a peligros derivados de objetos o de actividades”. Cfr. ROBLES PLANAS, R: “Principios de imputación en la empresa”, pág. 491. De esta opinión, también, MEINI MÉNDEZ, I: “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados”, *Derecho Pontificia Universidad Católica de Perú. Revista de la Facultad de Derecho*, n° 52, 1999, págs. 883-914, págs. 898-900.

de la libertad-responsabilidad por las consecuencias. Y lo mismo puede predicarse del CO en el marco de su específica esfera competencial delegada del primero, dependiendo de cual sea ésta en función del perfil que encarne, según examinaremos en los apartados subsiguientes.

3.2. Clase de posición de garante ocupada por el *compliance officer*

3.2.1. El *compliance officer* como garante de protección

a. La protección de los bienes jurídicos colectivos y/o de los bienes jurídicos individuales de terceras partes

“Los COs son vitales en la protección de los inversores y la integridad del mercado de capitales”. Con esta breve pero concisa afirmación Luis Aguilar, *commissioner* de la SEC, dio por finalizada, junto con otras puntualizaciones, su ponencia titulada *The Role of Chief Compliance Officers Must be Supported* pronunciada el 29 de junio de 2015³⁶⁰. El fragmento del discurso de Aguilar representa una pequeña muestra ubicada en un sector tan específico como el financiero de cómo la función del CO podría llegar a proyectarse en una línea de protección *ad extra*³⁶¹. Es decir, de amparo de los intereses

³⁶⁰ El 18 de junio de 2015, Daniel Gallagher, *commissioner* de la SEC, emitió un inusual disenso frente a las resoluciones recaídas en los procedimientos seguidos contra los COs de BlackRock Advisors LLC y SFX Financial Advisory Management Enterprises, Inc. Daniel Gallagher hizo hincapié en el mensaje de alarma que este organismo regulador de los mercados estadounidenses estaba lanzando a la comunidad de COs ya que, mediante la mecánica propiciada, este grupo de profesionales estaba convirtiéndose injustamente en su blanco, viéndose atribuido un grado de responsabilidad que no les correspondía cargar a ellos sino a la compañía y, más en concreto, al propio asesor de inversiones. Poco tiempo después, Luis Aguilar, ante el revuelo que causaron las palabras de Gallagher, publicó una suerte de réplica que tuvo como intención principal mitigar el clima de inseguridad que se había propiciado. Aguilar puntualizó que la SEC realiza siempre un detallado análisis casuístico y asegura, ante todo, un balance entre el impulso de que los COs satisfagan su trabajo de forma competente, diligente y de buena fe, por un lado, y el emprendimiento de medidas para castigar y disuadir a aquellos que cometen graves ilegalidades, por otro. Fue justo en este contexto donde Aguilar puso de relieve la afirmación antecitada. Enlace al pronunciamiento de Gallagher: <https://www.sec.gov/news/statement/sec-cco-settlements-iaa-rule-206-4-7.html>. Enlace al pronunciamiento de Aguilar: <https://www.sec.gov/news/statement/supporting-role-of-chief-compliance-officers.html>.

³⁶¹ En Estados Unidos son localizables otros pronunciamientos parecidos al reproducido. Por ejemplo, Leslie R. Caldwell, *Assistant Attorney General* de la DOJ *Criminal Division*, manifestó en la *22nd Annual Ethics and Compliance Conference* celebrada el 1 de octubre de 2014 que la labor de los COs sirve para proteger la integridad de los mercados públicos, los sistemas financieros estatales, la propiedad intelectual, las cuentas de jubilación de los ciudadanos trabajadores así como los dólares de los contribuyentes. Enlace: <https://www.justice.gov/opa/speech/remarks-assistant-attorney-general-criminal-division-leslie-r-caldwell-22nd-annual-ethics>

de los participantes en el mercado (inversores, clientes, proveedores, etc.) e incluso de los miembros de la sociedad civil en general.

Puntualiza ROTSCH que la cuestión de si el CO encarna una posición de garante de protección de bienes jurídicos ha captado en menor intensidad la atención de la doctrina jurídico-penal³⁶². Y resulta que la mayoría de voces que se han pronunciado sobre ello se han manifestado, no sin razón, en contra³⁶³.

Se estima preciso a fin de fundamentar satisfactoriamente la ostentación de una posición de garante de protección por asunción en un agente que, fruto de la asunción voluntaria de una específica función de semejante naturaleza, el sujeto a custodiar reduzca o prescinda de otras medidas de autoprotección y quede en un estado de desamparo total o parcial³⁶⁴, siendo incapaz de velar, desde entonces, por sus propios bienes jurídicos completamente o bien sólo en determinadas ocasiones. Quedaría entablada así una relación de estrecha dependencia entre quien asume la función de protección y el titular del bien jurídico, restando este último bajo el resguardo del primero³⁶⁵. Dependencia que, en sí misma considerada, no valdría para fundamentar la posición de garante

³⁶² ROTSCH, T: “Wider die Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten”, pág. 493.

³⁶³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: “La responsabilidad penal del *compliance officer*”, pág. 4. PRITTWITZ, C: “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*”, pág. 215. DANNECKER, G; DANNECKER, C: “Die ‘Verteilung’ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen...”, págs. 984, 988. GROß, N.F: *Chief Compliance Officer*, Nomos, Baden-Baden, 2012, págs. 174-175. WARNEKE, N: “Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten”, *NZS*, 2010, págs. 312-316, págs. 314-315.

³⁶⁴ Si bien considera que cuando el sujeto pasivo sólo es parcialmente vulnerable y desválido no cabe hablar de una comisión por omisión, admite esta forma de realización típica excepcionalmente cuando, pese haber una vulnerabilidad sólo parcial, se encarga a un garante una misión de protección muy específica, eficaz y fiable con la que se da por hecho que el bien jurídico está blindado y seguro y precisamente por eso su titular renuncia a buscar a otros garantes o medios de protección seguros LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, pág. 635, Nm. 136-137.

³⁶⁵ Acerca de la necesaria relación de dependencia a constatar entre el titular del bien jurídico a amparar y el garante de protección, vid. ROXIN, C: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II...*, págs. 730 y ss, Nm. 55 y ss. ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 98.

ocupada³⁶⁶ sino que, antes bien, se mostraría como la contracara de la reestructuración de la esfera jurídica del garante en el sentido visto³⁶⁷.

Tómese como ejemplo el caso del sherpa que acepta guiar a un grupo de excursionistas a lo largo de una expedición por el Himalaya. La asunción libre y voluntaria de la función de guía profesional condicionará que los excursionistas acepten llevar a cabo la ruta sin trazar con carácter previo el camino o incluso prescindiendo de traer consigo una brújula, razón por la cual, el cuidado de su integridad física durante el tiempo que dure la expedición quedaría plenamente en sus manos.

Pues bien, queda fuera de toda duda de que esa relación de dependencia brillaría por su ausencia entre el ejercicio de las actividades anudadas al cargo de CO y determinados bienes jurídicos colectivos a proteger (el orden socio-económico, el medioambiente, etc.)³⁶⁸. En estos casos al CO le faltaría, recurriendo a la expresión empleada por HEINE, un monopolio del dominio normativo y la decisión sobre tales bienes jurídicos supraindividuales merecedores de amparo³⁶⁹, dada su naturaleza, de modo que su intervención distaría de poder garantizarles una íntegra protección.

Por lo que a la defensa de bienes jurídicos individuales respecta, hay quien cree, como WARNEKE, que la mentada relación de dependencia tampoco cabría apreciarla entre el CO y los clientes, proveedores o empresas competidoras, habida cuenta que estos ya se hallarían en condiciones de proteger completamente sus propios bienes jurídicos³⁷⁰. Este pronunciamiento tal vez sea en parte objetable, pues, si bien parece sensato identificar a este grupo de agentes como los competentes primarios para auto-protegerse frente a

³⁶⁶ Recurre al criterio de la dependencia del sujeto pasivo como fundamento para construir una posición de garante WOLFF, E. A: *Kausalität von Tun und Unterlassung*, Winter, Heidelberg, 1965. Págs. 37 y ss. Dicha tesis es, sin embargo, inadecuada. También la vida de un ciclista malherido en la carretera puede depender de que el único transeúnte que circula en ese momento por la zona lo socorra. Pero no por omitir ese comportamiento estamos dispuestos a imputarle la muerte del primero como si la hubiese producido, pues no parece justo que la mera posibilidad de salvar su vida, aquella que depende totalmente de su auxilio, sea lo que permita adscribirle una posición de garante. Critica también el criterio de la dependencia LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: *Los delitos de omisión...*, pág. 32.

³⁶⁷ En esta línea, expresa que la dependencia de la víctima no es más que el correlato del dominio del resultado por el autor LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: *Los delitos de omisión...*, pág. 32.

³⁶⁸ Desde la óptica del blanqueo de capitales, niega que los sujetos obligados deban proteger bienes jurídicos colectivos como el orden socio-económico o la administración de justicia dada la obvia ausencia de una estrecha relación de dependencia y de proximidad CARLOS DE OLIVEIRA, A. C: *Lavagem de Dinheiro...*, págs. 218-219.

³⁶⁹ HEINE, G: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pág. 115.

³⁷⁰ WARNEKE, N: "Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten", pág. 315.

eventuales agresiones externas, no siempre las medidas que emprendan bastarán para asegurarles una protección integral. Sin ir más lejos, estos estarían desprovistos de las mecanismos necesarios a fin de penetrar y alterar el contexto organizativo de la persona jurídica con tal de encarrilarla hacia una dirección respetuosa con el Derecho.

Sea como fuere, hay que darle la razón a WARNEKE cuando expresa que la asunción del puesto de CO no ofrece base alguna para que los terceros prescindan o reduzcan las medidas de protección que les incumbe implementar ya que cada participante en el tráfico jurídico está obligado a asegurar que sus respectivos bienes jurídicos no sean lesionados³⁷¹. Esta afirmación cabría engazarla con una idea previamente desarrollada. La confianza en el cargo de CO, por sí misma, carece de toda virtualidad para fundamentar una posición de especial vinculación con un específico bien jurídico³⁷². Es decir, no hay nada que impida que agentes tales como los clientes o los proveedores confíen en el correcto desempeño de los cometidos asignados al CO de una concreta compañía, sin embargo, esta circunstancia no puede valer como fundamento a efectos de imputar al CO los agravios que estos sufran a propósito de los comportamientos antijurídicos de los integrantes de la organización, pues esa confianza no se encontraría respaldada por el Derecho y, por tanto, no proporcionaría garantía³⁷³.

Sólo la asunción de un inequívoco y expreso compromiso de protección respecto a un círculo cerrado de bienes jurídico-penales por un sujeto ubicado en una posición de responsabilidad agravada permite generar en terceros la impresión indubitable de que sus bienes jurídicos se hallan amparados, ofreciéndose motivos suficientes para que estos mengüen u omitan emplear otras herramientas de protección, restando el bien jurídico bajo el total control del garante. Únicamente en estos casos concurrirían razones de peso para fundamentar una imputación de responsabilidad penal por omisión si es que el garante finalmente no evita la lesión del bien jurídico que tenía que proteger. Nada de lo descrito acontece, sin embargo, con la figura del CO, pues, como acertadamente han apuntado DANNECKER y DANNECKER, entre el CO³⁷⁴ y los clientes³⁷⁵

³⁷¹ *Ibidem*, pág. 314.

³⁷² Vid. Capítulo III. Apartado 3.1.2.

³⁷³ En general, vid. JAKOBS, G: *Derecho penal. Parte General...*, pág. 1.003, Nm. 73.

³⁷⁴ Al inicio de su escrito los autores hacen referencia al acusado del pronunciamiento judicial del BGH de 17 de julio de 2009, el jefe del Departamento Jurídico y responsable del Departamento de Revisión Interna de la *Berliner Stadtreinigungsbetriebe*. No obstante, más adelante, trasladan su argumentación a la discusión acerca de la eventual concurrencia de una posición de garante de protección en el CO.

no concurre ni una inmediata relación de proximidad³⁷⁶ ni tampoco una directa vinculación jurídica, sino que éstas sólo cabría constatarlas entre los clientes y la entidad³⁷⁷, de un lado, y entre la entidad y el CO, de otro³⁷⁸. Es decir, el CO se compromete *stricto sensu* ante la entidad empresarial que le contrata, no frente a terceras partes, y los actos inequívocos de contención desplegados guardan relación con el control de determinados cursos de riesgo surgidos a propósito de la actividad comercial desarrollada, no con la custodia de bienes jurídicos-penales ajenos.

Llegados a este punto, vale la pena señalar que el CO forma parte de una empresa privada y que su espectro de deberes responde propiamente a un acto de reestructuración de su esfera organizativa jurídicamente reconocida y garantizada. Su cargo lo ejerce esencialmente “de puertas hacia dentro”³⁷⁹, razón por la cual, sería erróneo atribuirle una proyección jurídico-pública, a diferencia de otras figuras del Derecho comparado, como, según parece, los encargados de empresa del sistema alemán (*Unternehmensbeauftragte*), cuyas tareas sectoriales aparecen clara y explícitamente delimitadas en la normativa respectiva³⁸⁰. Estos sí que parecen ostentar una suerte de vocación pública y cierto propósito en las organizaciones empresariales de amparar el bienestar general³⁸¹, pese a existir alguna voz disonante en Alemania sobre este extremo³⁸². Por ello, como puntualiza KONU, los encargados de empresa quedan

³⁷⁵ O bien, añadiría, otros sujetos, tales como proveedores, acreedores o empresas competidoras.

³⁷⁶ Razona, en una línea análoga, que en el CO normalmente no cabe apreciar una proximidad jurídica respecto al bien jurídico amenazado ROTSCH, T: “Wider die Garantienpflicht des Compliance-Beauftragten”, pág. 497.

³⁷⁷ Esto tampoco significa que la dirección de la empresa haya de velar por los bienes jurídicos ajenos. Su compromiso se circunscribe al control de la fuente de peligro “empresa” y, más en concreto, de los riesgos personales y provenientes de cosas que de ella se derivan. En un sentido similar, RÖNNAU, T; SCHNEIDER, F: “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant”, pág. 57.

³⁷⁸ DANNECKER, G; DANNECKER, C: “Die “Verteilung“ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen...”, págs. 984, 988.

³⁷⁹ KONU, M: *Die Garantienstellung des Compliance-Officers...*, págs. 100-101.

³⁸⁰ Así, por ejemplo, los *Gewässerschutzbeauftragte* (§ 21 y ss. WHG), los *Inmissionsschutzbeauftragte* (§ 53 y ss. BImSchG) o los *Strahlenschutzbeauftragte* (§ 31 y ss. StrlSchV).

³⁸¹ KONU, M: *Die Garantienstellung des Compliance-Officers...*, pág. 73. Expresa GROß que los encargados de empresa son “la extensión del brazo de las autoridades de supervisión”. Cfr. GROß, V: *Chief Compliance Officer*, pág. 177. En un mismo sentido, CASPER, M: “Der Compliance Beauftragte – unternehmensinternes Aktienamt, Unternehmensbeauftragter oder einfacher Angestellter? –”. En BITTER, G; LUTTER, M; PRIESTER, H. J; SCHÖN, W; ULMER, P., (dirs.): *FS für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009, págs. 199-216, págs. 212-214.

³⁸² Vid. BÖSE, M: “Die Garantienstellung des Betriebsbeauftragten”, *NZS*, Vol. 12, 2003, págs. 636-641, págs. 638, 640.

obligados a velar por que la compañía cumpla con la prescripciones jurídico-públicas, pero no con toda la normativa, tal como ocurre con el *compliance*³⁸³.

En suma, no cabe duda de que la reducción de los riesgos de incumplimiento hasta niveles de tolerancia social, gracias a la implementación de un CMS efectivo en el seno de la organización orientado a confluir el cumplimiento de la legalidad con la persecución de las legítimas metas comerciales marcadas por la compañía, puede llegar a desencadenar un efecto colateral de protección tanto de bienes jurídicos colectivos como individuales. Por ofrecer un par de ejemplos: la integración de herramientas de monitoreo ambiental que verifiquen si los agentes contaminantes emitidos durante los procesos productivos se hallan dentro de un estándar de riesgo permitido sin duda alguna traerá como correlato una mejor preservación de los recursos naturales del mismo modo que una consolidación de los controles internos minorará la probabilidad de que en la empresa lleguen a cometerse estafas, previniéndose así una posible lesión del patrimonio individual de los clientes. No obstante, este efecto de protección ni forma parte de la pretensión perseguida por el CMS ni integra, por ende, la esfera competencial del CO, sino que, como lo ha ilustrado una parte de la doctrina alemana, representaría un mero “reflejo” de la operatividad del conjunto de medidas de *compliance*³⁸⁴.

b. La protección de la integridad de la empresa

Conviene iniciar estas líneas precisando el significado del rótulo que sirve como título del presente apartado: la integridad de la empresa³⁸⁵. Con esta noción, un tanto abstracta y elástica, pretendo aludir primordialmente no sólo al activo patrimonial de una determinada entidad sino asimismo a un bien empresarial de naturaleza intangible como es su capital reputacional³⁸⁶. Es decir, en esencia, a los dos principales bloques de

³⁸³ KONU, M: *Die Garantenstellung des Compliance-Officers...*, pág. 74.

³⁸⁴ KONU, M: *Die Garantenstellung des Compliance-Officers...*, pág. 75. GROß, N.F: *Chief Compliance Officer*, pág. 175. RÖNNAU, T; SCHNEIDER, F: “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant”, pág. 56. WARNEKE, N: “Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten”, pág. 314.

³⁸⁵ Esta expresión es empleada por KRAFT, O; WINKLER, K: “Zur Garantenstellung des Compliance-Officers – Unterlassungsstrafbarkeit durch Organisationsmangel?”, *CCZ*, Vol. 1, 2009, págs. 29-33, pág. 32.

³⁸⁶ No existe un unívoco concepto de capital reputacional. Podría definirse, en líneas generales, como el volumen de reputación que una organización ha conseguido acumular en un sector determinado. Suele tratarse de una suerte de metaconcepto que acoge varias proyecciones: el grado en el que los *stakeholders*

interés – el económico y el reputacional³⁸⁷ – en torno a los cuales pivota la actividad social de cualquier organización.

La comisión de un ilícito penal en el seno de la corporación capaz de desembocar en el inicio de un proceso penal contra la persona jurídica sin duda puede poner en riesgo su integridad corporativa. Sin ir más lejos, piénsese en cuán gravosa en términos económicos podría resultar para una empresa la decisión acordada por un juez de imponerle una multa, suspender sus actividades, clausurar sus locales y establecimientos durante años o bien directamente de disolverla, con la consiguiente pérdida de su personalidad jurídica y la incapacidad para operar en el tráfico jurídico. O bien considérese el significativo agravio que podría acarrear para la imagen corporativa una condena penal de la entidad sobre la que se hagan eco los medios de comunicación, concretado luego esto en pérdidas de clientes o en bajadas en la Bolsa^{388 389}.

conocen a la empresa (*public awareness*), la imagen que refleja hacia el exterior la corporación (*corporate personality*), entre otras. En más detalle, vid. BARNETT, M. L; JERMIE, J. M; LAFFERTY, B. A: “Corporate Reputation: The Definitional Landscape”, *Corporate Reputation Review*, Vol. 9, nº 1, 2006, págs. 26-38, *passim*.

³⁸⁷ Pese a la división trazada, el aspecto reputacional podría acabar por ser reconducido al económico. A fin de cuentas, los costes reputacionales no dejan de traducirse luego en costes económicos reales para la corporación. En este sentido, expresa que las consecuencias reputacionales repercuten en los beneficios de la empresa y, por tanto, en los accionistas ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Sanciones penales contra empresas en España (*Hispanica societates delinquere potest*)”. En KUHLEN, L; MONTIEL, J. P; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 263-282, pág. 270.

³⁸⁸ Semejante afirmación ha de ser en parte puntualizada. Bien es cierto que el magnate de las finanzas y “gurú de las inversiones”, Warren Buffet, fue tajante cuando expresó en una de sus más célebres citas que “toma veinte años construir una buena reputación y sólo cinco minutos arruinarla”. Sin embargo, algunas investigaciones empíricas recientes han puesto en tela de juicio el llamado riesgo a la pérdida reputacional. A pesar del temor aparentemente racional a perder toda o gran parte de la reputación que tanto le ha costado aunar a la persona jurídica a largo de sus años de actividad, no queda del todo claro que su imputación penal y posible riesgo a una futura condena representen siempre una cuestión de vida y muerte, expresión ésta empleada en el pronunciamiento *United States v. Stein*, 435 F. Supp. 2d 330, 381 (2006). MARKOFF desmitifica el denominado “efecto Andersen”, esto es, la muerte empresarial fruto de una mera imputación formal, gracias a la puesta en práctica de un revelador estudio empírico mediante el que desvela que ninguna sociedad cotizada norteamericana cerró sus puertas por motivo de la condena que sufrió en algún momento entre los años 2001 y 2010. Algo así sólo suele ocurrir, según este autor, cuando el incumplimiento está directamente enlazado con la principal línea de negocio de la entidad. Es por ello que a este planteamiento lo bautiza MARKOFF con el nombre de modelo del núcleo del negocio (*core business model*). Cfr. MARKOFF, G: “Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 15, nº 3, 2013, págs. 797-842, págs. 797 y ss. En nuestro país puede encontrarse un elaborado análisis del trabajo de MARKOFF en ORTIZ DE URBINA, I: “Ni catástrofe ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. 69, nº 211, 2014, págs. 95-122, págs. 114-117.

³⁸⁹ MONTANER FERNÁNDEZ da un paso más en este campo y se pregunta si acaso la gravedad de los daños reputacionales sufridos por la organización infractora podría ser equiparada al concepto de *poena naturalis* soportada a veces por los sujetos individuales transgresores del Derecho (normalmente en los supuestos de comisión imprudente) y desplegar, entonces, un impacto en su castigo penal estatal (*poena forensis*), hasta el punto de reducirlo o hacerlo innecesario. En su trabajo de investigación esta autora

Frente a lo dicho, da la impresión de que la implantación de un CMS podría traer aparejado un claro efecto de minimización de la probabilidad de materialización de las perniciosas consecuencias descritas³⁹⁰, lo cual no quiere decir, por otro lado, que el acuerdo adoptado por el órgano de administración de introducir ese modelo de prevención delictiva con el sólo ánimo de poder escudarse frente a semejantes repercusiones negativas o incluso, más allá de eso, con la mera vocación de entablar relaciones de negocio con otras compañías del sector³⁹¹ o de ser contratada por la Administración Pública³⁹², condicione que su fin sea realmente éste. Estos no son más que los incentivos (legales y extra-legales) que alientan a la persona jurídica a auto-organizarse en un sentido favorable al Derecho. Sea como fuere, es justo en el marco de lo descrito que parte de la academia ha anudado a la figura del CO un rol protector *ad intra* por compartir la idea, dado su modo de concebir el cumplimiento normativo, que

alcanza una conclusión de doble corte. Primero, los daños reputacionales no son daños de tipo natural sino social. Segundo, solamente en aquellos casos más graves los costes reputacionales padecidos podrían tener incidencia en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siempre y cuando éstas reaccionen tomando medidas de prevención que hagan innecesaria o disminuyan la necesidad de imposición de una pena. Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R: “Reputación corporativa y responsabilidad penal de la empresa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2018, págs. 181-200, *passim*.

³⁹⁰ De esta opinión, MARTIN, S. L: “Compliance Officers: More Jobs, More Responsibility, More Liability”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 29, nº 1, 2015, págs. 169-198, págs. 183-184. Opinan que la promoción de una cultura corporativa respetuosa con el cumplimiento del Derecho puede llegar a propiciar una favorable percepción de la compañía por los *stakeholders* BARNETT, M. L; JERMIE, J. M; LAFFERTY, B. A: “Corporate Reputation...”, págs. 33 y ss.

³⁹¹ Es frecuente que las corporaciones, como parte de su política de *third party compliance*, demanden a aquellas otras con las que pretendan iniciar relaciones de negocio un compromiso con la legalidad vigente e incluso la acreditación de la disposición de un CMS con tal de evitar verse involucradas en escenarios contrarios a Derecho. Sin ir más lejos, el documento *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector*, publicado por la OCDE en el año 2017, recomienda a las empresas del sector textil que controlen el respeto por sus *business partners* de los derechos humanos y las condiciones mínimas de salubridad y seguridad en el trabajo por medio del emprendimiento de específicos procesos de diligencia debida. Enlace: <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-Garment-Footwear.pdf>

³⁹² El requerimiento de contar con un CMS a las empresas que deseen iniciar relaciones contractuales con la Administración Pública representa una práctica que en España ha comenzado a extenderse desde hace algún tiempo en línea con los artículos 64 y 202 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. También en el Derecho comparado Argentina ha sido uno de los países que, bajo la cobertura del artículo 24 de la Ley 27.401 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas del año 2017 contemplada para un coto cerrado de delitos (cohecho, tráfico de influencias, etc.), ha puesto como condición a las corporaciones el disponer de un adecuado CMS (Programa de Integridad lo llaman allí) con tal de poder realizar determinadas contrataciones con el Estado Nacional. Otro buen ejemplo es el de Estados Unidos, toda vez que, de acuerdo con la *Section 6401* de la *Patient Protection and Affordable Care Act*, los proveedores de asistencia sanitaria que pretendan vincularse con el *Medicare*, el *Medicaid* o el *Children’s Health Insurance Program* deben acreditar la introducción de un CMS efectivo.

el propósito de incorporar esta figura sería precisamente el de prevenir daños a la empresa, como pérdidas económicas o reputacionales³⁹³.

Pues bien, no cabe duda de que el CO es contratado por la compañía y para la compañía. Por la clase de contrato que suscribe acaba obligándose ante la entidad con la que trabaja y será ante ella frente a la que deberá rendir cuentas por sus malos procederes. Sin embargo, de este simple dato – constatable en otras tantas figuras incorporadas en la corporación (por ejemplo, el abogado de empresa) – no puede desprenderse ni que su función venga referida al amparo de la integridad de la empresa³⁹⁴ ni que haya de ser más condescendiente con los deseos y expectativas de negocio.

El *status* del CO no se corresponde con el de un delegado fiduciario en conexión con los intereses de los socios de la compañía. Su espectro de deberes no guarda relación con la satisfacción de sus expectativas económicas sino, antes bien, con el cumplimiento de la legalidad en la empresa, pese a que ambas perspectivas, sin duda, sean complementarias entre sí³⁹⁵. Son los administradores sociales quienes, dentro de unos márgenes de discrecionalidad³⁹⁶, actúan como agentes en lugar de sus principales, los propietarios del negocio, a quienes deben una gestión de la empresa diligente y una actuación leal en aras de maximizar sus rendimientos económicos³⁹⁷. Por eso, a los administradores, como verdaderos agentes de los propietarios del negocio, les incumbe tomar

³⁹³ WARNEKE, N: “Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten”, pág. 314. KONU, M: *Die Garantenstellung des Compliance-Officers...*, págs. 28-29, 74-76, 194, 203. GROß, N.F: *Chief Compliance Officer*, págs. 174-175.

³⁹⁴ De esta opinión, KRAFT, O; WINKLER, K: “Zur Garantenstellung des Compliance-Officers...”, pág. 32. RÖNNAU, T; SCHNEIDER, F: “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant”, pág. 57.

³⁹⁵ Según explica convincentemente SILVA SÁNCHEZ, la línea de negocio va paralela a la línea de *compliance*, pero esta última está regida por principios distintos, hasta el punto de que la corrección de los defectos organizativos de la primera línea en orden a la prevención de delitos representará el objeto principal de la misma. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, págs. 372-373.

³⁹⁶ SMITH, L: “Fiduciary Relationships: Ensuring the Loyal Exercise of Judgement on Behalf of Another”, *Law Quarterly Review*, Vol. 130, 2014, págs. 608-634, pág. 610.

³⁹⁷ Vid. HEATH, J: “The Uses and Abuses of Agency Theory”, *BEQ*, Vol. 19, nº 14, 2009, págs. 497-528, págs. 497 y ss. ALFARO ÁGUILA-REAL, J: “Si el fin perseguido por los accionistas es lícito, los administradores están obligados moralmente a perseguirlo con todas sus fuerzas”, *Almacén de Derecho*, 2015, págs. 1-4, págs. 1 y ss. Enlace: <http://almacenederecho.org/si-el-fin-perseguido-por-los-accionistas-es-licito-los-administradores-estan-obligados-moralmente-a-perseguirlo-con-todas-sus-fuerzas/>

diariamente aquellas decisiones que piensen que beneficiarán más al interés social³⁹⁸, siempre y cuando las mismas se ajusten a las “reglas de juego”, de modo que no sorprende que el artículo 249 bis b) LSC tilde de indelegable la facultad relativa a la determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad y el artículo 249 bis l) LSC haga lo propio con las facultades delegadas por la junta general en el consejo de administración, salvo aquellas hubieran sido expresamente autorizadas para subdelegarlas. Cobra pleno sentido, en fin, que el principio general que rige las relaciones fiduciarias sea el de no delegación³⁹⁹, justamente por derivación directa de un tal deber de lealtad⁴⁰⁰. Al respecto, afirma SMITH que el fiduciario debe actuar de manera personal porque se espera que éste aplique el criterio que perciba que será mejor para los intereses del beneficiario. Y concluye, no sin razón, que “esta exigencia no podrá ser satisfecha si es otra persona la autorizada para ejercer ese juicio”⁴⁰¹.

A la luz de lo expuesto, creo que el CO no somete la integridad de la empresa a su dependencia, por mucho de que el adecuado ejercicio de su profesión favorezca causalmente su protección. El espectro de deberes que se le delega guarda relación, en lo esencial, con la prevención delictiva en la empresa. Y ello con indiferencia de que el éxito de su cometido acarree repercusiones evidentemente positivas para la organización o bien perniciosas si es que acaba ejecutando su función de forma defectuosa. De hecho, en España ha sido principalmente en relación con los administradores sociales, en tanto máximos responsables de la gestión social, que la academia se ha planteado si la falta de adopción de un CMS efectivo para la prevención delictiva podría acarrear en sociedades de determinado tamaño y estructura la infracción de su deber fiduciario de diligencia capaz de fundamentarles una responsabilidad de

³⁹⁸ Para explicar esta idea, SMITH propone la siguiente analogía: Albert y Belinda están jugando al *backgammon*. En un momento dado, Belinda recibe una llamada telefónica que la mantiene ocupada durante más tiempo del esperado. Albert se impacienta, a lo que Belinda le espeta: “Juega por mí”. Albert tira los dados por Belinda y, a título de fiduciario, se presentan ante él una amplia gama de posibles movimientos. La única manera de que cobre sentido que Albert juegue el turno de Belinda será, entonces, jugando del modo en el que él crea que será más beneficioso para los intereses de su representada. Cfr. SMITH, L: “Fiduciary Relationships: Ensuring the Loyal Exercise of Judgement on Behalf of Another”, pág. 613.

³⁹⁹ SMITH únicamente exceptúa la delegación de las *ministerial tasks* para cuyo cumplimiento no se requiere del ejercicio de ningún razonamiento, rigiendo, al efecto, un puro mecanicismo (por ejemplo, el simple pago de una cantidad de dinero). Cfr. SMITH, L: “Fiduciary Relationships...”, pág. 612.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, pág. 612.

⁴⁰¹ *Ibidem*, pág. 612.

naturaleza civil^{402 403}. Independientemente de ello, es importante notar, de todos modos, que tampoco representa una cuestión pacífica en la doctrina si acaso el órgano de administración, más allá de gestionar con diligencia y lealtad la entidad en pos del interés social, ostenta asimismo una dimensión de protección *ad intra* con trascendencia jurídico-criminal⁴⁰⁴.

3.2.2. El *compliance officer* como garante de supervisión

a. Una porción de garantía compartida entre el *compliance officer* sin competencias ejecutivas y el *compliance officer* que sí las tiene: la supervisión del sistema de gestión de cumplimiento

Sabemos que sobre el órgano de administración recae el peso de garantizar la inocuidad de la actividad comercial desarrollada por la empresa. La implantación de un CMS representa *prima facie* un utensilio de alto valor para contener aquellos cursos de riesgo lesivos que pueden emanar del seno de la esfera corporativa⁴⁰⁵. Y cabría decir que, allá donde sea posible, su óptimo establecimiento y gestión podrían entenderse como una

⁴⁰² Lo descrito ocurrió en el caso juzgado por la *Sentenza 13 febbraio 2008, n° 1774 del Tribunale di Milano, Sezione VII Civile*. El tribunal italiano condenó al presidente del consejo de administración y consejero delegado de la sociedad actora a indemnizarla por los daños sufridos como consecuencia de la falta de adopción de un adecuado modelo de organización y gestión acorde al DLI 231.

⁴⁰³ Vid. SERRANO ZARAGOZA, O; GOLLONET TERUEL, L. A; PEREZ-PLAYA MORENO, C: *Compliance penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores*, Bosch, Barcelona, 2018, *passim*. FLORES SEGURA, M: “Cumplimiento normativo, deber de diligencia y responsabilidad de los administradores”, *Almacén de Derecho*, 2018, págs. 1-7, *passim*. Enlace: <http://almacenederecho.org/cumplimiento-normativo-deber-diligencia-responsabilidad-administradores/> En Estados Unidos la decisión judicial *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996) dejó claro que el deber fiduciario de los administradores sociales engloba el establecimiento de medidas de *compliance*. Sobre este caso y sus implicaciones, vid. ARMOUR, J; GARRETT, B; GORDON, J; MIN, G: “Board Compliance”, págs. 1.214 y ss.

⁴⁰⁴ Cree que sí BOLEA BARDON, C: “Comisión por omisión. Deberes de garante en la empresa”. En CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 66-74, pág. 69. Lo pone en tela de juicio HEINE, G: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen...*, págs. 115-116.

⁴⁰⁵ Y digo *prima facie* porque, hasta donde alcanzo, ni en España ni en otros países se han realizado aún estudios empíricos que avalen la eficacia real de los CMS en lo que a la reducción de los niveles de criminalidad concierne. En Estados Unidos cree que no existe evidencia empírica suficiente para acreditar que las estructuras internas de *compliance* son verdaderamente útiles para la prevención delictiva KRAWIEC, K.D: “Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance”, *Washington University Law Review*, Vol. 81, n° 2, 2003, págs. 487-544, págs. 510 y ss. Pone en entredicho el posicionamiento de la antecitada autora AVIRAM, A: “In Defense of Imperfect Compliance Programs”, *Florida State University Law Review*, Vol. 32, n° 2, 2005, págs. 763-780, págs. 769 y ss. En términos generales, resaltan la escasa literatura académica de base empírica existente sobre actividades de cumplimiento corporativas y desarrollan los principales motivos que dificultan hacerse con este tipo de información ARMOUR, J; GARRETT, B; GORDON, J; MIN, G: “Board Compliance”, pág. 1.226.

adecuada satisfacción de los deberes de vigilancia y control cuyo cumplimiento atañe originariamente al órgano de administración⁴⁰⁶. Lo que ocurre es que, a la luz de los principios de eficiencia y división del trabajo que rigen en las estructuras empresariales modernas, lo normal es que sea un sujeto especializado distinto al órgano de administración quien se responsabilice de velar por la debida operatividad del modelo de prevención adoptado en aras de capacitar a la empresa en el cumplimiento normativo⁴⁰⁷. Justo aquí es donde entra en escena el CO.

A la vista de lo señalado, da la impresión de que el compromiso de garante que el CO haría suyo expresa e inequívocamente no sería otro que el de actuar a modo de barrera de contención del riesgo de inoperatividad del conjunto de herramientas de *compliance* de las que se dote la empresa, tanto las de vigilancia y control intraempresarial y extraempresarial como las relativas al fomento e integración de una cultura de cumplimiento, cuyo propósito compartido residiría en asegurar el cumplimiento del Derecho en la empresa. Tal compromiso de garantía aúna, sin lugar a dudas, una suma importancia, toda vez que el diligente aseguramiento de la oportuna eficacia de estos mecanismos de prevención delictiva sería precisamente lo que permitiría auto-organizar la persona jurídica de una forma tal como para asegurar, dentro de un margen de seguridad razonable, que ciertos riesgos de incumplimiento amenazantes se encuentran bajo control⁴⁰⁸.

Conviene puntualizar, aun así, que no siempre el compromiso de control del CO va a desplegarse en todas y cada una de las áreas de riesgo de la organización. Independientemente del reparto de tareas que propiamente regiría entre los COs sectoriales integrados en un órgano colegiado de cumplimiento, podría ocurrir que la gestión de algunos ámbitos de riesgo (medioambiente, prevención de riesgos laborales, etc.) sea confiada a departamentos técnicos con conocimientos y habilidades específicas

⁴⁰⁶ Vid. Capítulo II. Apartados 2 y 3.

⁴⁰⁷ MONTIEL, J. P: “Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del *Compliance Officer* en el Derecho Argentino”, *Revista Argentina de Derecho Procesal y Procesal Penal*, nº 17, 2015, págs. 1-13, pág. 5. Enlace: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=38bab1da7ca46f82759c333d03cf5b3c#indice_6

⁴⁰⁸ Por riesgos de incumplimiento me estoy refiriendo principalmente al riesgo de comisión de aquellos delitos que pueden dar lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica. Desde luego podrían tenerse en cuenta otros ilícitos, como los administrativos. Pero para nuestros propósitos vamos a centrarnos exclusivamente en la óptica penal.

en la materia⁴⁰⁹. Cuando eso ocurra, la responsabilidad del CO en relación con dicha porción de riesgo se vería desplazada o, cuanto menos, minorada en pos del especialista designado al efecto.

Entrando en un poco más de detalle, es posible advertir en el CO el despliegue de varios actos inequívocos de contención, concretados en el cumplimiento de una serie de deberes, que demostrarían la expresa asunción de un compromiso de control dirigido a asegurar la oportuna operatividad del CMS de la organización en pos de la prevención delictiva:

(1) El deber de diseño⁴¹⁰: como adecuado punto de partida de todo CMS que se preste, el CO ha de ejecutar un análisis de riesgos que permita revelar qué riesgos de incumplimiento amenazan a la organización y cuál es la probabilidad de que acaben materializándose, así como la magnitud de su impacto en términos económicos y reputacionales⁴¹¹. Es por medio de esta suerte de autodiagnóstico que el CO desentraña de qué herramientas dispone la empresa para contrarrestar los riesgos a los que se expone y de cuáles necesita dotarse⁴¹². Sólo así se hallará en condiciones de elaborar un CMS a medida de la organización⁴¹³ atento a sus actividades, estructura, organigrama o dimensiones, cuya verificación y aprobación recaerá propiamente en la esfera de responsabilidad del órgano de administración. Poca utilidad reportará, por el contrario, la copia del CMS de otra organización o la mera adopción formal de uno carente de toda orientación práctica (*cosmetic compliance program*)⁴¹⁴.

(2) El deber de implementación y seguimiento: una vez el CO conoce cuáles son las medidas de *compliance* necesarias para contrarrestar aquellos cursos de riesgo que

⁴⁰⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, pág. 223. BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 346. GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad individual en estructuras empresariales...*, págs. 131-132.

⁴¹⁰ Es usual que la primigenia fase de diseño del CMS sea encomendada a un despacho de abogados externo a la compañía, en cuyo caso, la labor del CO daría inicio estrictamente en la ulterior etapa de implementación y seguimiento. Pese a ello, en este trabajo he preferido abarcar cada una de las etapas de vida en las que se descompone el CMS, pues no hay nada que impida que la operatividad global del CMS acabe por ser asignada íntegramente al CO.

⁴¹¹ Vid. NIETO MARTÍN, A: “Código ético, evaluación de riesgos y formación”, págs. 152 y ss.

⁴¹² Parafraseando a GROß, el CO ha de comparar el estado actual de las cosas (*Ist-Zustand*) con el que debería existir (*Soll-Zustand*). Cfr. GROß, N.F: *Chief Compliance Officer*, pág. 76.

⁴¹³ Vid. GALLEGU SOLER, J.I: “Criminal compliance y proceso penal...”, pág. 205.

⁴¹⁴ Vid. NIETO MARTÍN, A: “Fundamentos y estructura del programa de cumplimiento normativo”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 111-134, págs. 123-124.

amenazan por materializarse, como siguiente paso, hace falta que éste verifique su adecuada implementación en los procesos de negocio de la empresa y compruebe regularmente su debida y real funcionalidad, dejando constancia escrita de todas las acciones que se emprendan (principio de documentación) y velando por su debida conservación mediante herramientas tales como la firma electrónica y la certificación digital en aras de garantizar su máxima autenticidad y protección⁴¹⁵. Esto último permitirá, de entrada, generar un material probatorio tal como para acreditar la diligencia de la persona jurídica y garantizar de ese modo su exoneración penal futura, documentar la propia diligencia del CO con tal de sortear una posible responsabilidad personal y, por último, aunque vinculado con lo primero, conseguir, si cabe, que una entidad independiente audite el CMS de la organización o incluso que certifique su adecuación con aquellos estándares técnicos disponibles en la materia (la norma UNE 19601, por ejemplo)⁴¹⁶.

(3) El deber de actualización: las novedades o reformas tanto legislativas como jurisprudenciales, los cambios organizativos de la empresa, las modificaciones en el objeto social o la detección de fallos o brechas en el CMS que hayan facilitado la comisión de comportamientos delictivos representan señales de alarma en cumplimiento normativo. Como correlato, el CO ha de ocuparse periódicamente y, con más motivo aún, ante tales eventos tan específicos, de revisar la matriz de riesgos y las medidas de *compliance* para, cuando sea necesario, actualizarlas. Semejante proceso de trabajo será decisivo de cara a la mejora continua del CMS y la evitación de su obsolescencia.

Conforme a lo desarrollado, cabe concluir que cualquier CO, independientemente de cómo haya sido configurado, asume el compromiso material de supervisar el correcto funcionamiento del CMS en todas sus fases de vida, a saber, diseño, implementación,

⁴¹⁵ Vid. ROJAS GUERRERO, M: “Firma electrónica“. En SÁIZ PEÑA, C. A., (coord.): *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Barcelona, 2015, págs. 434-457, págs. 434-435.

⁴¹⁶ Semejante proceso de certificación debe ser tratado con suma cautela. Si bien una certificación acreditará que la organización presumiblemente ha adoptado un CMS acorde a los estándares requeridos, no garantizará *per se*, como si de una bula papal se tratase, que es idóneo y eficaz. Su única utilidad será la de constituir un elemento probatorio más sobre la operatividad del modelo. En este sentido, expresa el Apartado 5.6. de la CFGE 1/2016: “Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial”.

seguimiento y actualización⁴¹⁷. Se trata de una porción de garantía común y, por tanto, compartida entre el CO auxiliar carente de competencias ejecutivas y aquel que dispone de las mismas. Ambos asumen una misma responsabilidad a nivel tanto preventivo como detectivo en lo que a la comisión de delitos en la empresa concierne, puesto que uno y otro, en idéntica medida, tanto han de verificar la operatividad de las medidas encaminadas hacia la minoración del riesgo de producción de ciertos hechos antijurídicos en la organización como investigar asimismo sobre aquellos eventos antijurídicos que alerten, sea *motu proprio* o por medio de los avisos o denuncias cursadas por los miembros de la empresa y/o terceros ajenos a la misma. Pero su rol difiere a la hora de tener que reaccionar contra el ilícito detectado. Mientras que el CO sin competencias ejecutivas debería limitarse a poner en conocimiento al órgano de administración el injusto penal, el CO con competencias ejecutivas tendría que ir mucho más allá, poniendo fin por su propia cuenta a una tal situación de incumplimiento, bien directamente, bien mediante la emisión de órdenes vinculantes. Esta diferencia es capital, toda vez que presupone que en este campo tan específico cada CO acoja un compromiso de garantía apreciablemente divergente, con todo lo que eso conlleva.

b. El *compliance officer* sin competencias ejecutivas como garante de la información en cumplimiento normativo

b.1. El fenómeno de la fragmentación de la información en los modelos de gestión empresarial descentralizada

En las actuales estructuras empresariales complejas concurren multiplicidad de factores que dificultan seriamente la imputación de responsabilidad penal a sus intervinientes y explican el eventual carácter criminógeno de la actividad corporativa. Entre ellos encontramos el fenómeno de la fragmentación o dispersión de la información⁴¹⁸. Debido

⁴¹⁷ En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: “La responsabilidad penal del *compliance officer*”, págs. 4, 7. BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 281. LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 58. KRAFT, O; WINKLER, K: “Zur Garantenstellung des Compliance-Officers...”, pág. 32. KONU, M: *Die Garantenstellung des Compliance-Officers...*, pág. 205. LANGENHAHN, S: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, pág. 205. RÜBENSTAHL, M: “Zur ”regelmäßigen” Garantenstellung des Compliance Officers”, *NZG*, Vol. 34, págs. 1.341-1.344, pág. 1.342. Admite que la función del CO es la supervisión del sistema de cumplimiento implantado en la empresa, sin embargo, niega su condición de garante MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance...*”, pág. 760.

⁴¹⁸ BERMEJO, M. G; PALERMO, O: “La intervención delictiva del *compliance officer*”, págs. 174-175.

a los problemas de circulación de los flujos de información propiciados por los principios organizativos que rigen la actividad de negocio de la empresa moderna, no siempre la disposición de la información relevante y la facultad de tomar decisiones confluirán en una misma persona⁴¹⁹.

Le asiste la razón a GARCÍA CAVERO cuando advierte que “la vieja pretensión de los sistemas lineales de organización de canalizar toda la información en el “hombre de arriba” es hoy insostenible”⁴²⁰. El modelo de gestión empresarial centralizada⁴²¹, en el que un solo órgano es llamado a acumular todo el poder de dirección y de mando en la corporación, pesando sobre él una auténtica “sobrecarga informativa”⁴²², adolece de serias desventajas⁴²³, como son las lentas e inadecuadas reacciones ante eventos que requieren de una respuesta inmediata y acorde a las circunstancias, que imposibilitan su buen acomodo en los pilares que caracterizan las estructuras organizativas modernas (delegación de competencias, reparto de funciones, especialización en ámbitos de actividad, etc.).

⁴¹⁹ BERMEJO, M. G; PALERMO, O: “La intervención delictiva del *compliance officer*”, pág. 175, nota a pie de página nº 15. Igualmente, destaca FEIJOO SÁNCHEZ que en las estructuras empresariales complejas “existe una desmembración entre actividad de dirección, facultad de información y poder de decisión que representa un problema central para la constatación de responsabilidad”. Es más, advierte este autor, “debido a la descentralización funcional y distribución especializada del trabajo en función de su complejidad ni siquiera es posible hablar en muchos casos de una concreción de la información en algún nivel de la empresa. La teoría de los vasos comunicantes no sirve para las organizaciones empresariales”. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B: *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, págs. 129-130. Comenta asimismo MIRÓ LLINARES: “Al igual que ocurría verticalmente en la delegación de competencias, también en los contextos de división del trabajo de forma horizontal, la ejecución material del hecho, así como la capacidad de decisión, la posesión de información relevante y el conocimiento necesario para derivar en una responsabilidad dolosa, pueden hallarse fragmentados en diferentes sujetos”. Cfr. MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, *CPC*, nº 113, 2014, págs. 201-252, pág. 245. Por otro lado, GÓMEZ JARA DÍEZ pone de relieve que la empresa “lejos de tratarse de un sistema de información lineal, opera a través de una red de información descentralizada con conexiones transversales”. Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: “¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas”, *CPC*, nº 88, 2006, págs. 119-153, págs. 143-144.

⁴²⁰ GARCÍA CAVERO, P: *La responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa: Criterios de imputación*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 96.

⁴²¹ En detalle, vid. MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, págs. 59-60. INFESTAS GIL, A: *Sociología de empresa*, Amarú, Salamanca, 3ª ed., 2001, págs. 109-110.

⁴²² SCHÜNEMANN, B: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 37. HEINE, G: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen...*, pág. 44. MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, pág. 59. MINTZBERG, H: *La estructuración de las organizaciones* (Traducción a cargo de BONNER, D; NIETO, J.), Ariel, Barcelona, 1988 (1984), pág. 220.

⁴²³ Vid. SCHÜNEMANN, B: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, págs. 36-37.

Todo apunta a que en la práctica corporativa lo usual es un desligamiento de los niveles superiores en asuntos de mayor especificidad fruto de la descentralización organizativa imperante⁴²⁴ que trae consigo el correlativo traspaso de competencias a los puestos de dirección sectorial por la vía de la delegación así como correlativamente la sucesiva “fuga” de la información hacia abajo⁴²⁵. Como corolario de lo anterior, los órganos rectores ocupan la mayor parte de su tiempo en la gestión social del negocio o en la elaboración de políticas de empresa genéricas, de modo que para estos la detección de eventos delictivos en departamentos concretos pasa a convertirse en un deber cuyo cumplimiento depende en gran medida de los avisos remitidos por los puestos ubicados en eslabones inferiores de la estructura jerárquica⁴²⁶. En otras palabras, la descentralización corporativa viene indefectiblemente acompañada de una dilución del conocimiento inicialmente detentado por los sujetos posicionados en la cúspide⁴²⁷, lo que, desde luego, condiciona su consecuente toma de decisiones⁴²⁸. Su conocimiento dista de ser, en fin, omnicompreensivo. Los administradores difícilmente son conscientes de todo lo que ocurre en cada sector de la empresa⁴²⁹. Más bien, por su condición, están en buena parte ciegos, a no ser que sean alertados de aquel problema requerido de su atención⁴³⁰.

Fruto del fenómeno de la fragmentación de la información imperante en las estructuras de empresa modernas no es de extrañar el surgimiento de auténticas problemáticas en sede de imputación individual⁴³¹. Sucede que buena parte de las veces la dirección de la empresa cuenta con representaciones deficitarias o directamente desconoce por

⁴²⁴ Vid. LANGEVOORT, D. C.; SALE, H. A: “Compliance, Candor and the Role of Directors”, *Compliance & Enforcement*, 2016, págs. 1-4. Enlace: https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2016/07/19/compliance-candor-and-the-role-of-directors/ En este mismo sentido, desde la óptica de la sociología de empresa, MINTZBERG, H: *La estructuración de las organizaciones*, págs. 219 y ss.

⁴²⁵ HEINE, G: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, pág. 46.

⁴²⁶ Alerta acerca de la pérdida de control y supervisión directa de los administradores sociales respecto las subunidades y los empleados subordinados una vez la organización alcanza cierta dimensión, nivel de complejidad y especialización LAUFER, W.S: “Corporate Liability, Risk Shifting and the Paradox of Compliance”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 52, 1999, págs. 1.343-1.420, pág. 1.411.

⁴²⁷ Vid. INFESTAS GIL, A: *Sociología de empresa*, pág. 120.

⁴²⁸ Vid. MILLER, G. P: *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, págs. 32-33. ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, págs. 287 y ss.

⁴²⁹ Vid. RAGUÉS I VALLÉS, R: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, págs. 436-437.

⁴³⁰ Vid. COFFEE, J. C: *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press, New York, 2006, pág. 7.

⁴³¹ Vid. SCHÜNEMANN, B: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 38. HEINE, G: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen...*, pág. 46. ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, págs. 287-289.

completo la producción del delito ajeno a impedir a causa de su distanciamiento respecto al ámbito concreto donde éste tiene lugar, razón por la cual, a la hora de la verdad, no cabe más que barajar respecto a ésta una imputación imprudente omisiva, siempre y cuando quepa apreciar los presupuestos para ello. En el extremo opuesto, resulta que quien alberga conocimiento acerca de la realización típica ajena tiende a ser un agente (un empleado subordinado, por ejemplo) al que, sin embargo, no le incumbe intervenir frente al injusto penal más allá de por razones de solidaridad intersubjetiva (o ni siquiera eso). El fenómeno de la fragmentación de la información ocasiona, pues, una auténtica desincronización entre los presupuestos del tipo objetivo y los del tipo subjetivo dada esa disparidad entre quien detenta la información sobre cumplimiento normativo y quien ha de adoptar las consecuentes decisiones en la empresa.

b.2. La traslación al *compliance officer* sin competencias ejecutivas de la posición de garante de la información en cumplimiento normativo

Con tal de satisfacer su compromiso de control dirigido a asegurar que el desarrollo de la actividad de negocio no representa un atentado contra esferas de autonomía ajenas, al órgano de administración le es exigible adicionalmente una actualización regular de sus conocimientos sobre el estado de cosas en la empresa, pues, de omitir actuar en este sentido, a duras penas podrá saber cuándo su intervención deviene necesaria a efectos de frenar los cursos lesivos amenazantes surgidos⁴³². Ello calza bien con el contenido del artículo 225 LSC que, a la hora de definir el deber de diligencia del administrador social, distingue entre el deber de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad y el deber de exigir así como el derecho de recabar de la sociedad información adecuada y precisa que le sirva para cumplir con sus obligaciones.

Pese a todo, según vimos, el fenómeno de la fragmentación de la información imperante en las estructuras corporativas mínimamente complejas y descentralizadas dificulta seriamente que el órgano de administración pueda estar al día sobre el estado de cosas en la organización. Cobra pleno sentido, por ello, que la recopilación, tratamiento y reporte de la información sobre la comisión de ilícitos en la corporación sea una de las nucleares porciones de garantía que éste traslada gracias al instrumento de la delegación

⁴³² En este sentido, ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento...”, pág. 323. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: “Salvar al oficial Ryan...”, pág. 330.

de competencias en el CO sin competencias ejecutivas⁴³³. El CO haría suyo expresa e inequívocamente el compromiso material de obtener la información referida, analizarla e iniciar, en su caso, las investigaciones internas subsiguientes para, en último término, comunicar al órgano de administración aquellos hechos cuya relevancia criminal revista un mínimo grado de verosimilitud, sin perjuicio de poder emitirle luego recomendaciones y consejos sobre las posibles actuaciones a seguir⁴³⁴. Consiguientemente, el control del riesgo de desorientación⁴³⁵ que pueda afectar a este último sujeto, esto es, el riesgo a que desconozca los eventos contrarios a Derecho sucedidos en la organización, quedaría integrado en su esfera de responsabilidad⁴³⁶. Al CO cabría identificarlo, pues, como una suerte de “punto de recogida de la información”, canalizada luego al órgano de administración, como si del ojo de una aguja se tratase⁴³⁷, permitiéndose con su trascendente función sustituir el perjudicial fenómeno de la fragmentación de la información predominante por otro basado en la concentración de esa misma información en la instancia responsable para remediar las situaciones de incumplimiento alertadas.

No se pasa por alto que circunscribir la tarea desempeñada por el CO exclusivamente al manejo de la información en cumplimiento normativo⁴³⁸ comportaría partir de una

⁴³³ Me atrevería a concluir que nos encontramos ante lo que RAGUÉS I VALLÉS califica como una delegación de conocimientos mediante la cual el empresario delega en un trabajador la obtención de ciertos conocimientos y luego éste le transmite los resultados alcanzados. Vid. RAGUÉS I VALLÉS, R: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, págs. 434 y ss.

⁴³⁴ Algo similar ocurre con los encargados de empresa alemanes. Su abanico de deberes guarda una estrecha correspondencia con el de los COs sin competencias ejecutivas, dado que estos normalmente ocupan una posición auxiliar de acopio y reporte de información a su superior (normalmente, el Consejo de Administración) así como de propuesta de mejoras. Cfr. KRAFT, O; WINKLER, K: “Zur Garantenstellung des Compliance-Officers...”, pág. 32. CASPER, M: “Der Compliance Beauftragte...”, pág. 214. En este sentido, concibe al encargado de empresa como un “órgano subordinado de asesoramiento a la dirección de la empresa dotado normalmente de amplios derechos y deberes de información y de control, pero no de poderes propios de decisión” SCHÜNEMANN, B: “Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas” (Traducción a cargo de BAZA, L.). En SCHÜNEMANN, B: *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 129-152, pág. 142.

⁴³⁵ La expresión “riesgo de desorientación” ha sido importada de la obra de IZQUIERDO SÁNCHEZ, C: *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, Atelier, Barcelona, 2018, pág. 212.

⁴³⁶ Razona que a través de la implementación de un programa de cumplimiento lo que se persigue es asegurar que el órgano de dirección que, especialmente en empresas estructuralmente complejas, está más al margen de la vida operativa de su organización, posea cada vez mayor información al respecto MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance*...”, pág. 772.

⁴³⁷ RÖNNAU, T; SCHNEIDER, F: “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant”, pág. 58.

⁴³⁸ Entiende que el deber del CO no es otro que el de obtener un conocimiento respecto del cumplimiento del Derecho en la empresa y, en caso de detectar que algo va mal, transmitirlo para que lo corrija el competente ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento...”, pág. 324.

visión algo restrictiva de esta función⁴³⁹. Y no sin razón. Entender su rol profesional de ese modo no sólo presupondría acoger una sola forma de entender la función del CO, una auxiliar y carente de competencias ejecutivas, sino que, además, dejaría de lado otras tareas puntuales características de esta profesión, como, sin ir más lejos, la integración de herramientas de control en la empresa o la organización de los cursos de formación de los trabajadores. El propósito perseguido en estas líneas no es tanto ceñir la posición jurídica del CO a este estricto perfil sino, más bien, resaltar esta concreta porción de deber por sus especificidades en sede penal en términos comparativos con el CO con competencias ejecutivas.

Salta a la vista, por lo demás, que el tipo de delegación de funciones desplegado por el órgano del administración en el CO sin competencias ejecutivas revistiría un mero corte parcial⁴⁴⁰, toda vez que la intervención directa frente a los ilícitos penales seguiría en manos del primero. No obstante, una tal parcialidad no evapora la naturaleza de garantía de la posición de deber del CO auxiliar⁴⁴¹ sino que, más bien, limita su extensión en comparación a una delegación mucho más holgada⁴⁴², de modo que la carencia de competencias ejecutivas no debería constituir un argumento de peso a efectos de negarle su condición de garante⁴⁴³.

⁴³⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, pág. 374. Con este pronunciamiento SILVA SÁNCHEZ parece haber actualizado su inicial visión sobre la posición jurídica del delegado de vigilancia, configurada, de modo general, a partir de la ostentación de dos clases de deberes: el deber de obtener la información y el deber de transmitirla al superior. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M: “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, pág. 99.

⁴⁴⁰ En palabras de ROBLES PLANAS: “estamos ante una posición de garantía que puede fragmentarse y delegarse uno o varios de esos fragmentos”. Cfr. ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento...”, pág. 325. En idéntico sentido, ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 219.

⁴⁴¹ De esta opinión, DANNECKER, G; DANNECKER, C: “Die “Verteilung“ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen...”, pág. 990.

⁴⁴² Comenta ROBLES PLANAS: “el CO no asume la completa posición de garantía de control o vigilancia por delegación del órgano competente, ni tampoco se genera una nueva posición de garantía con el mismo contenido, sino que lo asumido es sólo una parte: el deber de investigar y transmitir información al órgano superior – auténtico competente primario de la evitación de delitos en la empresa –”. Cfr. ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento...”, pág. 324. En este sentido, ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 223.

⁴⁴³ En contra, estiman necesaria la tenencia de un poder de mando y disciplinario a efectos de constatar en el CO una posición de garante de supervisión o vigilancia GEIGER, D: “Nemo ultra posse obligatur...”, pág. 173. ROTSCHE, T: “Wider die Garantienpflicht des Compliance-Beauftragten”, págs. 494 y ss. GROß, N.F: *Chief Compliance Officer*, págs. 191 y ss. También, en esta misma línea de pensamiento, BLANCA LÓPEZ niega una tal responsabilidad al CO auxiliar, que ella bautiza con el nombre de Órgano de supervisión, precisamente por carecer de competencias ejecutivas. Cfr. BLANCA LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, págs. 340-341. Cree que el CO, en tanto encargado de la ejecución de la función relativa a la supervisión CMS implantado por la empresa, carece de competencias de mando o de instrucción independientes a los efectos de subsanar o corregir directamente determinadas carencias o infracciones y que éste ni asume una posición de garantía de vigilancia derivada del ámbito

Siendo algo más exhaustivos, los actos inequívocos de contención que demostrarían la asunción efectiva del compromiso de garante por el CO sin competencias de ejecutivas quedarían concretados en el cumplimiento de una serie de deberes vinculados con la recepción, gestión y reporte de la información al órgano de administración sobre la comisión de ilícitos penales en la empresa:

(1) El deber de detección: a fin de interceptar posibles hechos penalmente relevantes, desde buen comienzo, el CO está obligado a manejar con la debida diligencia diversos medios de obtención de aquella información sobre cumplimiento normativo que pueda resultar de interés, siendo algunos de estos propiamente reactivos, como los canales de *whistleblowing* puestos al alcance de los empleados e incluso de miembros externos a la compañía (clientes, proveedores, comisionistas, etc.) o la recepción de los informes remitidos por auditoría interna u otras instancias de control, y otros proactivos, como la gestión autónoma de riesgos de incumplimiento a través de herramientas 2.0., como el *data analytics*⁴⁴⁴.

Ya en esta etapa inicial surge la trascendente duda de qué concretos canales de obtención de información resultarían válidos a efectos de promover la intervención del CO frente al ilícito penal en calidad de garante. Es decir, ¿es suficiente con que el CO conozca por casualidad o a través de una vía alternativa la comisión de un hecho antijurídico en la esfera corporativa o, de otro modo, el conocimiento que obtenga debe emanar necesariamente de determinadas fuentes definidas a partir de su posición jurídica? Este aspecto, según pone de relieve, con carácter general, ROBLES PLANAS, “no ha sido abordado ni con detenimiento ni con precisión por la doctrina, contentándose con afirmar que un garante debe siempre activar todos los conocimientos que disponga, cualquiera que sea la fuente por la que los ha obtenido”⁴⁴⁵. Se trata de la importante cuestión del límite hasta el cual se le puede exigir al garante cumplir con su

competencial del empresario, ni se convierte, por tanto, en el principal responsable de la evitación de los riesgos penales para terceros que puedan derivarse de la actividad empresarial MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance*...”, págs. 758, 760.

⁴⁴⁴ Su uso permite administrar y cribar de forma eficiente la abundante cantidad de datos que circulan en la empresa y que pueden provenir de distintas fuentes radicadas en la misma, como el registro de llamadas telefónicas, los e-mails corporativos o el sistema contable. Vid. JAEGER, J: “How Data Analytics Is Changing the Face of Compliance”, *Compliance Week*, 2016, págs. 1-6, *passim*. Enlace: <https://www.complianceweek.com/how-data-analytics-is-changing-the-face-of-compliance/2932.article>

⁴⁴⁵ ROBLES PLANAS, R: “Principios de imputación en la empresa”, pág. 503.

compromiso material de control anudada al relevante interrogante de qué conocimientos deben importarle al Derecho Penal y cuáles no.

No parece problemático concluir que todos aquellos canales de obtención de la información vinculados con el normal ejercicio de la actividad profesional de CO, como podrían ser, por ejemplo, los mecanismos de recopilación y tratamiento de datos, las líneas de *whistleblowing* o incluso una nota anónima dejada encima de su mesa de trabajo, valdrían a efectos de impulsar su actuación con base en el conocimiento albergado, siempre y cuando la información recabada cuente con un mínimo grado de verosimilitud. El conocimiento sobre la comisión de un presunto ilícito penal en la organización no sólo guardaría desde una óptica material relación estricta con el espectro de deberes que al CO le incumbe dar cumplimiento en calidad de garante de la información sino que, además, vendría a ser adquirido formalmente en el marco del desarrollo de su función, razón por la cual, cabría calificarlo perfectamente como ordinario y, por tanto, susceptible de ser activado. Desde luego definir con exactitud qué canales de obtención de información quedarían incardinados en el estándar de procurarse conocimientos que al CO le incumbe satisfacer representa una tarea harto compleja, toda vez que dicho estándar, ya de por sí, costaría verdaderamente delimitarlo debido a la falta de regulación de esta profesión, por mucho de que contemos con el preciado apoyo de las normas ISO y UNE disponibles en la materia que en buena medida arrojan algo de luz sobre este aspecto.

Cuestión algo más compleja es que el conocimiento acerca de la comisión de delitos en la empresa le venga dado al CO fortuita y sobrevenidamente fuera del regular desarrollo de su función, esto es, ya en su esfera como ciudadano. ¿Y si, por ejemplo, el CO se entera de una realización típica ajena en una distendida conversación mantenida en una barbacoa organizada un fin de semana por uno de los trabajadores de la empresa? ¿Está el CO obligado a activar en calidad de garante ese conocimiento obtenido por azar? Probablemente algo que debería ser resuelto, antes de nada, es si ese conocimiento cabría concebirlo propiamente como especial, noción ésta íntensamente discutida en ámbitos tales como el de la imprudencia⁴⁴⁶ o el de la intervención delictiva a propósito

⁴⁴⁶ Vid. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, págs. 300-301, Nm. 35. CORCOY BIDASOLO, M: *El delito imprudente...*, págs. 101 y ss. KINDHÄUSER, U: "El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva" (Traducción a cargo de MAÑALICH RAFFO, J. P.), *Indret*

del problema de las conductas neutrales⁴⁴⁷. Son muchos los autores que se han esforzado en trazar los contornos de este concepto⁴⁴⁸ y diría que su definición todavía amerita seguir siendo objeto de discusión por la doctrina⁴⁴⁹. Sin afán de extenderme aquí sobre este asunto, por conocimiento especial podríamos entender, en líneas generales, aquel que sobrepasa lo esperado de la posición jurídica ocupada por el agente⁴⁵⁰. Y ese exceso tanto tendría que mostrarse en un sentido material, por no pertenecer a la posición jurídica del autor o bien por exceder en grado al exigido normalmente⁴⁵¹, como formal, al provenir de un rol social distinto al desempeñado por el agente⁴⁵².

Percatarse por casualidad de la comisión de un delito propiamente no debería tildarse como un conocimiento especial en el sentido estricto del término, ya no sólo porque dicho conocimiento guardaría relación estrecha con aquello en lo que el CO se ha comprometido sino también debido a que un conocimiento general adquirido en calidad de ciudadano tan siquiera cumpliría con la nota de especialidad formal, pues no queda del todo claro que la condición de ciudadano quepa concebirla como ejercicio de otro rol social⁴⁵³. Me parece, entonces, que frente a una información obtenida por casualidad el CO debería intervenir en línea con la norma de mandato que se le dirige so pena de

4/2008, págs. 1-35, págs. 21-24. GRECO, L: “Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum ‘Problem’ des Sonderwissens”, *ZStW*, Vol. 117, n° 3, 2005, págs. 519-554, págs. 519 y ss.

⁴⁴⁷ Vid. JAKOBS, G: *La imputación objetiva en derecho penal*, págs. 136 y ss. EL MISMO: “Beurteilungsperspektiven, insbesondere bei Erfolgsprognosen”. En BÖSE, M; SCHUMANN, K. H; TOEPEL, F., (dirs.): *FS für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2019, págs. 210-230, pág. 222. ROBLES PLANAS, R: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, págs. 69-71.

⁴⁴⁸ Con amplias referencias, vid. DÍAZ ARANA, A. F: “La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado”, *Cuadernos de Derecho Penal*, 2014, n° 11, págs. 113-165, págs. 116-117.

⁴⁴⁹ Cree que “seguramente es necesario seguir discutiendo acerca de lo que es un conocimiento especial y lo que no; aquello que debe ser tenido en cuenta para la situación y lo que es irrelevante a los efectos de la imputación del resultado” ROBLES PLANAS, R: “Conductas neutrales”, *Ponencia presentada en la 3.ª sesión del I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito, Universidad de Barcelona, 29-30 mayo 2015*, 2015, págs. 1-7, pág. 3. Enlace: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Robles-Conductas-neutrales-2-FICP.pdf>

⁴⁵⁰ En este sentido, ROBLES PLANAS, R: “Conductas neutrales”, págs. 3-4.

⁴⁵¹ A no ser, claro, que, no siendo dichos conocimientos superiores en grado inherentes a la posición jurídica, estos hayan sido considerados a la hora de designar al agente para ocupar el cargo en cuestión. A estos casos se les da el nombre de “conocimientos especiales materiales impropios”. Cfr. VACCHELLI, E: “En los límites del rol. Los conocimientos especiales del funcionario público”, *Indret* 4/2017, págs. 1-30, págs. 18-19.

⁴⁵² Entiende que el conocimiento especial tanto lo debe ser formal como materialmente DÍAZ ARANA, A. F: “La relevancia de los llamados conocimientos especiales...”, pág. 142.

⁴⁵³ Así, DÍAZ ARANA, A. F: “La relevancia de los llamados conocimientos especiales...”, págs. 116-117. VACCHELLI, E: “En los límites del rol...”, pág. 20.

incurrir en responsabilidad penal en comisión por omisión⁴⁵⁴. Naturalmente ese conocimiento azoroso, en sí mismo considerado, no permitiría fundamentar una posición de garante en el CO que le obligue a intervenir contra el ilícito penal de una forma más intensa que el resto de ciudadanos: lo subjetivo nunca configura lo objetivo⁴⁵⁵. Más bien, dicho conocimiento importaría con vistas a la posición de garante del CO previamente fundamentada. Como convincentemente recuerda ROBLES PLANAS, “para imputar responsabilidad por la organización no se trata de lo que el sujeto efectivamente sabía, sino de aquello que tenía que saber en la posición jurídica en la que obraba”⁴⁵⁶.

Distinto a lo anterior es que sea exigible que el CO investigue acerca de la comisión de delitos extramuros de su esfera de competencia, extremo éste al que personalmente creo que deberíamos responder en un sentido negativo. Ciertamente es que el CO debe hacer todo lo que esté en su mano para poder desentreñar la comisión de delitos en la empresa, sin embargo, dicha exigencia debe tomar como parámetro su posición jurídica. Satisfecho diligentemente el estándar de procurarse conocimientos definido para su posición jurídica y no habiéndose percatado, pese a ello, de la realización ajena de un ilícito penal, no hay nada que obligue al CO a tener que ir más allá⁴⁵⁷, como si de una suerte de detective privado se tratase. Lo contrario desembocaría en una indebida extensión del intensificado deber de detección de hechos antijurídicos que al CO le incumbe respetar, hasta el punto de convertirlo en permanente⁴⁵⁸, quedando su esfera de privacidad

⁴⁵⁴ Estiman relevantes aquellos conocimientos obtenidos por azar ROBLES PLANAS, R: “Conductas neutrales”, págs. 3-4. DÍAZ ARANA, A. F: “La relevancia de los llamados conocimientos especiales...”, pág. 139. VACCELLI, E: “En los límites del rol...”, págs. 20-21. En cambio, haciendo referencia a la posición de garante ocupada por el funcionario policial, excluye de la misma aquellos delitos constatados extramuros de su rol preventivo de servicio en tanto persona privada PAWLIK, M: “El funcionario policial como garante de impedir delitos” (Traducción a cargo de LERMAN, M; SANCINETTI, M. A.), *Indret* 1/2008, págs. 1-28, págs. 19-20.

⁴⁵⁵ En este sentido, a propósito de las críticas contra las teorías subjetivas sostenidas por un sector de la doctrina en el marco de la discusión sobre las conductas neutrales, ROBLES PLANAS, R: *La participación en el delito...*, pág. 71. Disiento, pues, con GRECO cuando afirma que “quien sabe más, puede más y este mayor conocimiento, y por consiguiente mayor libertad, conduce a una mayor responsabilidad”. Cfr. GRECO, L: “Das Subjektive an der objektiven Zurechnung...”, pág. 554.

⁴⁵⁶ ROBLES PLANAS, R: “Conductas neutrales”, págs. 2-3.

⁴⁵⁷ Expresa que el cumplimiento del estándar del deber de procurarse conocimientos libera al garante de responsabilidad aunque adquiriera el conocimiento de la infracción de la competencia del otro por una vía distinta a aquel estándar ROBLES PLANAS, R: “Principios de imputación en la empresa”, pág. 503.

⁴⁵⁸ En un sentido análogo, entiende que la ubicuidad de los riesgos a conjurar por parte de los agentes de policía de servicio torna inexigible, por excesivamente gravoso, un deber permanente de perseguir el hecho ilícito con base en cualquier conocimiento adquirido, razón por la cual, concluye que no todos los conocimientos pueden ser considerados ordinarios COCA VILA, I: “Tirar a matar en cumplimiento de un

peligrosa e intolerablemente recortada⁴⁵⁹. No se es CO a todas horas durante los 365 días del año.

(2) El deber de diagnóstico⁴⁶⁰ precedente al de indagación: el CO tiene que llevar a cabo un somero análisis de la denuncia confidencial o anónima cursada por medio de los canales de *whistleblowing*⁴⁶¹ o bien del comportamiento presuntamente irregular alertado *motu proprio* (por ejemplo, mediante el empleo de herramientas de *data analytics*) con tal de verificar si la información recabada realmente detenta un mínimo grado de verosimilitud y si, en su caso, pueden llegar a existir indicios de criminalidad mínimamente consistentes con tal de iniciar, a modo de paso subsiguiente, las oportunas investigaciones internas.

(3) El deber de indagación: verificados los hechos alertados y recabada una sospechosa mínimamente fundada acerca de su relevancia penal⁴⁶², el CO, tomando como pauta el protocolo corporativo previsto al efecto, debe iniciar las correspondientes pesquisas internas (monitoreo de los ordenadores corporativos, realización de entrevistas a

deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial”, *RECPC*, nº 19-24, 2018, págs. 1-41, pág. 13, nota a pie de página nº 38.

⁴⁵⁹ Pone especial énfasis en lo insoportable que resultaría para la esfera de privacidad del agente de policía la idea de que los conocimientos adquiridos fuera del ejercicio del cargo le vincularan siempre VACHELLI, E: “En los límites del rol...”, págs. 4-5.

⁴⁶⁰ Sobre el deber de diagnóstico del CO, vid. SCHROTT, T: *Unterlassungszurechnung bei drittvermittelten Rettungsgeschehen. Unter besonderer Berücksichtigung von Compliance-Systemen*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2014, págs. 301-303.

⁴⁶¹ En su día fue motivo de discusión cómo tenían que ser configuradas las líneas de *whistleblowing* en atención a la identificación del denunciante. Inicialmente el Informe nº 2007/0128 de la AEPD vino a establecer que éstas debían ser confidenciales. Ello supuso que el denunciante tuviese que ser obligatoriamente identificado a la hora de cursar su denuncia, quedando, a estos efectos, su identidad protegida, de tal forma que sólo el CO y, en su caso, el responsable del fichero y los operadores de su tratamiento, podían conocer sus datos personales, prohibiéndoseles revelarlos tanto durante el proceso de tramitación de la denuncia como con posterioridad a su terminación. Evidentemente la confidencialidad aportaba (y sigue aportando) una valiosa ventaja como es la prevención de un mal uso de los canales de *whistleblowing*, ofreciéndose una mayor credibilidad de las denuncias cursadas, toda vez que el denunciante es consciente y se ve expuesto a ser sancionado laboral (sanción disciplinaria) civil (responsabilidad civil por lesión del derecho al honor) o penalmente (comisión de un delito de injurias o de calumnias) cuando, con ánimo de venganza, de acosar moralmente, de causar un perjuicio laboral o profesional o bien de lesionar el honor de la persona denunciada o de un tercero, interpone una denuncia con manifiesto desprecio de la verdad o a sabiendas de su falsedad. En cualquier caso, a partir de la nueva LOPD del año 2018, las consideraciones de la AEPD han quedado finalmente desfasadas. Hoy por hoy, se permite que los canales de *whistleblowing* sean configurados también de forma anónima, esto es, sin necesidad de identificar a la persona que denuncia (artículo 24.1 LOPD).

⁴⁶² Ven necesario que se constate un mínimo grado de verosimilitud de la sospecha sobre la comisión de un ilícito para abrir una investigación interna NIETO MARTÍN, A: “Investigaciones internas”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 231-270, pág. 235. MONTIEL, J.P: “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL*, 1r Semestre, 2013, págs. 251-277, págs. 268-269.

empleados, revisión de documentación, emprendimiento de búsquedas de información por medio de tecnología forense, etc.) en aras de indagar en mayor profundidad aquellos hechos que han llegado a su conocimiento, contando, si es preciso, con el apoyo de expertos en la materia, dependiendo del mayor o menor grado de tecnicidad del ilícito⁴⁶³. Durante el curso de la investigación, es preciso que el CO, cuanto menos, respete los derechos de los trabajadores investigados⁴⁶⁴, asegure la debida protección del *whistleblower*⁴⁶⁵, si es que ha habido alguno, y documente, en todo momento, las actuaciones realizadas⁴⁶⁶.

(4) El deber de diagnóstico posterior al de indagación: concluida la investigación interna, el CO ha de llevar a cabo un examen exhaustivo y detallado de la presunta situación de incumplimiento con tal de colegir si el hecho es o no penalmente relevante, quedando sus observaciones y conclusiones normalmente documentadas en un informe final que recopila toda esta información de interés⁴⁶⁷.

⁴⁶³ Con todo, nada impide que la llevanza de la investigación interna sea encomendada a un agente distinto al CO. En Estados Unidos, de hecho, es frecuente que el abogado de la empresa asuma esta tarea con tal de que los resultados de la pesquisa (memoria de las entrevistas, relato de los hechos, etc.) consigan estar bajo la cobertura del privilegio abogado-cliente (*attorney-client privilege*) y el privilegio del producto de trabajo (*work product-privilege*). Mientras que el primero ampara las comunicaciones entabladas entre los miembros de la organización y el abogado de la corporación, el segundo hace lo propio con aquel material escrito recopilado con carácter antecedente a la celebración de un litigio. A este respecto, vid. COPELAND, K. B: “The Yates Memo: Looking for ‘Individual Accountability’ in All the Wrong Places”, *Iowa Law Review*, Vol. 102, 2015, págs. 1.897-1.927, 1.902 y ss.

⁴⁶⁴ Ello será decisivo para obtener un material probatorio jurídicamente válido de cara a acreditar la comisión del delito por la persona física. Sobre los límites de las investigaciones internas, vid. MONTIEL, J.P: “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, págs. 257 y ss. NIETO MARTÍN, A: “Investigaciones internas”, págs. 242 y ss. GÓMEZ MARTÍN, V: “*Compliance* y derecho de los trabajadores”. En MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ, MARTÍN, V., (dirs.): *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, págs. 421-458, págs. 429 y ss.

⁴⁶⁵ El ordenamiento jurídico español carece todavía de un sistema de protección integral del *whistleblower*. De momento sólo contamos con algunos preceptos legales pertenecientes a distintos ámbitos jurídicos (laboral, penal, etc.) que resultan fragmentarios e insuficientes. Ello contrasta con lo ocurrido en países como Estados Unidos. Allí la SOX prohíbe explícitamente en su sección 806 cualquier medida de represión contra aquellos trabajadores de una sociedad cotizada que hayan optado por denunciar las conductas fraudulentas de su corporación. E incluso, conforme a lo dispuesto por la *Dodd Frank Act*, se alienta mediante incentivos económicos el reporte de actividades de defraudación fiscal. Pese a todo, debe notarse que, a nivel comunitario, el Parlamento Europeo aprobó en abril de 2019 la Directiva de Protección del Denunciante en materia de corrupción que aspira a ser transpuesta en nuestro país en los meses venideros.

⁴⁶⁶ RAGUÉS I VALLÉS, R: “Los procedimientos internos de denuncia...”, pág. 190.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, pág. 191.

(5) El deber de reporte⁴⁶⁸: una vez el CO llega al convencimiento de que la conducta advertida es o resulta posible que sea típicamente trascendente, ha de ponerse en contacto, cuanto antes, con su superior, el órgano de administración⁴⁶⁹, guardando el debido registro del reporte cursado⁴⁷⁰. Es este último quien tendrá que adoptar la decisión de intervenir en consecuencia por medio de la reacción que considere más oportuna para así corregir con mayor cotas de éxito el curso de riesgo penalmente desaprobado, sin perjuicio de que el CO pueda emitirle consejos y recomendaciones. Si, frente al ilícito alertado, el órgano de administración acuerda imponer una sanción disciplinaria al empleado transgresor consistente, por ejemplo, en una amonestación por escrito, la inhabilitación para el ascenso a un puesto de trabajo superior, la suspensión de empleo y sueldo o, en el peor de los casos, el despido laboral, entonces, deberá coordinarse con el departamento de recursos humanos a fin de hacer efectiva su resolución, como es habitual en el entorno corporativo.

Vistas las cosas así, queda claro que no se trata de que el CO adquiriera su condición de garante simplemente por poseer, gracias a su cargo, una trascendente ventaja informativa y, como correlato, el poder para decidir si transmitir o no esa información de interés al órgano de administración, tal como lo creen algunos autores desde las bases del criterio del dominio sobre el fundamento del resultado en tanto directriz material de equivalencia entre la realización típica en comisión por omisión y la activa, en los términos asentados por SCHÜNEMANN⁴⁷¹. Concretamente este sector de

⁴⁶⁸ En Alemania algunos autores manejan la expresión deber de escalada (*Eskalationspflicht*) para referirse a este deber. Así, BÜRKLE, J: “Grenzen der strafrechtlichen Garantenstellung des Compliance-Officers”, pág. 9. SCHROTT, T: *Unterlassungszurechnung bei drittvermittelten Rettungsgeschehen...*, pág. 302. EIDAM, L: *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, págs. 216, 218.

⁴⁶⁹ De todos modos, puede que el CO ya se ponga en contacto con el órgano de administración en la previa fase de investigación con tal de informarle sobre las circunstancias alertadas y mantenerle constantemente actualizado.

⁴⁷⁰ Se trata, en palabras de DÓPICO GÓMEZ-ALLER, de una regla de oro. Cfr. DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, pág. 232.

⁴⁷¹ Sintetizadamente SCHÜNEMANN aduce que en los delitos de comisión activa lo que permite la imputación del resultado lesivo es su causación por un movimiento corporal ejercido por el sujeto. Y ese movimiento corporal no es puramente mecánico sino que surge fruto de la voluntad ejercida por el agente sobre su cuerpo. Es decir, lo esencial de la vinculación entre el ser humano y el movimiento corporal, en tanto causa inmediata del resultado lesivo, no sería otra cosa que el dominio real y absoluto de la persona sobre su propio cuerpo. A partir de este razonamiento SCHÜNEMANN extrae la directriz material que, a su juicio, sirve para equiparar la realización típica activa y la omisiva: el dominio sobre el fundamento o causa del resultado. En opinión del autor alemán, lo procedente es buscar, en primer lugar, la causa del resultado para luego comprobar si el autor cuenta con dominio sobre la misma. Particularmente en los delitos omisivos SCHÜNEMANN razona que el fundamento del resultado sobre el que el garante ejercería dominio cabría hallarlo o bien en el desamparo de la víctima (posición de garante de protección) o bien en una cosa o persona peligrosas (posición de garante de vigilancia). Cfr. SCHÜNEMANN, B: *Fundamento y*

pensamiento ve en las circunstancias descritas la disposición por el CO de una parte del dominio predicable en el órgano de dirección⁴⁷², idea ésta a todas luces inspirada nuevamente en la tesis defendida por SCHÜNEMANN en el marco de los criterios de atribución de responsabilidad penal en las estructuras de empresa relativa al dominio personal que los superiores jerárquicos detentan respecto los actos de sus empleados subordinados, en tanto causa o razón del resultado lesivo. Dominio personal que radicaría, a juicio del autor alemán, no sólo en la posesión de un poder legal de mando jurídicamente fundado, hecho efectivo mediante la emisión de instrucciones vinculantes que los subordinados obedecen, sino también en un superior fondo de información, manifestado en la tenencia de unos mayores conocimientos (por ejemplo, acerca de la toxicidad del vertido que mandan verter a un río cuando esta circunstancia es ignorada por el trabajador ejecutor)⁴⁷³.

Contra esta forma de ver las cosas, debe objetarse que ni el simple conocimiento de un ilícito penal ni, por derivación de lo anterior, la mera capacidad fáctica para influir en su evitación valen por sí mismos para fundamentar una posición de deber en un agente⁴⁷⁴.

límites de los delitos de omisión impropia, págs. 275 y ss. Se muestran críticos con este posicionamiento DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, págs. 388 y ss. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: *Los delitos de omisión...*, págs. 34-39.

⁴⁷² RÖNNAU y SCHNEIDER entienden que el CO, al igual que el encargado de protección de aguas (*Gewässerschutzbeauftragte*), posee, gracias a su cargo, de una relevante ventaja informativa. A su parecer, en la obtención y transmisión de información reconocibles en las imperantes estructuras corporativas descentralizadas subyace un significado decisivo: las informaciones dotan de un abanico de decisiones y, por lo tanto, de poder. Una de las tareas fundamentales del CO, prosiguen estos autores, es el acopio y la evaluación de la información que él decide en que medida transmitir al órgano de administración en virtud de su derecho de escalada, lo que supone, a su juicio, que éste acoja una parte del dominio que fundamenta los deberes de garantes identificables en el órgano de dirección. Cfr. RÖNNAU, T; SCHNEIDER, F: “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant...”, pág. 58. Comparten este pensamiento DANNECKER, G; DANNECKER, C: “Die “Verteilung“ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen...”, pág. 991. SCHROTT, T: *Unterlassungszurechnung bei drittmittelten Rettungsgeschehen...*, pág. 301. En relación con los encargados de protección de aguas, destaca que, junto a las competencias de mando e instrucción, concurren otros factores que dotan de dominio, a saber, las informaciones recopiladas y luego procesadas, esto es, el poder de la información BÖSE, M: “Die Garantenstellung des Betriebsbeauftragten”, pág. 640. En contra, se oponen a que una posición ventajosa en términos de tenencia de información pueda hacer valer un dominio tal como para fundamentar una responsabilidad como garante de vigilancia KONU, M: *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, págs. 110, 192-198. WARNEKE, N: “Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten”, pág. 316. Expresan que la previsión en el contrato del CO de un deber de reporte ante el órgano de administración no lo convierte en garante SCHNEIDER, H; GOTTSCHALDT, P: “Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit...”, págs. 574, 577.

⁴⁷³ SCHÜNEMANN, B: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, págs. 95 y ss. EL MISMO: “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal...”, págs. 539 y ss.

⁴⁷⁴ Disiento, por tanto, con SCHÜNEMANN en que el conocimiento deriva en poder, el poder en un deber de garantía y la falta de ejercicio de dominio adquiere el significado de vulnerar ese deber de garantía. Cfr. SCHÜNEMANN, B: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 98.

El simple poder nunca genera deber⁴⁷⁵. Cualquier empleado, por su cercanía a aquello que ocurre en el departamento en el que desempeña su labor, puede llegar también a obtener por simple casualidad una información sobre la comisión de un delito de la que el órgano de administración carece, situándose en una posición ventajosa en términos de conocimiento y, en consecuencia, de impedimento del ilícito penal, puesto que al saber más sobre lo sucedido que cualquier otro queda en sus manos el poder accionar la intervención de este último mediante el reporte adecuado. Pero no por ello estamos dispuestos a adscribir al empleado la condición de garante de la información. Llevado este planteamiento hasta las últimas consecuencias, la línea que separa la solidaridad y la garantía se difuminaría peligrosamente al permitirse deducir una norma que, bajo la amenaza de idénticas penas a las contempladas para el delito activo, requiera el impedimento de un hecho antijurídico cometido en una empresa incluso a aquellos ciudadanos desvinculados de su actividad comercial simplemente por haber tenido noticia del mismo por cualquier medio, extremo éste totalmente irrazonable.

Lo que explica que el CO haya de ser considerado un garante de la información no puede ser una mera cuestión fáctica como es la tenencia de una ventaja informativa y, por derivación, el poder que otorga la posesión de esa información tan privilegiada, a saber, la capacidad sobre si transmitirla o no a una instancia de control superior, con las consecuencias que acarrea una u otra alternativa. De lo contrario, corremos el riesgo de incurrir en una falacia naturalista, esto es, extraer una norma (en este caso, jurídica) de un mero hecho⁴⁷⁶. Bien mirado, el fundamento de la posición de garante de la información ocupada por el CO debe hallarse en algo distinto. A saber, la reestructuración de su esfera de organización de una forma tal como para expandirla y abarcar por la vía de la delegación libre y expresamente el inequívoco compromiso material de mantener al órgano de administración en constante conocimiento acerca de aquellos hechos penalmente relevantes que tengan lugar en el seno de la organización. Ello comporta que este último sujeto se despreocupe de obtener esa información por sí mismo o bien de contratar a otro profesional idóneo para ocuparse de semejante función, restando, por tanto, dicho segmento de responsabilidad bajo absoluto control

⁴⁷⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: *Los delitos de omisión...*, pág. 61. BEULKE, W: “Der “Compliance Officer” als Aufsichtsgarant?...”, pág. 32. HEINE, G: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, pág. 114. HSÜ, Y: *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung...*, págs. 242-243. ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 114.

⁴⁷⁶ Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, pág. 390.

del CO. No se trata, por tanto, del dominio en sí, esto es, de dominar algo, sino de la idea que yace detrás de ese dominio⁴⁷⁷.

Aclarado este punto, parece indiscutible que, a tenor del tipo de compromiso de garantía asumido, se antoja necesaria una actuación sincronizada entre el CO informador y el órgano de administración interviniente con tal de que este último consiga contener con éxito los comportamientos antijurídicos de terceros⁴⁷⁸. Así lo razona ROBLES PLANAS, para quien, aunque la delegación de los deberes de vigilancia y control tenga carácter parcial, ello no ha de hacer infravalorar la tarea del CO para el correcto desempeño de los deberes de vigilancia y control aún predicables del garante primario, puesto que “el responsable de cumplimiento dispone de la información relevante para el cumplimiento de aquella función, lo que le sitúa en una posición privilegiada en la empresa y condiciona la actuación del órgano directivo a que aquel delegado le haga llegar la información para tomar las decisiones y medidas organizativas oportunas”⁴⁷⁹.

Pese a que sea el órgano de administración quien haya de seguir conjurando la materialización de los cursos de riesgos emanados de la esfera corporativa, no es menos cierto que la satisfacción de su compromiso de control dependerá, en mayor o menor medida, de que el CO le haga llegar los avisos pertinentes en tiempo y forma⁴⁸⁰. El CO, dada su posición de deber, acogería el rol de ser los “ojos” del órgano de administración⁴⁸¹, mientras que este último haría suyo el papel de actuar como las “manos decisoras” en los asuntos que requieran de su intervención, de modo que el puzzle de garantía sólo podrá completarse si ambas piezas – la actualización respecto a los sucesos antijurídicos

⁴⁷⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A: *Los delitos de omisión...*, pág. 39.

⁴⁷⁸ Sobre la relación de dependencia que rige entre la competencia para tomar decisiones detentada por los puestos de dirección y la información poseída por los puestos inferiores cuya debida transmisión hace devenir operativa la primera, vid. HEINE, G: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen...*, pág. 46.

⁴⁷⁹ ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento...”, pág. 325. Comparte esta opinión ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 222. En un sentido análogo, alude a la ostentación por el CO sin competencias ejecutivas de una posición de garante complementario LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, págs. 62-63.

⁴⁸⁰ Acerca de la interrelación hilada entre el garante primario (órgano de administración) y el garante complementario (CO), vid. LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, págs. 65-66. Personalmente no creo que esta terminología – posición de garante primaria y posición de garante complementaria o secundaria – sea la más adecuada: ambos sujetos son garantes en el sentido estricto del término, lo que ocurre es que el contenido de su respectivo compromiso material de control no es coincidente, al ser uno más holgado que el otro.

⁴⁸¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, pág. 231.

acaecidos y su pronta evitación –, ahora separadas en sujetos distintos, consiguen encajar debidamente cuando toque⁴⁸².

Conforme a lo expuesto, no pasa desapercibido que la posición jurídica del CO sin competencias ejecutivas adquiere un especial significado en la compensación de los déficits de imputación surgidos en el órgano de administración por culpa del fenómeno de la fragmentación de la información imperante en las estructuras empresariales modernas. Después de todo, su función de adquisición, filtro y reporte de la información en cumplimiento normativo permite que el órgano de administración consiga estar actualizado permanentemente sobre aquellos asuntos de *compliance* que requieran de su debida atención, lo que solventa en buena medida la desincronización entre los presupuestos de imputación objetiva y subjetiva vista con anterioridad, si es que este último omite finalmente neutralizar el ilícito penal en cuestión.

Esto no quiere decir, sin embargo, que la puesta a disposición de la información al órgano de administración permite automatizar una imputación dolosa en su comportamiento si éste acaba por transgredir su compromiso de control⁴⁸³. La configuración del tipo subjetivo, hasta donde alcanzo, vendrá condicionada, en buena medida, por el contenido de la información que el CO le traslade. Habrá veces en que el CO alerte al órgano de administración sobre la comisión cierta de un delito en la empresa, mientras que, en otras ocasiones, la información reportada tal vez contenga meros indicios de criminalidad que, a lo sumo, permitan barajar una lejana y abstracta posibilidad acerca de una comisión delictiva en la organización, careciéndose, en fin, de una plena seguridad a este respecto.

⁴⁸² Ubican el “poder oculto” de los COs en su capacidad para o bien impulsar la intervención del órgano de administración a partir de la canalización del reporte de incumplimiento o bien alternativamente para mantenerlos cubiertos por el velo de la ignorancia GADINIS, S; MIAZAD, A: “The Hidden Power of Compliance”, *Minnesota Law Review*, Vol. 103, 2019, págs. 2.135-2.209, pág. 2.139.

⁴⁸³ En cambio, de forma algo más categórica, considera, en referencia al órgano de administración, que, recibiendo mayor información y teniendo un deber organizativo —aunque sea genérico— que le permite intervenir en el devenir empresarial, se excluye un alegato en su defensa respecto a su posible actuación imprudente MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance*...”, pág. 772.

c. El *compliance officer* con competencias ejecutivas como garante de supervisión de los cursos de riesgo lesivos

En el epígrafe precedente nos hemos ocupado de abordar qué clase de compromiso de garante acogería por la vía de la delegación aquel CO configurado de un modo estrictamente secundario, esto es, como figura de soporte del órgano de administración. Sin embargo, como sabemos, actualmente no existe óbice legal alguno en nuestro ordenamiento jurídico que impida articular al CO en un sentido más intenso. Es decir, otorgándole unas competencias ejecutivas de decisión y de mando o bien *ad intra*, limitadas, eso sí, a aquel grupo de sujetos que, en lo esencial, componen la segunda vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, o bien *ad extra*, cuya tenencia le permita bloquear por su propia cuenta o mediante órdenes vinculantes cursos de riesgo lesivos⁴⁸⁴.

Cuando esto ocurre la delegación de la vigilancia que el órgano de administración despliega sería, a diferencia de antes, mucho más completa. El CO dejaría de ubicarse en una segunda línea de defensa⁴⁸⁵ para aproximarse en buena medida a una primera con mayores responsabilidades⁴⁸⁶. Como correlato, su compromiso de garantía, además de acoger, en idéntica medida que el CO auxiliar, el control del riesgo de inoperatividad del CMS en la organización, asegurando su buena marcha, englobaría asimismo el control directo de los riesgos jurídico-penalmente relevantes de tipo personal surgidos en la esfera empresarial que sean susceptibles de generar responsabilidad penal en la persona jurídica⁴⁸⁷. Dicho de otro modo, por su posición jurídica, el CO con

⁴⁸⁴ Vid. Capítulo II. Apartado 5.1.

⁴⁸⁵ El *Institute of Internal Auditors* publicó en el año 2013 un documento guía titulado *The Three Lines of Defense in effective risk management and control*. Allí quedó plasmado el modelo de las tres líneas de defensas que define, cohesiona y coordina tanto los roles como deberes esenciales de cada uno de los órganos de la empresa con responsabilidades en la gestión de riesgos. La clasificación operada iría como sigue: las funciones propietarias y gestoras del riesgo ocupan la primera línea de defensa, las que supervisan los riesgos, la segunda, y, finalmente, las que proporcionan un aseguramiento global independiente, como Auditoría Interna, la tercera. Enlace: <https://na.theiia.org/standards-guidance/Public%20Documents/PP%20The%20Three%20Lines%20of%20Defense%20in%20Effective%20Risk%20Management%20and%20Control.pdf>

⁴⁸⁶ Richard Y. Roberts, ex *commissioner* de la SEC, ya abrió la puerta a la posibilidad de configurar al CO como una primera línea de defensa, anudándole a su posición de autoridad la facultad de sancionar a empleados infractores, en una ponencia titulada “The Role of Compliance Personnel” y pronunciada el 7 de abril de 1995. Enlace: <https://www.sec.gov/news/speech/speecharchive/1995/spch030.txt> Sitúa al CO con competencias ejecutivas en una primera línea de intervención BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 378.

⁴⁸⁷ Entiende que el CO con competencias ejecutivas posee un deber de garantía completo LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 66.

competencias ejecutivas, tras la investigación interna efectuada, estaría obligado a neutralizar por sí mismo aquellos cursos de riesgos interceptados en el ámbito corporativo, en vez de ceñirse, como el CO sin competencias ejecutivas, a comunicárselos al órgano de administración a fin de que sea éste quien se ocupe de corregir la situación de incumplimiento advertida. Evidentemente una tal forma de articulación supone que el espectro de responsabilidad de este profesional sea bastante más amplio en comparación con aquel detentado por el CO sin competencias ejecutivas⁴⁸⁸, toda vez que la fórmula compuesta por el deber de actualizarse acerca de los posibles delitos cometidos en la organización y el deber de evitar dichos hechos antijurídicos se hallaría concentrada en este mismo agente, en lugar de permanecer partida, como antes, en dos garantes distintos.

3.2.3. ¿Posición de garante en virtud de una competencia institucional? A propósito de la autorregulación regulada

Es bien conocido que la complejidad y opacidad de la amplia mayoría de estructuras empresariales modernas han entorpecido que el Estado controle inmediatamente la alineación de las conductas de sus integrantes con el Derecho y que prevenga que los riesgos imbricados en los procesos de negocio acaben por materializarse en lesiones de bienes jurídico-penales protegidos⁴⁸⁹. A esta seria dificultad de que el Estado conozca y pueda intervenir directamente sobre aquello que ocurre en las organizaciones empresariales ha contribuido, sin duda alguna, la existencia de sectores de actividad de amplia diversidad cada vez más encapsulados, dominados por particulares y caracterizados por su alto grado tanto de especialización como de tecnicidad⁴⁹⁰. Frente al panorama descrito, hay quien opina que el tradicional y monopolístico instrumento de regulación y control puramente estatal (*command and control regulation*) ha quedado

⁴⁸⁸ En este sentido, SANTO CARDOSO, R: “Responsabilidade penal do compliance officer...”, págs. 428-429.

⁴⁸⁹ Explica ORTIZ DE URBINA GIMENO: “El problema no está en que las personas jurídicas puedan llevar a cabo conductas ilegales a través de sus órganos y representantes, sino en que el sistema jurídico-penal no es capaz de llegar hasta las personas físicas que toman la decisión de llevarlas a cabo o las toleran. Si las personas jurídicas fueran translúcidas, esto es, si se dispusiera de información perfecta sobre lo que ocurre dentro de ellas, siempre se podría intentar prevenir los delitos cometidos en su seno mediante la motivación de las personas físicas que las dirigen o que en ellas trabajan”. Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Sanciones penales contra empresas en España...”, pág. 268.

⁴⁹⁰ DARNACULLETA I GARDELLA, M.M: *Derecho Administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 50-51.

finalmente desfasado⁴⁹¹, dando avance en el mundo corporativo hacia un proceso neoliberal de “adelgazamiento del Estado”⁴⁹² que buena parte de la doctrina ha visto reflejado en la cristalización del fenómeno de la autorregulación regulada⁴⁹³.

La autorregulación regulada, de acuerdo con su ideólogo, BRAITHWAITE, nace a caballo entre los retrasos, trámites burocráticos y costes derivados de una pesada regulación gubernativa y la ingenuidad de confiar en que las compañías se van a regular por sí mismas⁴⁹⁴. Según este modelo teórico-regulatorio, las empresas privadas, con tal de alcanzar ciertos fines públicos, son llamadas a colaborar en la elaboración de cuerpos normativos⁴⁹⁵, no obstante, el Estado se reserva ciertas funciones de control, revisión y sanción, en función de la subdivisión de esta mecánica que se adopte en lo tocante al grado de intensidad de la intervención estatal y el momento en el que ésta se manifiesta en el trámite regulatorio⁴⁹⁶. De ahí que el modelo de autorregulación regulada haya sido normalmente asociado con una suerte de “intervencionismo a distancia” en la consecución de los intereses generales del Estado⁴⁹⁷.

Semejante tendencia cooperativa Estado-empresa, tal como advierte MONTIEL, ha dado pie a una indebida asimilación del CO con los agentes de policía o judiciales⁴⁹⁸. Ello ha cargado a este rol exageradamente de responsabilidades por ampliar considerablemente la fuente de sus deberes de garante, puesto que, en palabras del autor argentino, “el

⁴⁹¹ Vid. SINCLAIR, D: “Self-Regulation versus Command and Control? Beyond False Dichotomies”, *LP*, Vol. 19, n° 4, 1997, págs. 529-559, pág. 530.

⁴⁹² Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, opág. 397. DARNACULLETA I GARDELLA, M.M: *Derecho Administrativo y autorregulación...*, págs. 55, 76.

⁴⁹³ Entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, pág. 237. BERMEJO PALERMO, M. G: “La observación del *criminal compliance...*”, págs. 78 y ss. GÓMEZ MARTÍN, V: “*Compliance* y derechos de los trabajadores”, pág. 423. NIETO MARTÍN, A: “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *PC*, Vol. 3, n° 5, 2008, págs. 1-18, págs. 4 y ss. FEIJOO SÁNCHEZ, B: “Autorregulación y Derecho Penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?” En ARROYO JIMÉNEZ, L; NIETO MARTÍN, A., (dirs.): *Autorregulación y sanciones*, Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2015, págs. 197-248, págs. 200-202.

⁴⁹⁴ BRAITHWAITE, J: “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Criminal Control”, *Michigan Law Review*, Vol. 80, 1982, págs. 1.466-1.507, pág. 1.470.

⁴⁹⁵ DARNACULLETA I GARDELLA, M.M: *Derecho Administrativo y autorregulación...*, págs. 83-84. COCA VILA, I: “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, pág. 51.

⁴⁹⁶ Vid. COCA VILA, I: “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, págs. 51-52.

⁴⁹⁷ DARNACULLETA I GARDELLA, M.M: *Derecho Administrativo y autorregulación...*, págs. 76, 83. NIETO MARTÍN, A: “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación...”, pág. 4. COCA VILA, I: “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, pág. 52.

⁴⁹⁸ Hay autores que comparan la labor investigadora de la empresa con la de los policías. Así, claramente, ARLEN, J. H: “Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, New York City University School of Law, Working Paper n° 17-12, 2017, págs. 1-18, pág. 9.

origen de las posiciones de garante estaría más ligado con su posición institucional en la empresa —en tanto institución reconocida por el Estado para prevenir la criminalidad— que con el modo en que el CO cumple efectivamente con sus tareas⁴⁹⁹. Es decir, siguiendo la clásica bipartición propuesta por JAKOBS, en lugar de fundamentar la posición de garante del CO en virtud de una competencia organizativa⁵⁰⁰ ello ocurriría con base en una competencia institucional⁵⁰¹.

De ser lo anterior cierto, su responsabilidad penal como semi-funcionario⁵⁰² emanaría del quebrantamiento de un deber de corte institucional procedente de su trascendente posición en la organización empresarial en tanto entidad colaboradora y, en consecuencia, extensión del brazo del Estado en su crucial cometido de prevenir la comisión de delitos como parte fundamental de su deber de protección ciudadana⁵⁰³. Conforme al pensamiento de JAKOBS, la infracción de dicho deber positivo-especial de corte institucional ya permitiría imputar al CO el resultado típico que ésta ha omitido evitar. Sin embargo, esta solución no parece atinada. Según la concepción restrictiva

⁴⁹⁹ MONTIEL, J. P.: “Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del *Compliance Officer*...”, pág. 2. En un sentido cercano, expresa que el Estado de garantía, del que forma parte la autorregulación regulada, cuadra perfectamente con la descentralización del control de riesgos y la configuración de una red de agentes privados que actúan como colaboradores (por tanto, como funcionarios en sentido amplio, ya forzados, ya voluntarios) de las Administraciones públicas SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, pág. 397.

⁵⁰⁰ Por competencia por organización ha de entenderse esencialmente el deber del agente de cuidar que de su propio ámbito de organización no emanen efectos externos dañinos para ámbitos de autonomía ajenos. Se trata, en fin, del clásico sinalagma ejercicio de la libertad-responsabilidad por las consecuencias (*neminem laedere*). Cfr. JAKOBS, G: “La competencia por organización en el delito omisivo” (Traducción a cargo de PEÑARANDA RAMOS, E). En JAKOBS, G: *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 347-463, págs. 348-362.

⁵⁰¹ Junto a los deberes relativos a una configuración inocua del ámbito de organización personal, el Catedrático emérito de la Universidad de Bonn atribuye a un grupo de sujetos con un específico *status* especial esta otra clase de deberes cuya pretensión no sería otra que la preservación y mejora de determinadas instituciones de básica importancia para la sociedad. Estos deberes, en opinión de JAKOBS, cabría reconocerlos en las relaciones paterno-filiales y sus respectivas relaciones sustitutivas (adopción y tutela), los receptores de una legítima confianza especial (personas que prestan auxilio, participantes en comunidades de peligro, etc.) o algunos cargos públicos (policías, médicos de prisiones, etc.). Cfr. JAKOBS, G: *Derecho penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, págs. 993-1.009, Nm. 57-77e.

⁵⁰² Según ROBLES PLANAS, los deberes institucionales (positivo-especiales) pueden llegar a trasladarse a los ciudadanos particulares y, entonces, ser concebidos como “deberes de colaboración”, convirtiendo al particular en cuestión en un casi-funcionario. Cfr. ROBLES PLANAS, R: “Deberes positivos y negativos en derecho penal”, pág. 16.

⁵⁰³ Este deber de protección ciudadana asumido por el Estado hallaría su fundamento filosófico-político, en opinión de una autorizada corriente doctrinal, en la teoría del contrato social y constituiría, en esencia, la contrapartida a la renuncia de los ciudadanos a la autotutela privada al momento de transitar del estado de naturaleza al estado civil, convirtiéndose así en titulares de un derecho a la seguridad. Vid. ASHWORTH, A: *Positive Obligations in Criminal Law*, págs. 38-39, 100-102. PAWLK, M: “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, págs. 12 y ss. COCA VILA, I: “Tirar a matar en cumplimiento de un deber...”, págs. 6 y ss.

adoptada en el presente trabajo, sólo las omisiones estructuralmente equivalentes a las comisiones activas pueden sustentar un juicio de reproche tal como para permitir una imputación jurídico-penal de estas características. Por eso, ante la ocupación de esta presunta posición de deber institucional del CO, la alternativa más ajustada a nuestro razonamiento sería la tipificación expresa e independiente de su comportamiento en forma de omisión pura de garante, esto es, una categoría intermedia situada, en términos de gravedad, a caballo entre la omisión pura y la comisión por omisión, asentada sobre la transgresión de deberes positivo-especiales (normalmente institucionales) superiores a aquellos positivo-generales fundamentados en razones de solidaridad mínima pero carente de una orientación material de equivalencia axiológica y estructural respecto la realización típica activa con tal de poder sustentar la infracción de un deber negativo representativo del clásico sinalagma ejercicio de la libertad-responsabilidad por las consecuencias (*neminem laedere*)⁵⁰⁴. Aparte, como al CO, en tanto semi-funcionario, le alcanzaría un deber distinto al que le incumbe al agente de policía⁵⁰⁵, su conducta no podría quedar abarcada por aquellos tipos delictivos ya previstos en el ordenamiento jurídico para el “obligado especial” (el funcionario público) ante el quebrantamiento de su posición de garantía institucional, siendo necesaria la introducción de un tipo penal distinto⁵⁰⁶.

Pues bien, una crítica de fondo que cabe dirigir al planteamiento reproducido radicaría precisamente en la noción de autorregulación regulada que, en realidad, poca cabida tendría en la forma de concebir en la *praxis* el cumplimiento normativo en España. Ni el sustantivo ni el adjetivo de una tal expresión gozan de reconocimiento en nuestro sistema:

⁵⁰⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión. Concepto y sistema...*, págs. 425 y ss. EL MISMO: “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión...”, págs. 154-155. EL MISMO: “Artículo 11”, págs. 466-470.

⁵⁰⁵ En relación con los funcionarios públicos, comenta VACCHELLI: “Desde este punto de vista, al fundamento de la posición de garante del funcionario público no subyace la estructura de la responsabilidad por organización, es decir, un deber negativo de no lesionar. En el marco de la responsabilidad institucional, el quebrantamiento del deber positivo especial acarrea responsabilidad penal solo cuando este se encuentre contemplado en el Código penal como una omisión pura de garante, sin descartarse que la infracción del deber positivo pueda, además, discurrir por vía disciplinaria o administrativa. Las omisiones puras de garante, como tales, no dan lugar a la imputación del resultado, del mismo modo que sucede con las omisiones puras de ciudadano”. Cfr. VACCHELLI, E: “En los límites del rol...”, pág. 9, nota a pie de página nº 18.

⁵⁰⁶ En general, ROBLES PLANAS, R: “Deberes positivos y negativos en derecho penal”, pág. 16.

En primer lugar, el cuerpo normativo interno (políticas de empresa, código de conducta, etc.) representa una mera plasmación de las normas jurídico-penales preexistentes en el ordenamiento jurídico. A las corporaciones no se les traslada la capacidad de introducir normas de conducta y de asegurar su cumplimiento con tal de suplir un déficit regulatorio público, sino que éstas se ciñen a extrapolar en su seno de manera comprensible aquellos comportamientos prohibidos ya contemplados en el ordenamiento jurídico⁵⁰⁷ — afianzan, por así decirlo, el mensaje normativo — y adoptan, al efecto, las medidas oportunas para reducir su riesgo de producción con tal de poder así actuar dentro de unos márgenes de tolerancia social.

Bien mirado, es el Estado el que fija el radio legal de juego dentro del cual las organizaciones pueden actuar, toda vez que sólo las normas jurídico-penales tramitadas y promulgadas por el pertinente canal legislativo están legitimadas para vehicular a sus destinatarios⁵⁰⁸. Sin embargo, se deja luego en manos de las empresas perfilar, en línea con sus características, los cauces para garantizar no traspasarlo. Aquello que se espera es básicamente su compromiso de actuar conforme a Derecho y de auto-organizarse en consecuencia según factores de naturaleza divergente (estructura, tamaño, actividad de negocio, etc.)⁵⁰⁹. Es decir, el Estado no delega a las corporaciones la *regulation* sino que las estimula por medio de una serie de incentivos político-criminales en clave de mitigación o incluso exoneración de su responsabilidad penal a fin de que garanticen el *enforcement* de las normas jurídico-penales, sin que ello suponga su retirada o una suerte de cesión de competencias⁵¹⁰. Todo lo contrario: el Estado sigue manteniendo una viva pretensión de perseguir y sancionar penalmente a aquellos agentes infractores que, buena parte de las veces, son difícilmente ubicables dentro del complejo ecosistema de la organización. Persecución y sanción cuyo fundamento, por cierto, encontraría

⁵⁰⁷ “Las empresas hacen de altavoz de las normas de conducta del Derecho Penal”, expresa metafóricamente PASTOR MUÑOZ, N: “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, *Indret* 4/2006, págs. 1-17, pág. 10. Cree que los programas de cumplimiento recuerdan simplemente la presencia del Código Penal QUINTERO OLIVARES, G: “La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: claroscuros de una novedad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 110, n° 4, 2011, págs. 977-999, pág. 995.

⁵⁰⁸ COCA VILA, I: “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, pág. 69.

⁵⁰⁹ Esta reflexión es perfectamente extrapolable a las personas físicas a quienes se les concede amplios espacios de libertad y de auto-organización en aras de satisfacer los deberes prescritos por la regulación jurídico-penal. De esta opinión, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Sanciones penales contra empresas en España...”, pág. 267. COCA VILA, I: “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, págs. 70-71.

⁵¹⁰ Se refieren al *compliance* en un sentido de aplicación de la ley (*law enforcement*) si bien desde una óptica delegativa Estado-empresa que aquí no se comparte MILLER, G. P: “The Compliance Function: An Overview”, pág. 982. ARMOUR, J; GARRETT, B; GORDON, J; MIN, G: “Board Compliance”, pág. 1.205.

acomodo en la transgresión de la norma penal, no en la violación de la normativa interna de la corporación, pues ésta, según se ha justificado, meramente refleja y acaba por reconducir a la primera.

Por otro lado, BRAITHWAITE abogó en su formulación originaria por un verdadero proceso de interrelación público-privada en las diferentes fases regulatorias (confección, aprobación, supervisión y actualización)⁵¹¹ que lo cierto es que carece actualmente de reflejo. Entre empresa y Estado no existe un diálogo real ni *ex ante* ni *ex post* acerca del diseño e implementación del CMS.

En una etapa inicial, el Estado deja sin aclarar las líneas maestras que se espera que sean seguidas por las organizaciones empresariales españolas en la confección de los CMS⁵¹². Más bien, se promueve y se permite que el marco a tomar como referencia sean el conjunto de normas técnicas diseñadas y aprobadas por organismos privados debidamente habilitados, tales como AENOR en España⁵¹³ (normas UNE 19601 y 19602) o ISO a nivel internacional (normas ISO 19600 y 37001)⁵¹⁴, sin mediar intervención pública de ningún tipo.

Tampoco en Italia el artículo 6.2 DLI 231, reproducido literalmente por el legislador español, arroja mucha luz sobre cómo elaborar un CMS mínimamente operativo. Sin embargo, con arreglo al artículo 6.3 DL 231, las corporaciones de este país están facultadas para elaborar sus modelos de organización y gestión conforme a los códigos de comportamiento publicados por organizaciones representativas empresariales. Lo relevante es que estas guías son diseñadas por dichas asociaciones de naturaleza privada, no obstante, pueden ser objeto de examen y comentarios en un plazo de treinta

⁵¹¹ Vid. BRAITHWAITE, J: “Enforced Self-Regulation...”, págs. 1.470-1.472, 1.483, 1.486, 1.503.

⁵¹² Me parece que difícilmente el somero contenido del artículo 31 bis. 5 CP podría concebirse como un modelo suficientemente claro y detallado a fin de tomarlo a modo de pauta de referencia. En el precepto mentado faltan por incluir algunos elementos puntales del CMS. Nada se dice, por ejemplo, acerca de la confección y publicación en la organización de un código de conducta, la impartición de cursos de formación a los empleados o la integración de herramientas de *third party compliance*. En este mismo sentido crítico, GOENA VIVES, B: *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, págs. 351 y ss.

⁵¹³ En nuestro país AENOR está reconocida como un organismo de normalización en virtud de la Disposición adicional primera del RD 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industria.

⁵¹⁴ Concluye que los teóricos del *compliance* suelen acudir a este tipo de normas técnicas debido a que el legislador tan sólo proyecta las líneas estructurales del sistema CARPIO BRIZ, D: “La olvidada relevancia de la seguridad privada en los sistemas de *compliance* penal”, *RDPP*, nº 52, 2018, págs. 125-139. pág. 131.

días por el Ministerio de Justicia junto con los Ministerios competentes, dándose pie, por tanto, a una mínima colaboración público-privada en su diseño. Valgan como ejemplo las *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. lgs. n. 231/2001* definidas por Cofindustria pero revisadas por el Ministerio de Justicia en distintos periodos⁵¹⁵.

En un plano distinto se ha empezado a mover recientemente Estados Unidos, dando pasos significativos a fin de superar las insuficientes previsiones contenidas en las USSG acerca de la medición de la operatividad de los CMS. En el mes de febrero de 2017 el DOJ publicó, en el marco de los denominados *Filip Factors* tenidos en cuenta por los fiscales a la hora de determinar si presentar cargos o bien negociar un NPA o DPA con una corporación vulneradora del Derecho, un documento guía dividido en un total de once secciones en el que quedaron plasmados en forma de preguntas modelo los ítems más relevantes de evaluación sobre la efectividad del CMS de una compañía⁵¹⁶. Su contenido fue actualizado y ampliado en abril de 2019⁵¹⁷. Pese a su corta extensión — el documento actual no supera las dieciocho páginas — su contenido amerita ser considerado al tratarse de un importante patrón de seguimiento para las corporaciones norteamericanas que deseen implementar un CMS realmente operativo⁵¹⁸. Aun así, sus solapamientos con las disposiciones de la norma ISO 19600 han empezado a plantear importantes interrogantes de cara a garantizar su debida sincronía⁵¹⁹.

Otro ejemplo digno de mención, en esta misma línea, es el de Perú. El 8 de enero de 2019 el Gobierno peruano publicó el Reglamento de desarrollo de la Ley n° 30.424

⁵¹⁵ No es, sin embargo, el único caso: tómesese como ejemplo la *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*.

⁵¹⁶ Lo mismo ha acontecido recientemente en Inglaterra. La *UK's Serious Fraud Office* publicó el 17 de enero de 2020 un documento guía a efectos de medir la eficacia del CMS implementado por la empresa.

⁵¹⁷ Su contenido fue actualizado y ampliado en abril de 2019. Enlace: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>

⁵¹⁸ Desde otro plano, ORTIZ DE URBINA GIMENO y CHIESA ponen de relieve las dificultades de los fiscales norteamericanos para discernir entre un CMS efectivo y otro que no lo es y creen que, aunque las directrices del DOJ suponen una mejora en este aspecto, su adecuado aprovechamiento sigue presuponiendo conocimientos que no son comunes entre los juristas, dado el carácter multidisciplinar del *compliance*. Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I; CHIESA, L: “Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en E.E.U.U.”. En GÓMEZ COLOMER, J. L., (dir.): *Tratado sobre Compliance Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 1.501-1.542, págs. 1.534 y ss.

⁵¹⁹ Vid. LUCIEN BÜHR, D: “Do DOJ Policy and ISO Compliance Standard Overlap and What are the Pros and Cons for applying the ISO Standard?”, *Compliance & Enforcement*, 2018. Enlace: https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2018/11/14/do-doj-policy-and-iso-compliance-standard-overlap-and-what-are-the-pros-and-cons-for-applying-the-iso-standard/

sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas⁵²⁰ cuyo objeto de regulación no fue otro que el establecimiento y precisión de los componentes, estándares y requisitos mínimos de los CMS implantados voluntariamente por las empresas del país. Sus disposiciones no resultan incompatibles con el empleo de cualquier otro instrumento internacional que pueda servir como guía sobre las buenas prácticas a seguir en esta materia siempre y cuando se asegure una adecuada implementación y eficacia del modelo en la corporación.

Por lo demás, en España, una vez elaborado un CMS por la empresa, tampoco la revisión de su idoneidad incumbe a agencias estatales. Al contrario, son entidades privadas suficientemente independientes acreditadas por una asociación de carácter también privado sin ánimo de lucro designada por el Gobierno, como es ENAC⁵²¹, las que asumen este cometido mediante la realización de procesos de auditoría y, si cabe, de certificación a los cuales se les reconoce cierto valor y efectos. Hasta donde alcanzo, ningún ordenamiento jurídico contempla, hoy por hoy, la posibilidad de someter el CMS adoptado por la empresa a un procedimiento de revisión pública con carácter previo al inicio de un proceso penal. Sólo en Perú se prevé esa posibilidad, si bien solamente una vez hay un caso abierto contra la persona jurídica. En efecto, allí, con arreglo a los artículos 46 y ss., del Reglamento de desarrollo de la Ley n° 30.424 sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, la evaluación de la idoneidad del CMS puede ser encomendada, previa petición del fiscal encargado de la investigación, a un organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas denominado Superintendencia del Mercado de Valores (homólogo de nuestra CNMV). Si el CMS es considerado efectivo, entonces, el fiscal ha de archivar las actuaciones (artículo 18 de la Ley n° 30.424), lo que da a pie a pensar si acaso la emisión de ese informe representa una suerte de requisito de procedibilidad, esto es, que sólo se puede proceder una vez la Superintendencia del Mercado de Valores declara que el CMS adoptado por la empresa investigada es ineficaz.

⁵²⁰ La legislación peruana fue objeto de reforma poco tiempo antes por el Decreto Legislativo n° 1352. Ofrece un elaborado análisis de esta reforma legal SILVA CARRILLO, K: “Una segunda llamada al derecho penal: el D. Leg. N° 1352”, *Actualidad Penal*, n° 55, 2019, págs. 67-83, *passim*.

⁵²¹ Es la única institución nacional facultada por el Gobierno español en virtud del Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre para acreditar a aquellas entidades encargadas de evaluar el grado de conformidad por las empresas de los estándares técnicos disponibles en la materia.

A la luz de todo lo expuesto, veo posible concluir que en nuestro país ni hay autorregulación ni mucho menos ésta está regulada. El Estado no cede parte de sus competencias de legislación y/o sanción sino que, manteniendo intacto su *status*, incentiva a las empresas para que ellas mismas establezcan, si así lo estiman oportuno, las medidas de prevención delictiva que consideren más pertinentes con miras a asegurar el cumplimiento del Derecho en su seno. Parece acertado extraer de esta mecánica un reconocimiento a las entidades de cierto grado de autonomía para auto-organizarse, sin embargo, es, al mismo tiempo, erróneo catalogarla como un fenómeno de institucionalización de las organizaciones empresariales, toda vez que, preservando su condición de entidades privadas, lo que se espera de ellas es evidente y reclamado por todos: perseguir sus objetivos de negocio pero siempre dentro de un marco de legalidad.

Para aquel CO que ejerce su cargo en una entidad privada cuesta verdaderamente extraer, entonces, una posición de garantía por competencia institucional⁵²². Y con mayor motivo aún si entendemos que el control de aquel abanico cerrado de cursos de riesgo que el CO asume inequívocamente representa un evidente signo de reconfiguración de su esfera de organización en aras de expandirla a fin de abarcar ese específico espectro de responsabilidad que originariamente le competía al órgano de administración en tanto máximo órgano de gestión social de la empresa, debiendo, por tanto, hacer frente a las consecuencias lesivas originadas a causa de un incorrecto ejercicio de la libertad que el Derecho le reconoce. No cabe duda, por tanto, de que la posición jurídica del CO estaría ligada, antes bien, con el criterio de la competencia por organización en los términos asentados por JAKOBS.

Resulta inadecuado, por lo visto, equiparar el *status* ocupado por el CO con la posición institucional del funcionario de policía⁵²³, sobre todo, a sabiendas de la inexistencia de

⁵²² Quizás otra clase de consideraciones ameritaría aquel CO que desarrolla su función en una entidad pública. Sobre la figura del CO público, vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “*Public compliance* y corrupción: análisis conceptual y propuestas”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, nº 2, 2016, págs. 1-11, págs. 1 y ss.

⁵²³ En contra de asimilar una y otra figura DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, pág. 229. MONTIEL, J. P.: “Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del *Compliance Officer*...”, pág. 2. PRITTWITZ, C.: “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*”, pág. 214. RÖNNAU, T; SCHNEIDER, F.: “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant”, pág. 57. MICHALKE, R.: “Neue Garantienpflichten? – oder: Haftung des Compliance Officers”, *Anwaltsblatt*, 2010, págs. 666-670, págs. 668-669.

un vínculo jurídico-especial con el Estado. Con quien realmente se obliga el CO es con la empresa en la que desarrolla su función, de modo que será ante esta última frente a la que deberá rendir cuentas por el trabajo desempeñado⁵²⁴. Regiría, en fin, una estricta relación entre particulares. A lo sumo, el único vínculo que uniría al CO con el Estado en su fundamental deber de protección ciudadanía sería aquel que le incumbe en tanto ciudadano, lo que se traduce en el cumplimiento de un deber de corte positivo-general. Consiguientemente, su grado de colaboración no podría ser superior a aquel requerido al resto de particulares⁵²⁵. Diría, de hecho, que cobra sentido que esto sea así, pues si el Estado, en lugar de imponer a la persona jurídica un auténtico deber jurídico de colaborar en la prevención y detección de ciertos fenómenos criminalmente relevantes, la alienta a partir de una serie de importantes incentivos político-criminales para que se auto-organice en una dirección de respeto por el Derecho, parecería en buena medida poco consistente pretender trasladar al CO, en cambio, un verdadero deber positivo jurídico-reforzado de cooperación. Después de todo, ¿por qué iba el Estado a estar legitimado para demandar más al CO que a la propia corporación en la que se desenvuelve como principal responsable del CMS adoptado?

3.3. Excurso: *gatekeepers* y *compliance officers*

3.3.1. Concepto de *gatekeeper*

¿Por qué motivo no fue detectada a tiempo la debacle financiera de Enron o Worldcom en Estados Unidos o de Parmalat en Europa? ¿Quiénes fueron los culpables de que durante años el mercado desconociese los fraudes y tácticas de manipulación contable que tuvieron lugar en estas empresas? COFFEE desvela el misterio en su extenso y elaborado trabajo de investigación⁵²⁶: todo se produjo como consecuencia del fracaso de los *gatekeepers*. La pregunta que nos asalta a continuación parece de obligada formulación. Pero, ¿qué es exactamente un *gatekeeper*? Lo cierto es que este término,

⁵²⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Posición de garante del *compliance officer*...”, pág. 357.

⁵²⁵ Vid., en especial, Capítulo IV. Apartado 5.1.

⁵²⁶ Algunos de sus escritos más importantes sobre esta materia son COFFEE, J. C: *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, *passim*. EL MISMO: Understanding Enron: "It's About the Gatekeepers, Stupid!", *The Business Lawyer*, Vol. 57, 2001-2002, págs. 1.403-1.420, *passim*. EL MISMO: “Gatekeeper Failure and Reform”, *Boston University Law Review*, Vol. 84, 2004, págs. 301-364, *passim*.

introducido por primera vez por GILSON y KRAAKMAN⁵²⁷ y manejado primordialmente, aunque no en exclusiva, en el sector de los mercados financieros⁵²⁸, tal como lo advierte HENNING, no ha recabado una definición uniforme⁵²⁹. Sin embargo, siguiendo a COFFEE, a una tal expresión se le han tendido a anudar un par acepciones⁵³⁰, siendo la nota común de ambas la independencia del rol desempeñado⁵³¹.

Tradicionalmente han solido categorizarse como *gatekeepers* aquellos profesionales de características no completamente coincidentes⁵³² que por el cargo que ocupan están en condiciones de prevenir la comisión de ilícitos penales en la empresa a través de la denegación de un bien, una certificación o un servicio necesario para que determinadas operaciones y transacciones jurídicas surjan efecto⁵³³. Cada *gatekeeper* se compromete a custodiar su respectiva “puerta”, de entrada cerrada, debiendo asegurar no abrirla a conductas contrarias a Derecho⁵³⁴, lo que se traduce en la imposición de un deber negativo basado en omitir prestar su cooperación cuando haya razones para pensar que va a ser aprovechada por los sujetos que dependen de ella para delinquir. Propiamente el cometido esencial de los *gatekeepers* no guardaría relación, entonces, con la evitación de la comisión de ilícitos penales. Más bien, por cargo, les compete ofrecer otra clase de prestaciones, de modo que la obstaculización de hechos antijurídicos por medio de la expresión de su negativa a conceder un determinado servicio o prestación, en

⁵²⁷ GILSON, R. J; KRAAKMAN, R. H: “The Mechanisms of Market Efficiency”, *Virginia Law Review*, Vol. 70, n° 4, 1984, págs. 549-644, págs. 613-621.

⁵²⁸ La SEC, de hecho, ha empleado regularmente en sus publicaciones el término *gatekeeper*. Véanse las amplias referencias contenidas en COFFEE, J. C: “The Attorney as Gatekeeper: an Agenda for the SEC”, *Columbia Law Review*, Vol. 103, 2003, págs. 1.293-1.316, pág. 1.296, nota a pie de página n° 7.

⁵²⁹ HENNING, P. J: “The New Corporate Gatekeeper”, *Wayne Law Review*, Vol. 62, n° 1, 2016, págs. 29-52, págs. 29-30, nota a pie de página n° 1.

⁵³⁰ COFFEE, J. C: *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, pág. 2.

⁵³¹ Entre otros, COFFEE, J. C: *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, pág. 2. TUCH, A: “Multiple Gatekeepers”, *Virginia Law Review*, Vol. 96, 2010, págs. 1.583-1.672, pág. 1.622. Distingue, no obstante, entre *gatekeepers* dependientes e independientes LABY, A. B: “Differentiating Gatekeepers”, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Vol. 1, n° 1, 2006, págs. 119-163, págs. 120, 124-134.

⁵³² SILVA SÁNCHEZ, J. M: “La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos”, *Estudios de Derecho Judicial*, Vol. 73, 2005, págs. 167-203, pág. 181. En este mismo sentido, expresa que los *gatekeepers* guardan disimilitudes entre sí en aspectos relativos a su posición respecto a la empresa (externo o interno) o a la tarea misma que les corresponde ejercer LABY, A. B: “Differentiating Gatekeepers”, pág. 120.

⁵³³ COFFEE acoge la definición aportada por el fundamental escrito de KRAAKMAN, R. H: “Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy”, *Journal of Law, Economics & Organizations*, Vol. 2, n° 1, 1986, págs. 53-104, pág. 54. También comparten esta fuente común de inspiración en sus respectivos trabajos, entre otros, HAMDANI, A: “Gatekeeper Liability”, *Southern California Law Review*, Vol. 77, 2003, págs. 53-122, pág. 58. HUI KIM, S: “Gatekeepers Inside Out”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 21, 2008, págs. 411-463, pág. 413.

⁵³⁴ Así, ROBLES PLANAS, R: “Deberes positivos y negativos en derecho penal”, pág. 15.

consonancia con la norma de prohibición que se les dirige, respondería a un cuestión incidental debido a la clase de función desempeñada. Con lo descrito en mente, cabría encajar en la categoría señalada profesionales tales como los notarios⁵³⁵ u otros sujetos obligados (empleados de una entidad bancaria, por ejemplo) en el marco de la prevención del blanqueo de capitales o, aunque no sin controversias de por medio, los abogados de empresa⁵³⁶. E incluso otras tantas profesiones situadas fuera del estricto marco jurídico como la de los farmacéuticos⁵³⁷.

Paralelamente COFFEE engloba en la noción de *gatekeeper*, a modo de segunda acepción, a aquel círculo de agentes que intervienen en el mercado a modo de intermediarios reputacionales⁵³⁸ mediante el ofrecimiento de servicios de verificación y certificación de la información transmitida por la empresa⁵³⁹ con el objeto de evitar la formación del llamado “mercado de cacharros”⁵⁴⁰. Ejemplos de esta clase de *gatekeepers* son las auditoras independientes, las agencias de *rating*, los analistas financieros o incluso las entidades encargadas de certificar el grado de satisfacción por

⁵³⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La intervención de notarios...”, págs. 181-190.

⁵³⁶ COFFEE hace hincapié en la reticencia histórica de las *bar associations* norteamericanas a considerar su profesión como *gatekeeper*. Cfr. COFFEE, J. C.: “The Attorney as Gatekeeper...”, pág. 1298. También, TUCH, A.: “Multiple Gatekeepers”, pág. 1.584. Cabe matizar que el rol de *gatekeeper* en los abogados de empresa ha solido ser asociado principalmente a su rol de *wise advisor* o de *transaction engineer* pero no, en cambio, al de *litigator*, puesto que con este último perfil concurriría una patente dependencia respecto al cliente y se produciría un evidente conflicto de intereses en caso de cargarle con un tal cometido “guardián”. Vid. COFFEE, J. C.: *Gatekeepers. The professions and Corporate Governance*, págs. 347-352. EL MISMO: “The Attorney as Gatekeeper...”, págs. 1.302-1.310. En contra, LABY pone en duda que los abogados de empresa, ya no sólo en calidad de litigantes sino asesores, deban ocupar semejante posición. Cfr. LABY, A. B.: “Differentiating Gatekeepers”, págs. 121, 128-132, 142-143, 160. En España, niega en términos generales que los abogados, especialmente los de empresa, puedan ser considerados *gatekeepers* COCA VILA, I.: “La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos”. En SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.): *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, págs. 287-318, pág. 300.

⁵³⁷ Vid. KRAAKMAN, R. H.: “Gatekeepers: The Anatomy...”, pág. 54.

⁵³⁸ Se suele pensar que, en teoría, un *gatekeeper* racional no arriesgará o sacrificará deliberadamente el capital reputacional que tanto le ha costado acumular por un solo cliente, puesto que los beneficios que obtendrá del mismo serán proporcionalmente inferiores a la pérdida de reputación que conllevará el descubrimiento de su complicidad en el ilícito. COFFEE justifica por qué esta premisa esconde una falsedad. La experiencia práctica demuestra que, en ocasiones, los *gatekeepers* no siempre protegerán su capital reputacional, y ello, por tres razones que el autor desarrolla extensamente: el ambiente competitivo, los conflictos de interés y el mercado por el capital reputacional. Ante semejante coyuntura, COFFEE ofrece una batería de soluciones con el objeto de fomentar que los *gatekeepers* ejerzan correctamente su función, como, por ejemplo, exponerlos a una mayor grado de amenaza a ser juzgados ante los tribunales o redefinir su relación principal-agente. Cfr. COFFEE, J. C.: *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, págs. 317-361.

⁵³⁹ COFFEE, J. C.: *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, págs. 2-3. Asimismo, TUCH, A.: “Multiple Gatekeepers”, págs. 1.594-1.595. HAMDANI, A.: “Gatekeeper Liability”, pág. 58.

⁵⁴⁰ Esta noción la introdujo el Premio Nobel de Economía AKERLOF, G. A.: “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, nº 3, 1970, págs. 488-500, *passim*.

la empresa de las disposiciones contenidas en aquellas normas técnicas (ISO y UNE) contempladas para el campo del cumplimiento normativo u otros distintos (gestión medioambiental, por ejemplo). De todos modos, por su particular *status*, alguna de las figuras señaladas también encontraría perfecto encaje en la vertiente clásica de la noción de *gatekeeper* previamente examinada. Por ejemplo, las auditoras independientes están en condiciones asimismo de negarse a emitir un informe favorable si se percatan de que las cuentas aportadas por aquella corporación que desea salir a Bolsa no reflejan la imagen fiel de la empresa. Esto demuestra que una y otra acepción no son incompatibles entre sí sino que, en ocasiones, pueden llegar a confluir armónicamente.

3.3.2. ¿Ocupa el *compliance officer* una posición de *gatekeeper*?

A primera vista, las funciones que suelen arrogarse al CO no parecerían acomodarse a la definición nuclear de *gatekeeper*⁵⁴¹, a no ser que en su abanico de deberes se halle el de revisar ciertas transacciones de la empresa, condicionando su ejecución al ofrecimiento de su “visto bueno” por ser conformes a la legalidad⁵⁴². De ser ese el caso, a imagen y semejanza del resto de *gatekeepers*, el CO debería comprobar que todo aquello que pasa por su filtro y aprueba es conforme a Derecho o, siguiendo con la metáfora, que no “abre la puerta” a acciones potencialmente lesivas para intereses ajenos. El CO asumiría, entonces, un papel de *naysayer*⁵⁴³, debiendo negarse a ofrecer su autorización o a emitir un informe favorable a aquellas operativas etiquetadas como contrarias a Derecho.

Sea como fuere, llama la atención que, desde hace ya algunos años, la SEC parece haber empezado a utilizar la expresión *gatekeeper* de una forma mucho más hipertrófica a la que en origen se pretendía. En efecto, la ex presidenta de la SEC, Mary Jo White, resaltó en una conferencia impartida el 23 de junio de 2014 y titulada *A Few Things Directors Should Know About the SEC* que este organismo protector de los mercados

⁵⁴¹ Me estoy refiriendo a la acepción tradicional que es la que para nuestros propósitos más nos interesa.

⁵⁴² Ponen de relieve, desde la óptica de Estados Unidos, que la legislación rara vez exige que los expertos en *compliance* hayan de aprobar una transacción GADINIS, S; MIAZAD, A: “The Hidden Power of Compliance”, pág. 2.155.

⁵⁴³ MARTIN, S. L: “Compliance Officers...”, pág. 181. TALUKDAR, A. S: “The Voice of Reason: The Corporate Compliance Officer and the Regulated Corporate Environment”, *UC David Business Law Journal*, Vol. 6, 2005, págs. 45-77, págs. 71-72.

estadounidenses usualmente emplea el concepto *gatekeeper* para referirse a auditores, abogados u otros sujetos cuyas obligaciones profesionales incluyen las de detectar y prevenir ilícitos⁵⁴⁴. Asumiendo como válida esta definición, Jo White remarcó en su ponencia que inclusive los administradores de las compañías, por el importante rol que desempeñan en la supervisión de la adhesión al Derecho por parte de su organización, ocupan una fundamental posición de *gatekeeper* en la que confían los inversores y la propia SEC. Fue en este orden de cosas donde hizo hincapié en la responsabilidad crítica de los órganos rectores en cristalizar un correcto *tone at the top* así como en infundir una consolidada cultura de cumplimiento en la empresa⁵⁴⁵.

Semejante forma de ver las cosas parece haberse extendido particularmente a la figura del CO en el ámbito académico⁵⁴⁶ y también ha sido motivo de deliberación en el ordenamiento jurídico norteamericano, cuanto menos, en el caso de Judy K. Wolf, CO de la empresa de servicios financieros Wells Fargo:

Mrs. Wolf asumió la responsabilidad de identificar todas aquellas transacciones sospechosas llevadas a cabo por el personal de Wells Frago o por sus clientes con tal de analizar si estaban o no sustentadas en informaciones privilegiadas (*insider trading*). En el año 2010 Mrs. Wolf confeccionó un documento en el que dejó plasmada su evaluación acerca de una determinada transacción de bolsa operada en Wells Fargo en la que estuvo involucrada la franquicia de comida rápida Burger King. Mrs. Wolf optó por cerrarlo con el sello de “*no findings*”. Dos años más tarde, justo en el momento en el que la SEC acusó al bróker de esa operación por emplear información privilegiada, Mrs. Wolf alteró el antecitado documento con tal de ocultar la falta de exhaustividad y corrección en el desempeño de su trabajo. Esta circunstancia, sumada a la constatación de una carencia de implantación de los controles adecuados para prevenir semejantes conductas ilícitas,

⁵⁴⁴ En idéntico sentido al reproducido se posicionó Kara M. Stein, *commissioner* de la SEC, en una intervención realizada el 19 de mayo de 2014. Enlace: <https://www.sec.gov/news/speech/2104-spch051914kms>

⁵⁴⁵ <https://www.sec.gov/news/speech/2014-spch062314mjw>

⁵⁴⁶ Califican como *gatekeepers* al personal de *compliance* LASCURAÍN, J. A: “La responsabilidad individual en los delitos de empresa”, pág. 120. ROOT, V: “Coordinating Compliance Incentives”, págs. 1.033-1.034. En un sentido aún más holgado, define a los *gatekeepers* como aquellas “personas que dentro de la empresa no tienen más función que controlar, supervisar o vigilar que no se infrinjan las reglas internas de la empresa establecidas para el cumplimiento de las normas jurídicas” FEIJOO SÁNCHEZ, B: “Autorregulación y Derecho Penal de la empresa...”, pág. 244.

constituyeron base suficiente para que el 15 de octubre de 2014 la SEC interpusiese contra Mrs. Wolf una *enforcement action*⁵⁴⁷.

No obstante, el juez administrativo Cameron Elliot, pese a reconocer la deliberada acción de complicidad emprendida por Mrs. Wolf en la violación analizada, rechazó en un pronunciamiento de 5 de agosto de 2015 la acción interpuesta por la SEC⁵⁴⁸. Sin entrar en el fondo del pronunciamiento referido, interesa solamente resaltar que fue justo en el marco de dicho pronunciamiento donde el juez administrativo Cameron Elliot aclaró que aunque los 61.000 dólares de salario de Wolf no eran representativos de un empleado de alto nivel, en la práctica, ésta ejerció una función clave en el terreno del cumplimiento normativo, al ostentar la responsabilidad exclusiva de llevar a cabo exámenes sobre el uso de información privilegiada, con la discrecionalidad de si elevar o no dichas evaluaciones. Por esa razón, Wells Fargo confiaba en que Wolf ejerciera como *gatekeeper* en aras de detectar operaciones en las que se había empleado información privilegiada, lo que representaba un rol crucial en el departamento de cumplimiento.

Da la impresión, conforme lo examinado, que la era del cumplimiento normativo ha impactado de un modo claramente expansivo en la forma de trazar los contornos definitorios de las profesiones de *gatekeepers*. A partir de aquí, podemos, como estimo oportuno, criticar la laxitud con la que ahora se maneja la noción de *gatekeeper* en aras de preservar el sentido original del término y evitar así confusiones innecesarias. Si lo anterior no convence, nos veríamos abocados a admitir que, en la actualidad, el concepto de *gatekeeper* amerita ser revisado a fin de incorporar otra acepción más pensada para aquellos profesionales a los que, en razón de su *status* de garante, les incumbe destinar, en línea con la norma de mandato a atender, significativos esfuerzos en la neutralización de ilícitos penales por medio de prestaciones positivas de índole diversa cuyo quebrantamiento conllevaría, en esencia, la lesión de un deber negativo⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ *In the Matter of Judy K. Wolf Investment Advisers Act of 1940 Release n° 3947 (October 15, 2014)*.
Enlace: <https://www.sec.gov/litigation/admin/2014/34-73350.pdf>

⁵⁴⁸ *In the Matter of Judy K. Wolf SEC Administrative Proceeding File No. 3-16195 (August 5, 2015)*.
Enlace: <https://www.sec.gov/alj/aljdec/2015/id851ce.pdf>

⁵⁴⁹ Es importante notar, aun así, la disonancia entre la posición jurídica que ocupan los *gatekeepers* y los garantes. Sobre ello, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La intervención de notarios...”, págs. 182 y ss.

4. Autoría y participación por omisión

4.1. Breve aproximación al fundamento del castigo del partícipe

Pocos temas han dado tanto que hablar en la dogmática penal como el del fundamento del castigo del partícipe. Esta discusión, en esencia, pretende dilucidar por qué motivo ha de extenderse la tipicidad penal también a los comportamientos de los partícipes si es que sólo los autores son los que pueden responder penalmente por la realización de los tipos penales de la Parte Especial, tal como lo predica el concepto restrictivo de autor asumido como válido en nuestro país. Las siguientes líneas pretenden recorrer con un mero ánimo de aproximación, las principales teorías que se han manejado en esta materia.

4.1.1. Las teorías de la corrupción

Abandonadas prácticamente por la doctrina contemporánea, las teorías inspiradas en la idea de corrupción, que encontraron su máximo acomodo en la denominada teoría de la culpabilidad ajena, situaban el fundamento de la punición del partícipe en la corrupción que éste desplegaba en el comportamiento del autor. A su parecer, el partícipe tenía que ser castigado por haber sido quien sedujo al autor a convertirse en un criminal, asumiendo de base su condición de ciudadano cumplidor del Derecho^{550 551}.

Este pensamiento carece, hoy por hoy, de respaldo. En primer lugar, porque, si bien, en principio, parecería casar, de algún modo, con la figura del inductor, deja, en cualquier caso, sin aclarar por qué motivo el cómplice y el cooperador necesario merecerían ser objeto de un pena⁵⁵². Resulta harto complicado a la par que sorprendente pretender hacer creer que acciones típicas tales como entregar al autor un arma para cometer un homicidio o proporcionarle una información técnica sumamente útil para la ejecución

⁵⁵⁰ Vid. RUIZ ANTÓN, L. F: “El fundamento material de la pena en la participación”, *CPC*, nº 11, 1980, págs. 47-66, págs. 50-51.

⁵⁵¹ A la teoría de la culpabilidad ajena le siguió otra, la teoría de la desintegración social propuesta por TRECHSEL, que intentó dar un nuevo impulso a las vetustas teorías de corrupción. En el presente apartado pretendo ceñirme a examinar la formulación originaria de las teorías de la corrupción y no todas y cada una de sus variantes. Para un elaborado análisis crítico de la teoría de la desintegración social, vid. RUIZ ANTÓN, L. F: “El fundamento material de la pena en la participación”, págs. 51-52, 57.

⁵⁵² LÓPEZ PEREGRÍN, M. C: *La complicidad en el delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 124.

de su hecho penal sean idóneas como para corromperlo en el sentido señalado, toda vez que, en el momento en que semejante comportamiento auxiliar se despliega, seguramente quepa entender que la persona que asume el papel central en el suceso típico ya ha resuelto cometer el injusto penal. Es decir, que se trata de un *omnimodo facturus*.

La referencia a la culpabilidad del autor, además, rompe flagrantemente con las bases del principio de accesoriad limitada de la participación⁵⁵³. Asumiendo este punto de vista, nos veríamos abocados a aceptar una accesoriad máxima que impediría la participación delictiva en injustos penales ajenos cometidos por sujetos inimputables (un menor de edad o un enfermo mental, por ejemplo), al exigir como presupuesto necesario para poder punir al partícipe la culpabilidad del autor principal. Esta solución evidentemente resulta del todo insatisfactoria, pues la culpabilidad, como se sabe, es un elemento de carácter puramente personal y no tanto del hecho en sí⁵⁵⁴.

A modo de apunte final, debe apostillarse que, como la teoría examinada fundamenta el castigo del partícipe en la afectación corrompedora que su comportamiento infractor despliega en la culpabilidad del autor, no queda del todo claro cuál es el vínculo que ancla al partícipe con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en sí, en tanto eje en torno al cual el Derecho Penal debe pivotar⁵⁵⁵.

4.1.2. Las teorías sobre la contribución a la lesión del bien jurídico

Las teorías de la contribución a la lesión del bien jurídico, como sugiere su propia nomenclatura, sitúan el fundamento del castigo del partícipe en su intervención en el menoscabo del bien jurídico. A partir de aquí, las opiniones de los autores que se enmarcan en este sector de pensamiento transitan por sendas distintas. Los hay quienes dotan al injusto del partícipe de una plena autonomía en defensa de la llamada teoría pura de la causación, razón por la cual, niegan, con carácter general, su naturaleza accesoria respecto al hecho del autor. Otros, en el lado opuesto, consideran, de la mano

⁵⁵³ LÓPEZ PEREGRÍN, M. C: *La complicidad en el delito*, págs. 116, 122. RUIZ ANTÓN, L. F: “El fundamento material de la pena en la participación”, págs. 56-57.

⁵⁵⁴ MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 411, Nm. 31. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 10, 2008, págs. 13-61, pág. 41.

⁵⁵⁵ LÓPEZ PEREGRÍN, M. C: *La complicidad en el delito*, pág. 117.

de la denominada teoría del favorecimiento, que el injusto del partícipe deriva del hecho antijurídico realizado por el autor, entendido como la figura central del suceso típico, de modo que el principio de accesoriedad pasaría a ocupar, en su opinión, un primer plano. A caballo entre una y otra postura, algunos autores, como ROXIN y su teoría del ataque accesorio al bien jurídico, adoptan una postura ecléctica, pues, admitiendo la naturaleza secundaria de la participación, le conceden, con todo, ciertos elementos de autonomía⁵⁵⁶.

Personalmente creo que si queremos seguir respetando los postulados del consagrado principio de autorresponsabilidad, necesariamente debe entenderse que el partícipe no puede ser castigado por el hecho antijurídico de otro sino que ha de responder indefectiblemente por su propio injusto personal⁵⁵⁷ consistente en el favorecimiento de la lesión del bien jurídico. Siendo esto así, y entendiendo que autor, conforme al concepto restrictivo de autor mayoritariamente admitido en España⁵⁵⁸, solamente podría ser aquel que reúna los presupuestos para poder encajar su conducta directamente en los tipos penales de la Parte Especial⁵⁵⁹, concebidos, con carácter general, como tipos de autoría⁵⁶⁰ y articulados, además, en un sentido neutro, sin distinguir entre clases de autoría⁵⁶¹, lo correcto sería subsumir el comportamiento del partícipe en un tipo penal distinto surgido como corolario de la puesta en relación del tipo de la Parte Especial con

⁵⁵⁶ Con amplias referencias y ofreciendo un análisis exhaustivo de cada uno de estos posicionamientos, vid. RUIZ ANTÓN, L. F: “El fundamento material de la pena en la participación”, págs. 52 y ss.

⁵⁵⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, pág. 42. PEÑARANDA RAMOS, E: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, B de f, Buenos Aires, 2ª ed., 2015, pág. 463.

⁵⁵⁸ Entre otros, MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, págs. 381-382, Nm. 17-18. GIMBERNAT ORDEIG, E: *Autor y cómplice en el derecho penal*, B de f, Argentina-Montevideo, 2ª ed., 2006, pág. 215. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: *La autoría en el derecho penal*, PPU, Barcelona 1991, pág. 251. LUZÓN PEÑA, D.M; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica del hecho como criterios de autoría”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 8, 1998-1999, págs. 53-88, pág. 57. ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002, págs. 307-308. FERNÁNDEZ BAUTISTA, S: *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 45.

⁵⁵⁹ MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 381, Nm. 18. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: *La autoría en el derecho penal*, págs. 407-408. BOLEA BARDON, C: *Autoría mediata en derecho penal*, págs. 50-51. FERNÁNDEZ BAUTISTA, S: *El administrador de hecho y de derecho...*, pág. 70.

⁵⁶⁰ Se dice, no sin razón, que la autoría se desprende directamente de los tipos penales de la Parte Especial. De esta opinión, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: *La autoría en el derecho penal*, págs. 708 y ss. PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pág. 107. Por su lado, expresa que los tipos de la Parte Especial son tipos de autoría salvo que se indique expresamente lo contrario SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 107.

⁵⁶¹ Si bien omite hacer referencia a la coautoría, explicita que la mayoría de tipos penales de la Parte Especial son neutros pues ni tipifican la autoría inmediata ni la mediata BOLEA BARDON, C: *Autoría mediata en derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 151.

las respectivas reglas generales de incriminación de la participación (artículos 28 a) y b) CP)⁵⁶². Es lo que se conoce como tipos de participación⁵⁶³.

El artículo 28.1º CP detentaría, con arreglo a lo expuesto, un mero valor declarativo, al reconocer expresamente que el hecho delictivo no sólo cabe realizarlo por uno mismo (autoría directa) sino también en conjunción con otro/s (coautoría) o por medio de alguien que es empleado como instrumento (autoría mediata)⁵⁶⁴. Por su parte, los preceptos de la Parte General relativos a la participación delictiva (artículos 28.2º y 29 CP) representarían cláusulas de extensión de la tipicidad y, como correlato, también de la pena, pues sin su presencia estos comportamientos quedarían impunes⁵⁶⁵, de modo que hay razones para pensar que dichas cláusulas desempeñarían una función constitutiva⁵⁶⁶.

Sin perjuicio de lo expuesto, no puede obviarse que, aunque el injusto del partícipe sea autónomo, en puridad, no lo es completamente, al depender jurídicamente de algunas características del hecho principal para poder ser castigado. Y eso porque el partícipe, debido a la naturaleza auxiliar de su comportamiento, no lesiona un bien jurídico propio sino el mismo que menoscaba el autor, si bien de forma mediata⁵⁶⁷, esto es, favoreciendo su lesión mediante una aportación real y efectiva⁵⁶⁸ que cabe concretar en

⁵⁶² RUIZ ANTÓN, L. F: “El fundamento material de la pena en la participación”, pág. 64. PÉREZ ALONSO, E. J: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998, pág. 331. OLMEDO CARDENETE, M. D: *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999, págs. 310-311.

⁵⁶³ RUIZ ANTÓN, L. F: “El fundamento material de la pena en la participación”, pág. 64. FEIJOO SÁNCHEZ, B: *Límites de la participación criminal. ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en Derecho Penal?*, Comares, Granada, 1999, págs. 2-3.

⁵⁶⁴ ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, pág. 312. PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente...*, págs. 105-106.

⁵⁶⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: *La autoría en el derecho penal*, págs. 407-408. FERNÁNDEZ BAUTISTA, S: *El administrador de hecho y de derecho...*, pág. 71.

⁵⁶⁶ PÉREZ ALONSO, E. J: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998, pág. 331.

⁵⁶⁷ RUIZ ANTÓN, L. F: “El fundamento material de la pena en la participación”, pág. 64. PÉREZ ALONSO, E. J: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, pág. 330. OLMEDO CARDENETE, M. D: *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 311. FEIJOO SÁNCHEZ, B: *Límites de la participación criminal...*, pág. 3. BOLEA BARDON, C: *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 63.

⁵⁶⁸ RUIZ ANTÓN, L. F: “El fundamento material de la pena en la participación”, pág. 64. SCHÜNEMANN, B: “§ 27 StGB”. En LAUFHÜTTE, H. W; RISSING-VAN SAAN, R; TIEDEMANN, T., (dirs.): *Strafgesetzbuch. Vol. 1. Leipziger Kommentar*, De Gruyter, Berlin, 12ª ed., 2017, págs. 2.027-2.063, pág. 2.031, Nm. 5.

distintas clases de manifestaciones: posibilitar, facilitar, intensificar o asegurar el resultado típico⁵⁶⁹.

A esa dependencia jurídica responde el denominado principio de accesoriedad limitada aceptado por la doctrina jurídico-penal mayoritaria⁵⁷⁰. En palabras de MIR PUIG, el principio de accesoriedad limitada significa que “la participación es accesoria respecto del hecho del autor, pero también, por otra parte, que depende de éste hasta cierto punto”⁵⁷¹. Particularmente este principio acoge dos clases de proyecciones: una cualitativa y otra cuantitativa⁵⁷². La primera reclama que el injusto del autor principal satisfaga determinados presupuestos para poder castigar al partícipe. Para la fórmula de la accesoriedad limitada, ello se traduce en que el hecho principal haya de ser típico y antijurídico. Por esa razón, no sería posible que el partícipe sea objeto de una pena cuando, por ejemplo, el autor actúe bajo el amparo de una causa de justificación (exclusión de la antijuridicidad) o dentro del ámbito del riesgo permitido (exclusión de la tipicidad). La segunda vertiente del principio de accesoriedad tiene que ver con la fase del *iter criminis* en la que ha de hallarse el delito del autor. Sobre ello, la opinión predominante cree que para castigar al partícipe, cuanto menos, el autor ha de haber iniciado la ejecución del delito, esto es, la fase de tentativa.

Sintetizando las ideas esbozadas, está en lo cierto aquel sector de pensamiento que cree que el comportamiento típico de participación contiene tanto notas de autonomía como de dependencia⁵⁷³. No representa una contradicción en los términos entender que el partícipe responde por su propio injusto penal pero, por la naturaleza específica de su conducta, esto es, una eminentemente auxiliar por su modalidad de ataque mediato al bien jurídico, tiene que aceptarse asimismo su dependencia jurídica respecto de quien es

⁵⁶⁹ SCHÜNEMANN, B: “§ 27 StGB”, pág. 2.030, Nm. 2. SCHILD, W: “§ 27 StGB”. En KINDHÄUSER, U; NEUMANN, U; PAEFFGEN, H.U., (dirs.): *Strafgesetzbuch. Vol. 1*, Nomos Kommentar, Baden-Baden, 5ª ed., 2017, págs. 1.269-1.279, pág. 1273, Nm. 9.

⁵⁷⁰ Véanse los argumentos en defensa del principio de accesoriedad limitada esgrimidos por MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 412, Nm. 36. En cambio, cree más apropiado acoger el principio de accesoriedad mínima limitado a la parte objetiva del injusto penal ROBLES PLANAS, R: *La participación en el delito...*, págs. 220 y ss.

⁵⁷¹ MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 412, Nm. 34.

⁵⁷² PEÑARANDA RAMOS, E: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pág. 451.

⁵⁷³ De esta opinión, entre otros, MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, págs. 409 y ss., Nm. 26 y ss. OLMEDO CARDENETE, M. D: *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 309. RUIZ ANTÓN, L. F: “El fundamento material de la pena en la participación”, págs. 61 y ss. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, pág. 42. SCHILD, W: “§ 27 StGB”, pág. 1.271, Nm. 4. Se muestra especialmente crítico con este pensamiento ROBLES PLANAS, R: *La participación en el delito...*, págs. 132-133.

el actor principal del suceso típico con tal de preservar el contenido del principio de accesoriadad limitada acogido en nuestro sistema.

4.2. Exposición general y análisis crítico de las principales propuestas de delimitación entre la autoría y la participación por omisión

La búsqueda de un método válido para trazar una frontera entre autores y partícipes en los delitos omisivos, como advierte ROBLES PLANAS, ha sido uno de los puntos más controvertidos de la Parte General del Derecho Penal⁵⁷⁴. En Alemania esta discusión aterrizó con la sentencia del BGH de 17 de mayo de 1966 – 5 StR 163/33 recaída en el célebre caso de la posadera⁵⁷⁵. Mientras, en España, no fue hasta la STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1624) cuando la jurisprudencia penal expuso los requisitos tanto objetivos como subjetivos sobre la participación omisiva⁵⁷⁶, marcando, a partir de entonces, un criterio en torno a esta materia, que, en absoluto, se ha mantenido estático fruto de la evolución jurisprudencial experimentada a lo largo de los años⁵⁷⁷. Hasta el momento, son abundantes los planteamientos que han intentado ofrecer un parámetro satisfactorio en aras de distinguir los títulos de intervención criminal en el marco de los tipos omisivos. En lo que sigue, vamos a profundizar en las principales propuestas de delimitación ofrecidas por la academia con tal de analizar su corrección y aportar nuestro propio punto de vista.

4.2.1. La teoría de los delitos de infracción de deber

Para los partidarios de la teoría de los delitos de infracción de deber no es posible distinguir entre autores y partícipes en el plano de la omisión, dado que lo decisivo para fundamentar una responsabilidad en comisión por omisión sería la infracción de un deber jurídico-especial de garantía. Por ello, a esta teoría no le queda otra que acoger un concepto unitario o indiferenciado de omitente, dado que, a su entender, todo aquel que

⁵⁷⁴ Vid. ROBLES PLANAS, R: *Garantes y cómplices*, págs. 49 y ss.

⁵⁷⁵ La citan KRÜGER, M: “Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten Überlegungen aus Anlass des Urteils zum Compliance Officer”, *ZIS*, Vol. 1, 2011, págs. 1-8, pág. 3. HOFFMAN-HOLLAND, K: “Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen”, *ZgS*, Vol. 118, n° 3, 2006, págs. 620-638, pág. 620.

⁵⁷⁶ La mencionan ROBLES PLANAS, R: *Garantes y cómplices*, pág. 37. DEMETRIO CRESPO, E: *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, pág. 173.

⁵⁷⁷ En detalle, vid. ROBLES PLANAS, R: *Garantes y cómplices*, págs. 37-49.

incumple el referido deber especial extrapenal responde en calidad de autor omisivo⁵⁷⁸. ROXIN es uno de sus máximos exponentes⁵⁷⁹, aunque personalmente haya llegado a admitir, bajo determinados presupuestos, la participación omisiva⁵⁸⁰.

Contra tales postulados, debe ponerse en tela de juicio primeramente su punto de partida, esto es, la suficiencia de la transgresión de un deber especial extrapenal para fundamentar una responsabilidad en comisión por omisión. Esta forma de razonamiento contrasta con la tesis de corte restrictivo aquí defendida. Por razones de legalidad y proporcionalidad, la infracción de un deber especial extrapenal constituye un requisito necesario pero no suficiente a efectos de imputar a un agente por vía omisiva la producción de un concreto resultado lesivo, como si él mismo lo hubiese provocado activamente. Adicionalmente deviene necesario constatar que la omisión equivale en el plano normativo al hacer positivo tanto a nivel axiológico como estructural. Equivalencia que personalmente defino a partir del criterio de la asunción y quebrantamiento sucesivo del compromiso de control asumido expresa e inequívocamente por el garante de actuar a modo de barrera de contención de un determinado curso de riesgo lesivo⁵⁸¹.

Una segunda crítica que cabría dirigirle a la concepción unitaria sostenida por la teoría de los delitos de infracción de deber guarda relación con su contraposición frontal con el concepto restrictivo de autor que rige en opinión unánime en España, conforme al cual, en el plano de los títulos de intervención delictiva debemos distinguir entre aquellos que han de responder como autores de aquellos otros que han de ser responder como partícipes. Si semejante escisión es aceptada sin problemas en el ámbito de la comisión activa, no se entiende qué impediría extrapolarla asimismo al terreno de la comisión omisiva⁵⁸². Y máxime si entre la realización típica omisiva y la activa debe concurrir necesariamente una plena equivalencia tanto axiológica como estructural en el plano normativo. De admitirse como válida la visión unitaria abonada por la teoría de

⁵⁷⁸ Con amplias referencias, vid. KRÜGER, M: "Beteiligung durch Unterlassen...", pág. 2.

⁵⁷⁹ Vid. ROXIN, C: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, págs. 441-457.

⁵⁸⁰ Vid. *Ibidem*, págs. 457-469.

⁵⁸¹ Vid. Capítulo III. Apartado 2.

⁵⁸² De esta opinión, ROBLES PLANAS, R: *La participación en el delito...*, pág. 300. MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, pág. 319. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: "Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...", pág. 220, nota a pie de página nº 14. En Alemania, vid. JAKOBS, G: *Derecho penal. Parte General...*, pág. 1.023, Nm. 101. KRÜGER, M: "Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten...", pág. 2.

los delitos de infracción de deber nos veríamos abocados a sancionar igual aquellos comportamientos omisivos equivalentes a una realización típica activa a título de autor y aquellos otros equivalentes a una realización típica activa en calidad de partícipe, extremo éste, a todas luces, insatisfactorio por razones, cuanto menos, de proporcionalidad. Es conveniente y perfectamente posible, como justificaremos más adelante, distinguir en los delitos omisivos entre intervenciones delictivas principales (autoría) y accesorias (participación).

4.2.2. La teoría del dominio del hecho

Al igual que la teoría de los delitos de infracción de deber, la del dominio del hecho atribuye en abstracto un título de responsabilidad penal específico a determinadas omisiones típicas, si bien contrario al defendido por la concepción anterior. Según este sector de pensamiento, cuando entre el garante y la producción del resultado típico media un tercero autorresponsable con dominio sobre el acontecer típico – el que decide el si y el cómo del suceder de las cosas – la conducta contraria a deber del omitente sólo podría ser castigada en grado de participación omisiva, toda vez que su dominio potencial sobre el hecho se vería desplazado a favor del dominio real del autor material⁵⁸³. Desde esta óptica, la articulación de una responsabilidad en autoría omisiva sólo podría llegar a producirse o bien cuando el autor material se halle desprovisto de un dominio en torno al suceso típico o bien en caso de que éste deje de controlarlo y, por ende, el control pase a manos del garante, siempre y cuando el impedimento del resultado lesivo dependa exclusivamente de su intervención⁵⁸⁴.

Pues bien, dejando de lado el manejo por esta teoría de una concepción naturalística de dominio menos preferible a la de un dominio normativo sobre el curso de riesgo, veo inapropiado presumir que aquel garante con deberes de vigilancia y control que omite impedir el resultado típico producido por un tercero autorresponsable, a lo sumo, puede ser sancionado penalmente como partícipe omisivo⁵⁸⁵. Valga recordar que, en virtud del

⁵⁸³ Por todos, vid. ROBLES PLANAS, R: *Garantes y cómplices*, pág. 50, nota a pie de página n° 42.

⁵⁸⁴ Vid. ROBLES PLANAS, R: *Garantes y cómplices*, pág. 50.

⁵⁸⁵ De otra opinión, expresa que “si el agresor es un sujeto autorresponsable, la calificación de la conducta omisiva debe ser de participación, en la medida en que el omitente no ostenta la configuración relevante del injusto del hecho, sino tan sólo de un fragmento del mismo” ROBLES PLANAS, R: “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito...”, pág. 20. Asimismo cree que el garante omitente respecto al hecho antijurídico cometido materialmente por un sujeto autorresponsable debe ser castigado como cooperador

principio de autorresponsabilidad, al garante no le son atribuibles actos penalmente trascendentes ajenos⁵⁸⁶. Por mucho de que su injusto penal guarde cierto grado de accesoriidad con el del autor activo, al ser preciso para castigarlo que el hecho típico de este último haya alcanzado una determinada fase del *iter criminis*⁵⁸⁷, éste sigue siendo plenamente autónomo y divergente⁵⁸⁸. Lo que el Derecho Penal le reprocha consiste fundamentalmente en haber omitido mantener bajo control un determinado curso de riesgo surgido dentro de su ámbito de organización en contra del compromiso de control previamente asumido. En la medida en que la materialización de ese curso lesivo deba ser impedido directa e inmediatamente por el garante con arreglo a su compromiso material, las razones para castigarlo como autor omisivo, a mi juicio, se intensifican, importando más bien poco si ello ha sido producto de la conducta de un tercero autorresponsable o bien de un hecho accidental⁵⁸⁹. Por ello entiendo que en el marco de las estructuras de empresa complejas es perfectamente admisible punir al administrador social de una determinada compañía que deje de impedir aquellos delitos cometidos por sus subordinados a título de autor en comisión por omisión siempre y cuando el hecho penal en cuestión forme parte de aquel círculo de riesgos penalmente desaprobados que tenía que haber neutralizado⁵⁹⁰.

necesario omisivo porque la pertenencia del hecho le corresponde al sometido a vigilancia MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 338, Nm. 74. Optan también por la solución de la participación omisiva MOSENHEUER, A: *Unterlassen und Beteiligung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2009, págs. 194-196. GOTTSCHALDT, P: “Offene Grundsatzfragen...”, págs. 575-576.

⁵⁸⁶ Vid. Capítulo III. Apartado 3.1.3.

⁵⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración. Una observación desde la cultura del *compliance*”. En RAGUÉS I VALLÉS, R; ROBLES PLANAS, R., (dirs.): *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, Barcelona, 2018, págs. 43-57, págs. 46-47.

⁵⁸⁸ En palabras de FEIJOO SÁNCHEZ “no existe ninguna duda de que el garante responde por lo que él ha hecho y no por lo que ha hecho un tercero, responde por su injusto y no por un injusto ajeno”. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B: *Límites de la participación criminal...*, pág. 99. En esta línea, expresa SILVA SÁNCHEZ: “El omitente, en realidad, no interviene en el hecho delictivo comisivo, sino que realiza el suyo propio, domina su propio hecho”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aspectos de la comisión por omisión...”, pág. 389. También, escribe GIMBERNAT ORDEIG desde su propia concepción de la comisión omisiva: “en aquellos supuestos en los que un sujeto causa imprudentemente, o, incluso, fortuitamente (ejemplo: si el farmacéutico vende una medicina en mal estado, cuya ingestión provoca lesiones, no es él, sino los responsables del laboratorio a quienes le incumbe el control de la calidad de la medicina envasada) un resultado, y otras personas distintas están encargadas de que el foco de peligro no rebase el riesgo permitido y desemboque en una lesión típica, quien actúa podrá responder de un delito imprudente de acción (o, de nada, si actúa fortuitamente porque no le correspondía el control del foco de peligro), y los que permiten que el foco (no sometido a las medidas de precaución de cuya aplicación son responsables) despliegue sus efectos causales, de un delito imprudente en comisión por omisión. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E: “Causalidad, omisión e imprudencia”, pág. 22.

⁵⁸⁹ En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B: *Límites de la participación criminal...*, pág. 98.

⁵⁹⁰ A favor de la solución de la autoría en la medida en que el administrador tenga una posición de garantía por tratarse de un riesgo propio de la actividad productiva de su empresa o por ser el afectado un bien que se había confiado a la misma LASCURAÍN, J. A: “La responsabilidad individual en los delitos de

4.2.3. La teoría diferenciadora en función de la clase de posición de garante encarnada

Otro sector doctrinal, con apoyo en la bipartita teoría de las funciones propuesta por KAUFMANN, casa el título de intervención delictiva con el contenido de la posición de garante ocupada. El garante de protección respondería siempre como autor omisivo por haber omitido conjurar las lesiones infligidas al bien jurídico afectado. Mientras, al garante de control sólo se le castigaría a título de partícipe por omisión en caso de no mantener controlados ciertos cursos de riesgo anudados a su ámbito de responsabilidad⁵⁹¹.

Una autorizada corriente de pensamiento rehúsa este método de delimitación precisamente por la plena intercambiabilidad de ambas posiciones de garante⁵⁹². Podría pensarse que quien asume la protección de un bien jurídico debe, a su vez, vigilar todos los cursos de riesgos capaces de lesionarlo. Y, viceversa, quien se obliga a controlar una fuente de peligro tiene asimismo que asegurar la indemnidad de todos aquellos bienes jurídicos susceptibles de verse afectados. Por ello, fundamentar el título de intervención en este criterio dual pecaría de inconsistencia.

Semejante forma de ver las cosas tiene una parte de razón. Hay veces en las que no queda del todo claro qué clase de posición encarna el sujeto⁵⁹³ e incluso otras en las que la misma puede desplegar al mismo tiempo un carácter dual de protección y de

empresa”, págs. 109, 127. Expresa que “si el vigilante ha retenido la competencia jurídica de control directo del riesgo que ha de conducir al resultado, entonces su omisión de vigilancia y – en su caso – de corrección directa o mediata (mediante órdenes) de la situación de riesgo detectada (evitando así de modo directo o mediato el resultado) puede dar lugar a una autoría en comisión por omisión” SILVA SÁNCHEZ, J. M: “La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración...”, págs. 43-57, pág. 47.

⁵⁹¹ Con abundantes referencias bibliográficas, vid. ROBLES PLANAS, R: *Garantes y cómplices*, págs. 51-52, nota a pie de página nº 44. HOFFMAN-HOLLAND, K: “Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff...”, pág. 627, nota a pie de página nº 28.

⁵⁹² ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento...”, pág. 327. BERMEJO, M. G; PALERMO, O: “La intervención delictiva del *compliance officer*”, págs. 193-194. Ponen de relieve la plasticidad de las posición de garante de control y la de protección PAWLIK, M: “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, pág. 6. GAEDE, K: “§ 13 StGB”, pág. 674, Nm. 32. BOSCH, N: “§ 13 StGB”, pág. 210, Nm. 12-13. Opina que, si bien las posiciones de garante pueden ser diferenciadas en lo tocante a su alcance, el contenido de los deberes que emanan de las mismas no cabe distinguirlos SOWADA, C: “Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt”, *Jura*, nº 8, 1986, págs. 399-410, pág. 407.

⁵⁹³ Advierten que la distinción entre garantes de vigilancia y de protección no está del todo clara HOFFMAN-HOLLAND, K: “Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff...”, pág. 628. SATZGER, H: “Beteiligung und Unterlassung”, *JA*, Vol. 37, nº 10, 2015, págs. 1.055-1.064, pág. 1.062

vigilancia. El caso paradigmático es el de los reclusos: los funcionarios penitenciarios deben procurar su debida atención médico-sanitario y asegurar su integral protección frente a posibles lesiones, pero, a su vez, también tienen que evitar que estos lastimen a otros presos, funcionarios y terceros ajenos a la institución penitenciaria (visitantes, por ejemplo)⁵⁹⁴. Como se ve, los reclusos no sólo constituyen un bien jurídico merecedor de protección cuya indemnidad depende de la adecuada intervención del funcionario, dadas sus menguadas posibilidades de autoprotección, sino también, a su vez, una fuente de peligro a controlar con tal de evitar la irrogación de daños a terceros.

Aun así, en ocasiones, operar con un tal criterio de intercambiabilidad puede originar el riesgo a un ensanche y una indefinición de los contornos de la responsabilidad totalmente inadecuados por atentar contra la necesaria concreción que ha de caracterizar un *status* de tales características. Por ejemplo, seguramente cabría decir que quien tiene que vigilar al dóberman peligroso que yace en el jardín de su finca debe también proteger a toda persona que pasee por los alrededores y pueda llegar a ser víctima de sus ataques. Mediante esta forma de proceder, los contornos de la responsabilidad personal se ensanchan en demasía. Frente a una coyuntura tan difusa, no parece sensato hacer depender el título de intervención omisiva de semejante clasificación bipartita.

Conforme lo expuesto, parece que lo determinante para definir si una conducta es de autoría o de participación omisiva no es tanto la clase de posición de garante ocupada, que en el fondo sólo nos sirve para identificar en qué situaciones alguien puede ser garante⁵⁹⁵, como, bien mirado, el grado de vinculación jurídica entre el garante omitente y un específico curso de riesgo. Por expresarlo con las palabras a las que recurre SILVA SÁNCHEZ: “La idea de las tendencias diferenciadoras según posiciones de garantía es que, en los casos de control de una fuente de peligro, el omitente queda en un segundo plano. Pero eso, por la necesidad de establecer la equivalencia en el tipo de la Parte Especial, no es correcto. Tal omitente quedaría en un segundo plano si el alcance de su compromiso fuera evitar una contribución al hecho principal: un hecho de participación. Pero parece claro que el omitente también en los casos de control de la fuente de peligro asume el riesgo principal como propio”⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aspectos de la comisión por omisión...”, pág. 369.

⁵⁹⁵ Vid. Capítulo III. Apartado 2.

⁵⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aspectos de la comisión por omisión...”, pág. 389, nota a pie de página n° 99.

4.3. Toma de postura acerca de la delimitación entre la autoría y la participación por omisión

4.3.1. El criterio de la equivalencia axiológica y estructural como clave de bóveda en la delimitación de la autoría y la participación omisivas

Constatado que ninguna de las propuestas doctrinales examinadas nos aporta un patrón complaciente para distinguir entre los posibles títulos de intervención delictiva en sede omisiva, por adolecer cada teoría de ciertos inconvenientes que no la hace preferible al resto, la pretensión que persiguen las próximas líneas es la de aportar un parámetro útil que permita resolver de la forma más satisfactoria la enconada discusión dogmática examinada.

Pues bien, salta a la vista que los presupuestos generales manejados por la doctrina a la hora de definir la responsabilidad en comisión por omisión asumen de base la realización del tipo penal a título de autoría⁵⁹⁷. Eso significa que los presupuestos de la participación omisiva no pueden ser idénticos sino que han de amoldarse necesariamente a los contornos de esta concreta forma de intervención delictiva. Ya justificamos en su momento que para poder castigar a un agente como autor omisivo no basta con apreciar en éste la ostentación e infracción sucesiva de un deber extrapenal sino que adicionalmente tiene que concurrir una equivalencia axiológica y estructural con su homólogo activo. Sólo así podremos castigar al omitente como si él mismo hubiese producido positivamente el resultado típico. Si esta concepción es válida para la autoría también lo ha de ser necesariamente para la participación omisiva⁵⁹⁸. No obstante, el punto de referencia del juicio de equivalencia no va a poder ser evidentemente, como en la autoría, la comisión activa del tipo penal de la Parte Especial

⁵⁹⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión...”, pág. 209.

⁵⁹⁸ Coinciden en que el partícipe ha de colmar la condición de garante BERMEJO, M.G; PALERMO, O: “La intervención delictiva del *compliance officer*”, pág. 196. KRÜGER, M: “Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten Überlegungen...”, pág. 2. Asimismo, en el plano jurisprudencial, véanse la STS de 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7698) y la STS de 16 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7497). Estima, por el contrario, que el partícipe omisivo puede infringir deberes distintos a los del garante LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: “Salvar al oficial Ryan...”, págs. 325-326, 333. Admite la participación omisiva cuando la omisión pertenece a un sujeto que no es garante RODRIGUEZ MESA, M. J: *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 191.

sino, más bien, la realización positiva del tipo de participación⁵⁹⁹. Como con razón recuerda DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “sea cual sea el criterio a la hora de determinar si una conducta omisiva puede ser equiparada a una activa, no habrá que perder de vista a qué conducta se ha de equiparar”⁶⁰⁰. Consiguientemente, el parámetro decisivo que nos puede servir a modo de herramienta de deslinde entre las distintas formas de castigo en los delitos omisivos no va a ser otro que el criterio de equivalencia entre omisión y causación activa radicado, a mi entender, en la infracción del compromiso de control que de manera expresa e inequívoca haya hecho suyo el garante.

Anteriormente tuvimos ocasión de argumentar que el comportamiento que se le reprocha al partícipe guarda relación con el favorecimiento de la producción del resultado lesivo⁶⁰¹. Ese y no otro ha de ser, por tanto, el objeto de la equiparación normativa. Dado que la conducta omisiva del garante se corresponde, en lo esencial, con la falta de contención de un determinado curso de riesgo encuadrado dentro de su ámbito de organización, a fin de poder hacer responsable a un sujeto a título de partícipe omisivo, hará falta que éste también haya quebrantado su compromiso de garante previamente acogido pero cuyo contenido y alcance, a diferencia del compromiso de control asumido por el autor omisivo, no va a poder consistir en neutralizar inmediatamente el curso lesivo o, cuanto menos, en disminuirlo hasta unos niveles de tolerancia social sino, antes bien, en dificultarlo o, si se prefiere, a contribuir a impedir su materialización típicamente relevante de la mano de una intervención auxiliar. Únicamente así cabrá equiparar satisfactoriamente la conducta de aquel garante que omite dificultar la producción del delito con la de quien por vía activa facilita la comisión del hecho penal⁶⁰².

⁵⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aspectos de la comisión por omisión...”, pág. 389. LÓPEZ PEREGRÍN, M. C: *La complicidad en el delito*, pág. 345. PORTILLA CONTRERAS, G: “Complicidad omisiva de garantes en delitos comisivos”. En GARCÍA VALDÉS, C; CUERDA RIEZU, A; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M; ALCÁ CER GUIRAO, R; VALLE MARISCAL DE GANTE, M., (coords.): *Estudios Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 1.519-1.541, pág. 1.535.

⁶⁰⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión...”, pág. 209.

⁶⁰¹ Vid. Capítulo IV. Apartado 4.1.2.

⁶⁰² Parten, en estos mismos términos, del criterio de equivalencia basado en la infracción del compromiso de garante asumido a fin de fundamentar la participación omisiva SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Artículo 11”, pág. 486, nota a pie de página nº 109. MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*, págs. 318-320. En esta línea, creen que existe una equivalencia entre el hecho de no dificultar o obstaculizar la comisión del delito y la correspondiente participación comisiva que facilita la producción del resultado PORTILLA CONTRERAS, G: “Complicidad omisiva de garantes en delitos comisivos”, pág. 1.541. LÓPEZ PEREGRÍN, M. C: *La complicidad en el delito*, págs. 345-346. También opinan que la participación omisión consiste en haber omitido dificultar el hecho penal

Asumiendo esta visión de la participación omisiva, no veo problemático encajar en la misma un par de supuestos particulares. Primero, aquellos en los que el compromiso del garante venga referido al control de un riesgo que contribuye a la materialización del riesgo principal, esto es, al impedimento de una conducta de participación delictiva⁶⁰³, toda vez que su omisión permitiría que el comportamiento penalmente relevante del partícipe que tenía que contener acabe por favorecer la realización del hecho típico por el autor. Segundo, aquellos otros en los cuales el garante no consiga garantizar un estado inocuo tal como para evitar que los objetos peligrosos pertenecientes a su esfera de organización sean empleados por terceros a fin de cometer ilícitos penales⁶⁰⁴, pues dejar de controlar el alcance de tales instrumentos lesivos para intereses legítimos ajenos equivaldría tanto como habérselos proporcionado de propia mano al autor del delito⁶⁰⁵.

MOSENHEUER, A: *Unterlassen und Beteiligung*, págs. 155-156. RANSIEK, A: “Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers”, pág. 152. RANFT, O: “Das garantispflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung im Strafrecht”, *ZStW*, Vol. 97, n° 2, págs. 268-302, págs. 287-288. Desde su propia concepción de la participación delictiva, expresa, en una línea análoga, que “la configuración por la no obstaculización del hecho equivale, a lo sumo, a su favorecimiento por vía activa” ROBLES PLANAS, R: “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito...”, pág. 20. Asumiendo una concepción restrictiva de la comisión comisiva basada en el incremento del riesgo penalmente desaprobado, piensan que la participación omisiva ha de facilitar el hecho penal LUZÓN PEÑA, D: “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, págs. 79-80. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión...”, pág. 209. Concibe la participación omisiva como la generación de un estado de cosas que facilita que el autor principal cometa un delito DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, págs. 757-759. Opina, en cambio, que la participación omisiva no precisa del equivalente funcional de la causalidad activa que supone la posición de garante, sin embargo, admite que ésta tiene que facilitar o favorecer el hecho ajeno RODRIGUEZ MESA, M. J: *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, págs. 191-192.

⁶⁰³ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aspectos de la comisión por omisión...”, págs. 390-391, 397. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: “Salvar al oficial Ryan...”, pág. 324. RODRIGUEZ MESA, M. J: *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, págs. 187-188. SOWADA, C: “Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt”, pág. 405.

⁶⁰⁴ Aboga por la solución de la participación por omisión, dado que la conducta omisiva sólo constituye un pequeño fragmento del hecho ROBLES PLANAS, R: *Garantes y cómplices*, pág. 72. Asimismo, cree que no sólo se participa en el delito ajeno cuando se aportan medios al autor sino también cuando se permite que estos sean empleados por éste LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: “Salvar al oficial Ryan...”, pág. 322.

⁶⁰⁵ Un ejemplo clásico al que se suele recurrir con frecuencia es aquel en el que el titular de una escopeta de caza omite guardarla en un lugar seguro y fuera del alcance del resto, de tal forma que un conocido suyo la coge sin mediar permiso y hace uso de la misma para dar muerte a su enemigo. Cfr. RENZIKOWSKI, J: *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, págs. 263, 265.

4.3.2. La participación omisiva como título de responsabilidad penal apreciable frente a eventuales restricciones legales radicadas en sede de autoría por omisión

En un sentido más bien secundario, la participación omisiva, y, en particular, la necesaria⁶⁰⁶, representa el título de responsabilidad penal pertinente ante aquellas limitaciones legales radicadas en sede de autoría por omisión, en concreto, en el plano de los delitos de mera actividad, los delitos especiales, los delitos de medios determinados, los delitos de propia mano así como los delitos que exijan la concurrencia de elementos subjetivos adicionales⁶⁰⁷. Es decir, en estos casos, por mucho de que el garante haya asumido el control directo de un curso de riesgo concretado inmediatamente en el resultado típico, a lo sumo, podrá ser castigado como cooperador necesario omisivo dadas las restricciones radicadas en el tipo penal de la Parte Especial que imposibilitan que el hecho delictivo principal pueda ser cometido omisivamente o por la omisión de ese concreto garante. Por su especial trascendencia en el campo del cumplimiento normativo, a continuación, vamos a desarrollar en mayor detalle esta reflexión respecto a las dos primeras categorías delictivas señaladas: los delitos de mera actividad y los delitos especiales.

a. Los delitos de mera actividad

La redacción del artículo 11 CP, regulador de la comisión omisiva, comienza haciendo referencia a “los delitos que consistan en la producción de un resultado”. Con esta expresión, el legislador penal español, hasta donde alcanzo, no parece haber pretendido aludir a la mera lesión de un bien jurídico protegido, a la exteriorización de una conducta típica o bien a un cambio de circunstancias *ex post* en comparación a la situación *ex ante* a la perpetración de la conducta típica⁶⁰⁸ sino, antes bien, a la producción de un específico resultado material de lesión o de peligro (concreto)

⁶⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Aspectos de la comisión por omisión...”, págs. 390-391.

⁶⁰⁷ Sobre el recurso a la participación omisiva frente a la carencia por el garante de una condición o elemento exigido por el tipo penal, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Aspectos de la comisión por omisión...”, págs. 390-391. LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: *La complicidad en el delito*, pág. 334, nota a pie de página nº 187. RODRIGUEZ MESA, M. J.: *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, págs. 188-190. MOSENHEUER, A.: *Unterlassen und Beteiligung*, págs. 152-153. SOWADA, C.: “Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt”, pág. 410.

⁶⁰⁸ Sobre estas interpretaciones alternativas, vid. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 230, Nm. 18. ACALE SÁNCHEZ, M: *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000, pág. 246.

separado en espacio y tiempo del comportamiento típico⁶⁰⁹. Cabe entender, por consiguiente, que el artículo 11 CP da cabida solamente a los delitos puros de resultado.

Lo anterior suscita la importante duda de cómo han de ser sancionadas, entonces, aquellas omisiones penalmente relevantes consistentes en el omiso impedimento de conductas típicas catalogadas como de mera actividad, toda vez que la morfología de gran parte de los delitos contemplados en nuestro articulado de cara a combatir el preocupante fenómeno social y político de la corrupción encaja enteramente dentro de esta categoría delictiva. Tómese como ejemplo el delito de corrupción entre particulares (artículos 286 bis y ss. CP), el cohecho activo (artículo 424 CP), la financiación ilegal de partidos políticos (artículos 304bis, 304ter CP) o el tráfico de influencias (artículo 429 CP).

La resolución de la problemática apuntada aún una innegable relevancia a la luz de la particular atención que el fenómeno de la corrupción ha recabado en el campo del *compliance*. Muestra de ello no son sólo sus orígenes históricos (la FCPA) o los eventos contrarios a Derecho vinculados con esta línea de criminalidad que marcaron un punto de inflexión en la evolución de esta materia (por ejemplo, el escándalo de las cajas negras de Siemens) sino, asimismo, sus ulteriores avances regulatorios nacionales (por ejemplo, la *Bribery Act* británica del año 2010) e internacionales (por ejemplo, la norma ISO 37001). Tal enfoque de primer plano está plenamente justificado: el grave impacto a nivel local, autonómico, nacional, europeo e internacional de la corrupción, en tanto fenómeno de criminalidad que, hoy por hoy, corre el riesgo de convertirse en sistémico⁶¹⁰, comporta execrables efectos políticos, sociales, económicos y jurídicos cuya materialización desea ser impedida por el Derecho Penal.

Pues bien, como en la comisión por omisión ha de constatarse la producción de un resultado típicamente relevante separado en espacio y tiempo de la conducta, la

⁶⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Artículo 11”, págs. 483-484. VIVES ANTÓN, T. S: “Artículo 11”, pág. 85. ACALE SÁNCHEZ, M: *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 245.

⁶¹⁰ Ya lo resaltó tiempo atrás KLITGAARD, R: “Contra la Corrupción”, *Finanzas & Desarrollo*, Vol. 37, n° 2, 2000, págs. 2-5, págs. 3-5. Más recientemente, explica QUERALT JIMÉNEZ: “(...) la corrupción, también en los países llamados desarrollados u occidentales, corre el riesgo de convertirse en sistémica o, lo que aun sería peor, en una manifestación coherente con el sistema real de valores dominantes”. Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J: “Reflexiones Marginales sobre la Corrupción”, *Revista Crítica y Poder Penal*, n° 2, 2012, págs. 18-35, pág. 19.

realización típica omisiva en grado de autoría debería estimarse excluida en los delitos de mera actividad⁶¹¹. Pese a ello, quedaría aún la posibilidad de castigar al garante que no impida la comisión de estos tipos penales a título de partícipe omisivo⁶¹² a raíz del pensamiento aquí compartido de que los tipos de participación son tipos consistentes en un resultado de favorecimiento al hecho principal distintos pero, en cualquier caso, dependientes de los tipos de autoría⁶¹³. Los tipos penales de la Parte Especial, según explicamos, pueden concebirse configurados en términos de autoría⁶¹⁴. Los partícipes, en calidad de intervinientes secundarios respecto al hecho principal del autor, no integran sus conductas directamente en la descripción legal de los tipos principales sino en la de otro tipo penal surgido, dentro de la armonización del principio de accesoriedad limitada, fruto de la puesta en relación del tipo de la Parte Especial con las respectivas reglas generales de incriminación de la participación (artículos 28 a) y b) CP). Con esta exégesis se consigue mantener una coherencia con la opinión doctrinal preponderante acerca de la conveniencia de apreciar en nuestro sistema penal un concepto restrictivo de autor.

b. Los delitos especiales

El garante omitente no va a poder ser receptor de una pena en calidad de autor en comisión por omisión cuando no reúna aquellos elementos, cualidades, relaciones o propiedades exigidos por aquella clase de delito que restringe su círculo de autoría, a saber, el delito especial⁶¹⁵. En el ámbito socio-económico algunos tipos penales adoptan esta estructura. Ejemplo de ello son el delito de fraude fiscal o el de insolvencia punible, pues sólo el obligado tributario (por ejemplo, la empresa en relación con el Impuesto de

⁶¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, págs. 438-441. EL MISMO: “Artículo 11”, págs. 483-485. EL MISMO: “Aspectos de la comisión por omisión:...” , pág. 390. VIVES ANTÓN, T. S: “Artículo 11”, pág. 85. ACALE SÁNCHEZ, M: *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 246.

⁶¹² De esta opinión, SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Artículo 11”, pág. 485. Cierra esta puerta por adoptar una posición aún más restrictiva VIVES ANTÓN, T. S: “Artículo 11”, pág. 85.

⁶¹³ Ello supone entender, tal como razona SILVA SÁNCHEZ, “el término resultado como comprensivo no sólo del resultado de los tipos delictivos (generalmente, de autoría) de la Parte Especial, sino también del resultado de los tipos integrados que resultan de la conjunción de aquéllos con las disposiciones sobre participación e imperfecta ejecución de la Parte General del Código”. Esta interpretación, según este autor, “no violenta el tenor literal del precepto y parece justificada por el *leit motiv* del mismo”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Artículo 11”, pág. 486.

⁶¹⁴ En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: *La autoría en el derecho penal*, pág. 709. BOLEA BARDON, C: *Autoría mediata en derecho penal*, pág. 151.

⁶¹⁵ Sobre la definición de delito especial, vid. GÓMEZ MARTÍN, V: “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”, *RECPC*, nº 14, 2012, págs. 1-29, pág. 3.

Sociedades) y el deudor (por ejemplo, la organización respecto a aquellos proveedores que reúnan la condición de acreedores), respectivamente, pueden encarnar el rol de sujeto activo.

Si esto es así, en aquellos delitos que encajen en semejante categoría típica el garante excluido del abanico de sujetos activos sólo va a poder ser castigado como *extraneus* y, por ende, de forma accesoria, esto es, como partícipe omisivo del correspondiente tipo penal. No obstante, siendo su intervención omisiva catalogada como de cooperación necesaria, podría recabar de forma facultativa una pena atenuada con respecto a la impuesta al partícipe *intraneus* a tenor del artículo 65.3 CP (inspirado en el § 28 StGB)⁶¹⁶, aunque tal extremo siga siendo, hoy por hoy, fuente de múltiples discusiones académicas, especialmente en lo tocante a si cabe o no extender tal atenuación a la complicidad delictiva⁶¹⁷. En cualquier caso, todavía quedaría la posibilidad de punir al *extraneus* del delito especial como autor omisivo, cuando quepa, a partir de la cláusula de actuar por otro, prevista y regulada en el artículo 31 CP, toda vez que dicho precepto extiende la tipicidad del comportamiento del *intraneus* a los administraciones de hecho o derecho y a quienes actúen en nombre o representación legal o voluntaria que no reúnan los calificativos exigidos por el tipo penal⁶¹⁸.

4.4. La delimitación entre la complicidad y la cooperación necesaria

El importante salto penológico que se produce entre la figura del cómplice – al que se le atribuye una pena inferior en grado respecto a aquella contemplada para el autor (artículos 29 y 63 CP) – y el cooperador necesario – castigado en idéntica medida que el autor (artículos 28.2º y 61 CP)⁶¹⁹ – representa el principal motivo por el cual la doctrina

⁶¹⁶ Vid. GÓMEZ MARTÍN, V: “La actuación por otro y la participación de los extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP”. En MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M., (dirs.): *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, B de f, Buenos Aires-Montevideo, 2006, págs. 49-114, págs. 72-88, 96-105.

⁶¹⁷ De forma resumida, acerca del estado de la cuestión, vid. LASCURAÍN, J. A: “La responsabilidad individual en los delitos de empresa”, págs. 103-104.

⁶¹⁸ Vid. GÓMEZ MARTÍN, V: “La actuación por otro y la participación de los extranei en delitos especiales...”, págs. 53-68.

⁶¹⁹ El primer párrafo del artículo 28 CP concibe a los autores como aquellos que realizan el hecho por sí solos (autoría directa), conjuntamente (coautoría) o por medio de otro del que se sirven como instrumento (autoría mediata). A continuación, el segundo párrafo del citado precepto considera autores a los inductores y a los cooperadores necesarios. Tal redacción quizás podría dar motivos para interpretar que el concepto de autor que se ha acogido ha sido uno unitario limitado o restringido. Según esta exégesis, la ley tendría la voluntad de asimilar a todos los efectos la inducción y la cooperación necesaria a formas de

jurídico-penal ha invertido loables esfuerzos en intentar ofrecer un criterio mínimamente consistente a efectos de deslindar estos títulos de intervención delictiva tan limítrofes. El punto de partida está bastante claro: su distinción no puede ser cualitativa, como ocurre entre el coautor y el cooperador necesario, dada su divergencia estructural, sino que es puramente cuantitativa, ya que, tratándose ambos de formas de participación, el espacio que les separa ha de medirse en función del grado o intensidad de su contribución al hecho principal⁶²⁰. Asumiendo como válida esta premisa, vamos a detenernos en aquella teoría que, sin lugar a dudas, más acogida ha cosechado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia penal de nuestro país. Me estoy refiriendo a la teoría de los bienes escasos propuesta hace más de cincuenta años por GIMBERNAT ORDEIG⁶²¹, asentada sobre la base de la importancia objetiva de la contribución del partícipe para el resultado delictivo.

En su formulación originaria, este autor, desligándose de los execrables resultados que, a su juicio, se derivan del empleo de consideraciones hipotéticas, que buscan dar respuesta a aquello que hubiese sucedido si el partícipe no hubiese contribuido a la producción del hecho penal, y adoptando, en su lugar, un punto de vista eminentemente *ex ante* en torno al impacto real de la aportación, fundamenta la escisión entre complicidad y cooperación necesaria en el criterio de la escasez del bien aportado (entrega de cosas) o de la actividad de participación realizada (mero hacer).

Empezando con la primera categoría señalada, la de los bienes aportados, GIMBERNAT ORDEIG opina que para poder definir cuándo nos encontramos frente a uno u otro título de intervención delictiva hay que hacer uso de un juicio de doble corte: uno provisional y otro definitivo⁶²². Con el primero, ateniendo a las circunstancias de tiempo y lugar,

autoría (concepto unitario), dejando a salvo la complicidad, que sí sería calificada como una verdadera forma de participación a la luz del artículo 29 CP (limitado o restringido). Sin embargo, entiendo que la dicción del artículo 28 CP es bastante clara cuando diferencia entre aquellos que “son” autores (autores *stricto sensu*) de los que “serán considerados” autores (autores simulados). El legislador penal ha querido igualar la inducción y la cooperación necesaria únicamente en el plano penológico, manteniendo intacta su naturaleza de partícipes. Es decir, los inductores y los cooperadores necesarios seguirían manteniendo su naturaleza de partícipes a pesar de que se les atribuya el mismo marco penal que los autores. De esta opinión, MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 378, Nm. 7. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, pág. 15. Asimismo, aunque acerca del CP de 1973, GIMBERNAT ORDEIG, E: *Autor y cómplice en el derecho penal*, pág. 187. RODRÍGUEZ MOURULLO, G: “La autoría mediata en el Derecho Penal”, *ADPCP*, Tom. 22, Fasc. 3, 1969, págs. 461-488, pág. 461.

⁶²⁰ BOLEA BARDON, C: *La cooperación necesaria...*, pág. 62.

⁶²¹ GIMBERNAT ORDEIG, E: *Autor y cómplice en el derecho penal*, págs. 127 y ss.

⁶²² *Ibidem*, págs. 130-137.

cabría calificar tentativamente como abundantes y, por lo tanto, constitutivos de responsabilidad penal por complicidad, aquellos bienes fácilmente obtenibles por el autor (por ejemplo, un cuchillo de cocina o una medicina que no requiera de receta), mientras que escasos y, en consecuencia, punibles a título de cooperación necesaria, serían aquellos bienes difíciles de obtener (por ejemplo, un pistola). Con todo, GIMBERNAT ORDEIG condiciona la conversión en definitiva de esta calificación provisional a un segundo juicio versado sobre el examen de aquellos factores especiales concurrentes en la persona concreta que recibe la cosa⁶²³, pues no será lo mismo, por ejemplo, que el partícipe entregue un arma al dueño de una armería a que haga lo propio con otra persona.

A la anterior categoría le sigue una segunda, la de las actividades desplegadas por el partícipe. Aquí GIMBERNAT ORDEIG establece tres requisitos que, a su entender, deberían colmarse de cara a apreciar una responsabilidad en grado de cooperador necesario. Primero, que la actividad sea inequívocamente criminal y que, por lo tanto, un ciudadano corriente no estaría dispuesto a desempeñar (por ejemplo, vigilar mientras se produce un robo), puesto que si se trata de una actividad que cualquier persona cuidadosa no habría tenido inconveniente en ejecutar no podría ser calificada más como una simple complicidad criminal (por ejemplo, llevar la carta injuriosa a su destinatario). Segundo, que la cooperación necesaria sea causal del resultado delictivo. Tercero, que la cooperación necesaria implique, conforme las circunstancias del caso, la remoción de un obstáculo serio⁶²⁴.

Con posterioridad a esta propuesta, algunos autores, tomando en buena parte como base la teoría de GIMBERNAT ORDEIG, han aportado también su propio punto de vista, si bien introduciendo algún que otro matiz. Así, MIR PUIG, adoptando una postura híbrida, estima que el criterio defendido por autores como ANTÓN ONECA o RODRÍGUEZ MOURULLO, consistente en adoptar un punto de vista concreto pero requiriéndose sólo la necesidad de la cooperación para la producción del resultado, sin exigir además que resulte necesaria para las modalidades de la acción, y el de la escasez de GIMBERNAT ORDEIG, ya examinado, son perfectamente compatibles. Según la opinión de este autor,

⁶²³ El empleo de este juicio definitivo ha conducido a algunos autores a cuestionarse la utilidad real de la calificación provisional precedente. Así, BOLEA BARDON, C: *La cooperación necesaria...*, pág. 69.

⁶²⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E: *Autor y cómplice en el derecho penal*, págs. 142-150.

la primera postura determinaría los aspectos del hecho de los que debe ser condición la cooperación mientras que la segunda ofrecería un criterio para decidir cuándo la misma debe considerarse condición del hecho⁶²⁵. Otros, como PÉREZ ALONSO, tomando como válidos unos postulados muy próximos a los de GIMBERNAT ORDEIG, concluyen que la cooperación es necesaria “cuando, desde la perspectiva *ex ante* del espectador objetivo, la contribución prestada desempeña una función de importancia esencial (escasa) en la fase de preparación, o bien durante la ejecución del hecho faltando el acuerdo o decisión conjunta o, en su caso, careciendo de las cualidades personales y típicas para el si del hecho ajeno, es decir, que hace posible la realización del tipo por el autor”⁶²⁶. Por lo demás, no han faltado quienes, como LÓPEZ PEREGRIN, sirviéndose de concepciones jurídico-penales más modernas, definen al cooperador necesario como aquel que, no realizando actos típicamente relevantes, incrementa *ex ante* sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor⁶²⁷.

Pese a este holgado recibimiento, no exento, sin embargo, de punzantes críticas⁶²⁸, en tiempos más recientes, el propio GIMBERNAT ORDEIG ha renegado, aunque solo en parte, de su postura inicial y la ha reformulado ligeramente para avanzar hacia la que él ha bautizado con el nombre de teoría de los actos no-neutrales o de los actos no-cotidianos⁶²⁹, amoldando, de ese modo, su pensamiento a la contemporánea discusión sobre los actos neutrales⁶³⁰. Preservando como válido el núcleo de su teoría originaria, ahora para GIMBERNAT ORDEIG lo decisivo para definir si hay que castigar a un agente a título de cómplice o cooperación necesaria es si el acto del partícipe es o no neutral, concepto éste que, a su entender, encaja perfectamente con su visión sobre la escasez de la aportación del interviniente secundario. De confirmarse una tal neutralidad, la conducta debería calificarse como de complicidad, de lo contrario, tendría que punirse a título de cooperación necesaria. Para GIMBERNAT ORDEIG, por tanto, la discusión sobre las conductas neutras quedaría situada en el plano cuantitativo de la mayor o menor importancia que la aportación auxiliar del partícipe haya supuesto para la realización

⁶²⁵ MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, págs. 423-424, Nm. 80-81.

⁶²⁶ PÉREZ ALONSO, E. J: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, pág. 363.

⁶²⁷ LÓPEZ PEREGRÍN, M. C: *La complicidad en el delito*, págs. 435 y ss.

⁶²⁸ Por ejemplo, véanse las críticas contra la teoría de los bienes escasos acerca de su inseguridad o falta de base legal formuladas por CEREZO MIR, J: “Autoría y participación en el Código Penal”, *ADPCP*, Tomo 32, Fasc. 3, 1979, págs. 567-582, pág. 576.

⁶²⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E: “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad”, *ADPCP*, Vol. 66, 2013, págs. 33-87, págs. 70-77.

⁶³⁰ En detalle, vid. ROBLES PLANAS, R: *La participación en el delito...*, págs. 23 y ss.

típica principal del autor en lugar de aquel cualitativo relativo a si esa aportación, sea o no necesaria, detenta o no relevancia típica para el Derecho Penal en vistas a su adecuación social.

Así las cosas, pienso que no le falta razón a BOLEA BARDON cuando alerta acerca de la imposibilidad de manejar un criterio general y cerrado a efectos de deslindar estas dos modalidades de participación criminal tan cercanas entre sí, precisamente por estar su distinción basada en una cuestión de corte cuantitativo⁶³¹. Topamos con el significativo óbice suscitado en aquellas distinciones de tipo gradual: en determinar en qué punto se pasa de una categoría delictiva a otra. La paradoja de Sorites planea indiscutiblemente sobre el debate. Habrá ocasiones en las que resultará sencillo delimitar esa escisión, mientras que en otros casos más extremos esta tarea será mucho más ardua. Ante la duda, no habrá más remedio que aplicar el principio *in dubio pro reo* a fin de decantarnos por la complicidad delictiva⁶³².

Pese a todo, sí cabe esbozar algunas consideraciones que puede ser de utilidad a fin de delimitar cuando la aportación del partícipe es tan esencial como para desbarajustar el plan del autor dada la especial importancia de su favorecimiento a la realización típica:

La teoría de los bienes escasos de GIMBERNAT ORDEIG constituye, sin lugar a dudas, una buena pauta a tener en cuenta, al proporcionar un criterio de suma importancia a efectos de definir la esencialidad de la contribución al hecho, como es el de la dificultad para el autor de conseguir aquella aportación abonada por el partícipe. Sin embargo, la escasez o abundancia del bien o actividad del partícipe no lo es todo⁶³³: existen otros factores como el lugar en el que se ejecuta el hecho antijurídico o el momento del *íter criminis*

⁶³¹ BOLEA BARDON, C: *La cooperación necesaria...*, págs. 96-97. También, ROBLES PLANAS, R: “Participación en el delito e imprudencia”, pág. 240. En este mismo sentido, consideran que la diferencia entre ambas figuras es una cuestión de intensidad en el grado de contribución al hecho principal LÓPEZ PEREGRÍN, M. C: *La complicidad en el delito*, pág. 409. SÁNCHEZ LÁZARO, F. G: *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004, pág. 402.

⁶³² PÉREZ ALONSO, E. J: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, pág. 363. LÓPEZ PEREGRÍN, M. C: *La complicidad en el delito*, pág. 434.

⁶³³ BOLEA BARDON, C: *La cooperación necesaria...*, págs. 82-88. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, pág. 51. PÉREZ ALONSO, E. J: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, pág. 362.

en que se presta la contribución⁶³⁴ que también pueden ser de utilidad a la hora de precisar cuando una participación es o no necesaria.

Para valorar los factores referidos, es cierto, como insiste GIMBERNAT ORDEIG, que hay que prescindir de fórmulas hipotéticas *ex post* y adoptar un punto de vista *ex ante* al resultado típico⁶³⁵ con tal de definir el alcance real que la contribución del partícipe ha desplegado en su producción. En este análisis, habrá que estar, ante todo, al caso concreto, pues sólo así podrá colegirse cuán trascendente ha sido realmente para el hecho principal el comportamiento del partícipe. Definir de antemano qué contribuciones son o no necesarias tal vez sirva a modo de juicio provisional, pero nada más que eso.

Por lo que atañe al valor del punto de vista del autor acerca de la esencialidad de la contribución del partícipe en su hecho principal, me parece que poco o nada importa. Lo decisivo no es otra cosa que si la participación resulta objetivamente necesaria para la realización del hecho principal a tenor de los factores concurrentes en la situación específica⁶³⁶. Algo tan subjetivo-psicológico como es la importancia que el autor otorga a la contribución del partícipe no influye en cuán relevante es, en realidad, su aportación para el hecho. Por ejemplificar esta idea con un ejemplo: la creencia del autor de que la medicina entregada por el partícipe es muy difícil de obtener, al pensar que se trata de un fármaco de importación proveniente de un país con férreas restricciones aduaneras, pese a que lo cierto es que es fácilmente obtenible en cualquier farmacia de la ciudad, no convierte en necesario dicho comportamiento auxiliar calificable objetivamente como de complicidad. Quizás quepa admitir, con todo, una sola excepción: que, aun no siendo necesaria la aportación secundaria en sí misma, sea entendida por tal por el autor, de tal modo que condicione la comisión del delito a que el partícipe preste su contribución y que semejante circunstancia sea, además, conocida por este último⁶³⁷. Y ello porque, en ese caso, la percepción del autor acerca de la relevancia del aporte del

⁶³⁴ BOLEA BARDON identifica una serie de factores a tener en cuenta por el juez a la hora de tomar la decisión de imponer la misma pena que el autor o una rebajada que, sin perjuicio de que sean más o menos discutibles, pienso que, en conjunto, aportan cierta luz a la problemática examinada. Vid. BOLEA BARDON, C: *La cooperación necesaria...*, págs. 96 y ss.

⁶³⁵ De esta opinión, asimismo, LÓPEZ PEREGRÍN, M. C: *La complicidad en el delito*, pág. 419.

⁶³⁶ PÉREZ ALONSO, E. J: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, pág. 361.

⁶³⁷ La propone DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: "Autoría y participación", pág. 51. Crítica con ello BOLEA BARDON, C: *La cooperación necesaria...*, pág. 76.

partícipe sí que acaba por influir en la forma de ejecutar su hecho principal, hasta el punto de condicionarlo.

Trasladadas las ideas previas al mundo de los delitos omisivos, importa recordar, antes que nada, que el núcleo que late en la participación por omisión consiste en haber omitido dificultar o, si se prefiere, haber omitido contribuir a impedir un injusto penal ajeno en transgresión del compromiso de garante previamente asumido con carácter expreso e inequívoco. Luego, a fin de precisar si la conducta del garante es constitutiva de complicidad o cooperación necesaria por omisión creo que habrá que explorar cuán decisiva era en la situación concreta la intervención auxiliar del garante en cuestión a fin de entorpecer la producción del resultado típico⁶³⁸. A mayor esencialidad de su intervención, más fácilmente cabrá fundamentar la cooperación necesaria omisiva en lugar de la complicidad. Para dilucidar eso, habrá que atender a las circunstancias específicas del caso así como al concreto compromiso de control acogido por el garante al tratarse del factor clave que va a permitir dilucidar su grado de vinculación con el curso de riesgo y, en consecuencia, la importancia de su actuación en aras de contribuir al impedimento de su materialización.

5. La situación típica

La situación típica representa el presupuesto del tipo objetivo que va a dar pie a la activación por el garante de su condición de barrera de contención a efectos de neutralizar aquellos riesgos típicos que se ha comprometido de modo previo a controlar. El compromiso de control preexiste a la situación típica⁶³⁹ y es en el momento en que ésta concurre que el garante ha de intervenir conforme a lo requerido por la norma de mandato. La situación típica advierte, en fin, acerca de la aparente probabilidad de materialización del curso lesivo y, por tanto, de la posible producción de aquel resultado lesivo indeseado⁶⁴⁰ (por ejemplo, el riesgo de que un bañista se ahogue, de que un menor muera por inanición, de que una viga de una obra caiga encima de los viandantes, etc.),

⁶³⁸ En este sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, págs. 220-221.

⁶³⁹ ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 289.

⁶⁴⁰ ROXIN, C: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II...*, pág. 683, Nm. 178. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, págs. 355, 359-360.

pudiendo ser, con todo, revertido a través del emprendimiento de la denominada acción debida⁶⁴¹, sobre la que más adelante profundizaremos⁶⁴².

Semejante requisito, común a cualquier clase de omisión penalmente relevante que encaje dentro del sistema tripartito en el que participo (omisiones puras, omisiones puras de garante y comisión por omisión)⁶⁴³, ha de ser valorado, como cualquier otro juicio de peligro, con carácter *ex ante*⁶⁴⁴ desde la posición de un espectador objetivo situado en el lugar del garante, pues justo ese va a ser el momento en el que la norma de mandato va a conminarle a prestar la acción debida que corresponda en la situación concreta.

Bajo estas premisas, no parece excesivamente intrincado dilucidar cuál va a ser la situación típica que dará lugar a la activación del correspondiente compromiso de garante libremente acogido por el CO. Estando su función claramente vinculada con el campo de la prevención, detección y reacción frente a la comisión de un catálogo cerrado de delitos en la empresa, la situación de peligro que le deberá interesar no va a ser otra que el aparente riesgo de producción de cualquiera de los eventos de trascendencia penal que recaigan dentro de su esfera de responsabilidad. Cabe nombrar, a modo de ejemplo, la emisión en el curso de la actividad productiva de ruidos especialmente perjudiciales para la salud de aquellos vecinos que habitan en una vivienda contigua a la corporación, el tráfico de estupefacientes en varias partes del territorio nacional por medio de la flota de vehículos de la compañía de transporte o bien el empleo de la maquinaria corporativa a fin de falsificar monedas fiat (euros, dólares, yenes, etc.).

⁶⁴¹ ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 240.

⁶⁴² Vid. Capítulo III. Apartado 6.

⁶⁴³ A modo de síntesis, el sistema tripartito de omisiones típicamente relevantes podría resumirse del siguiente modo: (1) omisiones puras, configuradas a modo de vulneraciones de deberes positivo-generales basados en razones de solidaridad intersubjetiva; (2) omisiones puras de garante, asentadas sobre la transgresión de deberes positivos-especiales (normalmente institucionales) superiores a los de solidaridad pero carentes de una orientación material de equivalencia entre omisión y acción; y, por último, (3) omisiones equivalentes axiológica y estructuralmente en el plano normativo a la realización típica activa (comisión por omisión), fundamentadas en el quebrantamiento de aquel compromiso de actuar a modo de barrera de contención de los riesgos previamente asumido y que, en puridad, comportarían, en igual medida que la comisión activa, la infracción de un deber negativo (*neminem laedere*).

⁶⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, pág. 355.

6. Falta de adopción de la acción debida y capacidad de realizarla

Omitir jurídico-penalmente no es sinónimo de pura inactividad física sino que su razón de ser estriba en que el garante haga algo distinto a aquella prestación positiva requerida por la norma de mandato⁶⁴⁵. Concretamente la dogmática de la comisión por omisión estima necesario, a efectos de apreciar la concurrencia de un comportamiento omisivo equiparable estructural y axiológicamente al activo, la falta de emprendimiento de la denominada acción debida⁶⁴⁶ dentro del lapso de tiempo que media desde que concurre la situación típica hasta que se materializa aquel resultado típico indeseado.

Por acción debida ha de entenderse aquella que es necesaria desde una óptica *ex ante* para impedir la producción del resultado lesivo⁶⁴⁷ (autoría) o bien para dificultarlo (participación) e idónea para tal fin, pues, tal como razona SILVA SÁNCHEZ, carece de sentido que el tipo requiera la realización de conductas que se muestran perfectamente inútiles a tal fin⁶⁴⁸. Pero hay más. La doctrina entiende, no sin razón, que, junto a lo precedente, debe darse igualmente la posibilidad de ejecutar esa acción esperada por el Derecho⁶⁴⁹. Es decir, quien hace suyo un compromiso expreso e inequívoco de garante tiene que ser asimismo capaz de actualizar su condición en aras de intervenir como barrera de contención frente a los cursos de riesgo amenazantes, lo cual guarda una absoluta coherencia con el consagrado principio *ultra posse nemo obligatur*.

Este presupuesto, el referido a que la acción debida sea también posible, acoje, en lo esencial, una doble proyección: la posibilidad jurídica de actuar y la posesión de las necesarias capacidades físico-intelectivas individuales por el garante.

⁶⁴⁵ En este sentido, MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, págs. 407 y ss., Nm. 15 y ss. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, págs. 360-361. CARLOS DE OLIVEIRA, A. C: *Lavagem de Dinheiro...*, pág. 142.

⁶⁴⁶ ROXIN, C: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II...*, pág. 683, Nm. 179-180. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, pág. 361. ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, págs. 245-246.

⁶⁴⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, págs. 361, 370, 373.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, pág. 373.

⁶⁴⁹ ROXIN, C: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II...*, pág. 683, Nm. 181. GAEDE, K: “§ 13 StGB”, pág. 661, Nm. 12. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, págs. 373-374. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 325, Nm. 29. ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 246.

La posibilidad jurídica de actuar guarda relación con aquel conjunto de facultades normativas con las que ha de contar el garante a fin de dar cumplimiento efectivo al compromiso material previamente asumido y que en el marco de los sectores regulados aparecerán normalmente reflejadas en específicos instrumentos extrapenales, tales como un contrato de alta dirección o la normativa societaria o laboral⁶⁵⁰, razón por la cual, estas fuentes resultarán de suma utilidad a la hora de moldear los contornos de la acción debida a prestar. Evidentemente la posibilidad jurídica de intervenir no es lo que fundamenta la correspondiente posición jurídica ocupada por el garante (el mero poder no genera deber)⁶⁵¹ sino que, bien mirado, viene condicionada por ésta, por cuanto sólo respondiendo a la cuestión relativa a qué se ha comprometido exactamente el garante podrá desentrañarse cuáles son los instrumentos jurídicos que ha de poseer y, cuando proceda, activar con tal de satisfacer convenientemente su esfera de deberes (el deber demanda necesariamente de poder)⁶⁵².

Por ejemplo, sabemos que el administrador de la compañía hace suyo el compromiso de neutralizar aquellos *outputs* lesivos emanados durante el curso de la actividad comercial. Frente a la realización de un ilícito penal en la empresa, una necesaria e idónea acción debida que podría prestar con tal de impedir su consumación sería justamente la de apartar al trabajador infractor de su puesto de trabajo. Y resulta que un tal despido disciplinario cabría perfeccionarlo dada la potestad jurídica de dirección que el artículo 20 ET le reconoce respecto los empleados subordinados. Como se ve, la asunción del compromiso material de evitar la materialización de aquellos cursos lesivos surgidos a propósito de la actividad comercial desarrollada debe venir necesariamente anudada a la concesión de la facultad jurídica de emitir órdenes, sancionar disciplinariamente a empleados infractores o paralizar procesos productivos lesivos. De lo contrario, difícilmente cabrá darle cumplimiento.

Ligado a lo antedicho, importa también que el garante posea las necesarias capacidades físico-intelectivas para prestar la acción debida cuya carencia puede manifestarse de

⁶⁵⁰ ROXIN, C: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II...*, pág. 631, Nm. 14. ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, págs. 247-249.

⁶⁵¹ No se trata, por tanto, de que las potestades del CO le conlleven deberes, tal como lo cree LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, págs. 58-59.

⁶⁵² En esta línea, expone HSÜ que lo que se espera del titular del deber es que ejerza su derecho (por ejemplo, que el empresario haga uso de su derecho de dirección con tal de conjurar los delitos de sus subordinados o que el padre emplee su derecho de corrección en aras de impedir las infracciones punibles de sus hijos menores de edad) pero matiza que de ese derecho no cabe desprender ningún deber de actuar. Cfr. HSÜ, Y: *Garantenstellung des Betriebsinhabers...*, pág. 242.

diversas formas. La doctrina alude esencialmente a la distancia espacial entre el curso de riesgo y el garante, la ausencia de medios (personales, económicos, etc.) así como la falta de conocimientos y capacidades personales⁶⁵³.

Tomando como fuente de inspiración y modificando ligeramente un ilustrativo ejemplo propuesto por ROTSCH⁶⁵⁴, si un menor de edad sufre de una severa apendicitis, lógicamente el Derecho Penal no va a exigir a su madre que ella misma le opere debido a la carencia de los conocimientos y habilidades quirúrgicas para ello. Pero lo que sí podrá hacer es llevarle cuanto antes al médico a fin de que sea éste quien lo salve de una posible muerte. Ambos, la madre y el médico, son garantes de la vida del niño: la primera, en un estadio inicial, de forma originaria y el segundo en clave derivada, una vez el menor es traído al hospital a fin de ser operado. Sin embargo, las capacidades de cada cual son distintas y, en consecuencia, también los contornos de sus respectivas acciones debidas. Distinto reproche merecería, en cambio, el comportamiento de aquella vecina que optase por dejar al menor a su suerte aun contando con conocimientos medico-quirúrgicos. Su omisión típicamente relevante, a lo sumo, acarrearía las consecuencias jurídico-penales propias de la infracción de deberes positivo-generales de auxilio pero, en ningún caso, permitiría fundamentar la imputación jurídico-penal de la muerte del menor.

Superados los presupuestos de necesidad, idoneidad y posibilidad desarrollados, resultará de suma importancia analizar, en una fase final, las alternativas de acción con las que cuenta el garante, si es que cabe más de una en atención a las circunstancias específicas del caso, en aras de colegir cuál de entre todas las disponibles es percibida *ex ante facto* como la dotada de mayores cotas de éxito⁶⁵⁵. Incluso, si es posible, el garante debería ejecutar varias de las múltiples acciones alternativas con arreglo a su orden de eficacia⁶⁵⁶.

Bajo este entendimiento, queda claro que, dada la naturaleza circunstancial de la acción debida, afirmaciones categóricas sobre aquello que un CO puede hacer frente a una situación de riesgo dada resultan del todo imprecisas e inadecuadas. En primer lugar,

⁶⁵³ ROXIN, C: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II...*, págs. 629-630, Nm. 8.

⁶⁵⁴ ROTSCH, T: “Wider die Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten”, pág. 496. Aporta un ejemplo análogo ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, págs. 247-248.

⁶⁵⁵ ROXIN, C: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II...*, pág. 683, Nm. 180. PHILLIPS, L: *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1974, págs. 73-74.

⁶⁵⁶ PHILLIPS, L: *Der Handlungsspielraum...*, págs. 73-74.

tendría que ser objeto de valoración las específicas circunstancias de riesgo concurrentes en el caso a fin de enjuiciar qué acción necesaria e idónea convendría que el CO desplegara para neutralizarlas. Lógicamente ello vendrá en buena parte condicionado por cómo haya sido configurada su posición jurídica en la empresa, toda vez que, sólo a partir de su determinación podrá desentrañarse cuáles son las posibilidades jurídicas con las que cuenta (o debería contar) a fin de dar cumplimiento a su concreto espectro de deberes.

Parece claro que no podremos permanecer indiferentes al hecho de que el CO se ocupe de cada uno de los sectores de riesgo en la empresa o bien que, por el contrario, se limite a desempeñar una función especializada en un sector de riesgo concreto (fraude fiscal, por ejemplo) como parte de su integración en un órgano colegiado de cumplimiento, del mismo modo que tampoco resultará irrelevante que tenga o no competencias ejecutivas. Dependiendo de la posición de deber encarnada, sus posibilidades jurídicas serán unas u otras y, consiguientemente, también la acción debida a prestar.

Por ejemplo, ante la comisión de un ilícito penal en la empresa, el CO con competencias ejecutivas, dada su posición de deber relativa al control inmediato de ciertos cursos lesivos jurídicamente desaprobados, debería y podría poner fin directamente a la situación de riesgo en cuestión mediante la emisión de una orden vinculante. En cambio, el CO sin competencias ejecutivas carecería de esa posibilidad jurídica dada su posición de garante de información, por lo cual, con tal de dar cumplimiento efectivo a su espectro de deberes, bastaría con que reportara el delito al órgano de administración.

Perfilado lo anterior, tendría que enjuiciarse, por otro lado, si el CO cuenta asimismo con las capacidades personales necesarias para evitar (autoría) o dificultar (participación) aquel hecho antijurídico que está a punto de entrar en fase de tentativa, que se encuentra todavía en una etapa de ejecución⁶⁵⁷ o bien que, pese haberse ya consumado, muestra signos de un riesgo de continuidad delictiva⁶⁵⁸. Sin lugar a dudas,

⁶⁵⁷ Vid. PRITZWITZ, C: “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*”, pág. 215. ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“*compliance officer*”) ante el Derecho penal”, pág. 325. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, págs. 221-222.

⁶⁵⁸ Explica ROBLES PLANAS: “Ciertamente, un delito ya consumado, puede ser indicio de que en el futuro se seguirán cometiendo delitos, lo que obligue, en todo caso, al encargado de cumplimiento a activar los

el punto de mayor interés en esta sede va a venir referido a la cuestión de la disponibilidad de los recursos materiales necesarios en aras de desempeñar efectivamente su cargo. Sobre este aspecto, SILVA SÁNCHEZ concluye que la falta de recursos financieros por el CO operaría como una cláusula de exclusión de la capacidad de realización de la acción indicada por el tipo omisivo⁶⁵⁹. Personalmente no acabo de enjuiciar tan clara esta cuestión.

Valga recordar que la validez de cualquier acto de delegación de competencias depende de la satisfacción de una serie de presupuestos entre los cuales se halla la dotación de la autonomía necesaria⁶⁶⁰. Como explicamos, en la práctica será habitual que la dirección corporativa no proporcione al CO todos aquellos recursos que necesite a fin de ejercer correctamente su función. Ello puede ocurrir o bien por una absoluta indiferencia respecto a las cuestiones de cumplimiento normativo (“no querer pese a poder”) o bien fruto del sufrimiento de dificultades económicas (“no poder pese a querer”).

Respecto la primera alternativa ya razonamos que el CO debería denunciar insistentemente al órgano de administración la falta de medios para, una vez constatada su negativa a proporcionárselos, devolverle el ámbito delegado y abandonar su puesto de trabajo, de tal modo que su persistencia en el mismo, pese a la carencia de medios, no le permitiría escudarse de una eventual responsabilidad penal por la omisa evitación del ilícito. Mientras, en relación con la segunda hipótesis planteada, llegamos a la conclusión que en contextos de dificultades económicas lo más razonable es que, si la persona jurídica no se encuentra en condiciones de garantizar la inocuidad de la actividad social desempeñada, ésta abandone el mercado en el que se desenvuelve con tal de evitar el desencadenamiento de posibles responsabilidades penales individuales y colectivas futuras.

Para terminar, convendría explorar el abanico de alternativas de acción que el CO tenga a su alcance en la situación de hecho específica, si es que cabe más de una, para así poder valorar cuál de entre ellas se presenta, desde una óptica *ex ante facto*, como la

correspondientes mecanismos de vigilancia y control de forma muy especial”. Cfr. ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”, pág. 325. Nota a pie de página nº 17. En este mismo sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, pág. 222.

⁶⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, pág. 146.

⁶⁶⁰ Vid. Capítulo II. Apartado 5.3.

más adecuada. Suponiendo que al CO se le dota de competencias ejecutivas, debería resolverse qué sanción disciplinaria a imponer al trabajador infractor del Derecho gozaría de mayores perspectivas de éxito con tal de poner fin a su ilícito penal. Más allá de eso, si resulta posible a la luz de las circunstancias del caso, el CO debería emprender más de una sola acción debida, respetando, para ello, cierto orden en función de su eficacia.

7. Producción del resultado lesivo

A la omisa activación del compromiso de intervenir a modo de barrera de contención de los cursos de riesgo penalmente desaprobados debe seguirle la producción de aquel resultado típico que el garante tenía que impedir (autoría) o dificultar (participación) y que, en atención a las circunstancias del caso concreto, podría haber impedido o dificultado por medio de la ejecución de aquella acción debida articulada en razón de sus posibilidades jurídicas y capacidades individuales⁶⁶¹. Eso significa, en esencia, que para poder fundamentar satisfactoriamente una responsabilidad en comisión por omisión (consumada) necesariamente va a tener que materializarse aquel resultado lesivo (por ejemplo, un perjuicio en el erario público derivado de una trama defraudadora maquinada en la empresa), que este profesional, en virtud de su posición jurídica, debería haber impedido o dificultado, dependiendo de su esfera de deber.

8. Imputación jurídica del resultado lesivo: la causalidad hipotética

Es lugar común en la doctrina afirmar que en el campo de la omisión no cabe hacer referencia a una causalidad en un sentido científico-naturalístico, pues de la nada, nada surge (*ex nihilo nihil fit*)⁶⁶². En vez de eso, la academia da cabida en el plano normativo a la idea de la imputación jurídica del resultado lesivo producido a la conducta omisiva

⁶⁶¹ MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, págs. 338-339, Nm. 75-77.

⁶⁶² SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, pág. 264. BOLEA BARDON, C: “Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión”, pág. 461. GIMBERNAT ORDEIG, E: “La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión”, *ADPCP*, Vol. 53, 2000, págs. 29-132, pág. 41. LUZÓN PEÑA, D. M: “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación”, *Libertas-Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 6, 2017, págs. 145-272, págs. 165-166.

típicamente relevante⁶⁶³. Es justo ahí donde entra en juego la causalidad hipotética, en tanto criterio de imputación objetiva superpuesto a la relación de garantía⁶⁶⁴, cuyo propósito no es otro que definir un juicio de conexión *ex post* entre la omisión del garante y el resultado típico producido. Siendo lo anterior pacífico, el consenso doctrinal se pierde a la hora de definir el criterio que ha de guiar tal juicio de imputación.

La posición mayoritaria toma como válida la teoría de la evitabilidad que, de modo análogo a la teoría de los comportamientos alternativos adecuados a Derecho, demanda para poder imputar el resultado lesivo al omitente que su acción debida, en caso de haber sido emprendida, lo hubiera impedido con una probabilidad rayana a la certeza⁶⁶⁵. Paralelamente hallamos, en otra línea, la teoría de la disminución del riesgo que, con carácter invertido a la teoría del aumento del riesgo formulada por ROXIN en el marco de la imputación objetiva de los delitos de comisión activa, se conforma con exigir que la acción del garante meramente hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado típico⁶⁶⁶. La diferencia nuclear entre una y otra corriente de pensamiento radica en el grado de probabilidad reclamado, por lo cual, es cierto que su distinción responde a criterios cuantitativos⁶⁶⁷.

Ante ello, no han faltado opiniones de rechazo a las propuestas descritas. Sus críticas serían aparentemente extensibles a ambas, precisamente por su diferenciación cuantitativa. La primera y más relevante tiene que ver con la vulneración del consagrado principio *in dubio pro reo*⁶⁶⁸. Como las teorías referidas prescinden de criterios de absoluta seguridad y dejan cierto margen de incertidumbre sobre si la acción debida del garante hubiese evitado o bien reducido la probabilidad de producción del

⁶⁶³ Por esa misma razón, la doctrina debería replantearse si seguir empleando la expresión “causalidad hipotética” debido a la confusión que genera. Critica esta terminología BOLEA BARDON, C: “La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad”, *Indret* 4/2018, págs. 1-25, pág. 3.

⁶⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, pág. 264. BOLEA BARDON, C: “Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión”, págs. 461-462.

⁶⁶⁵ Con amplias referencias, vid. LUZÓN PEÑA, D. M: “Omisión impropia o comisión por omisión...”, pág. 163, nota a pie de página n° 45.

⁶⁶⁶ Con amplias referencias, vid. *Ibidem*, págs. 164-165, nota a pie de página n° 51.

⁶⁶⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E: “La causalidad en la omisión impropia...”, pág. 70. BOLEA BARDON, C: “Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión”, pág. 469. HAVA GARCÍA, E: “Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena”, *Indret* 2/2017, págs. 1-36, pág. 27.

⁶⁶⁸ Por todos, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E: “La causalidad en la omisión impropia...”, pág. 68. BOLEA BARDON, C: “Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión”, pág. 469.

resultado, esa duda debería favorecer al reo, no perjudicarlo. Otra crítica que se les dirige a estas propuestas, esta vez de corte político-criminal, guarda relación con la idea de que, en los casos en los que no se alcanza el umbral probabilístico exigido, si concurre dolo, el hecho tendría que ser castigado en grado de tentativa, y si concurre imprudencia, la conducta debería quedar impune, al concurrir desvalor de comportamiento pero no desvalor de resultado⁶⁶⁹. Finalmente, un punzante reproche achacado a estas teorías radica en la conversión de los delitos de lesión en delitos de peligro dados los porcentajes probabilísticos con los que se opera⁶⁷⁰.

Frente a semejante panorama, hay quien ha invertido notables esfuerzos para ofrecer una alternativa distinta a las expuestas, vistas sus aparentes complicaciones. En nuestro país, sin lugar a dudas, el autor más representativo de esta línea de opinión ha sido GIMBERNAT ORDEIG, para quien el criterio de equivalencia entre la comisión omisiva y la acción residiría en la desestabilización de un concreto foco de riesgo por el garante, transformándolo de permitido a prohibido. A su parecer, si la acción lo desestabiliza mediante un movimiento corporal, la omisión hace lo propio por no aplicar la medida de precaución que lo habría mantenido dentro del nivel jurídicamente tolerado, debido a su tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido⁶⁷¹. Luego, desde su punto de vista, no hay que preguntarse si la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino únicamente si la omisión de aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara efectivamente el riesgo permitido (ya que se habría mantenido dentro de éste, si se hubiera adoptado aquella medida) y si, a su vez, ese foco de peligro (ya prohibido) ha causado efectivamente el resultado⁶⁷².

El principal óbice con el que topa la propuesta de GIMBERNAT ORDEIG, como alerta convincentemente BOLEA BARDON, radica en el empleo de una visión causalista que ni siquiera llega a considerar el comportamiento omisivo del garante para castigarle por el delito consumado⁶⁷³. Es decir, si bien este autor, en un primer estadio, reprocha a la conducta del garante la desestabilización del foco de peligro, luego el juicio de desaprobación del resultado lo dirige contra el foco de peligro mismo en vez de contra

⁶⁶⁹ Por todos, vid. BOLEA BARDON, C: "Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión", pág. 469.

⁶⁷⁰ Por todos, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E: "La causalidad en la omisión impropia...", pág. 69. BOLEA BARDON, C: "Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión", pág. 469.

⁶⁷¹ GIMBERNAT ORDEIG, E: "Causalidad, omisión e imprudencia", pág. 40.

⁶⁷² *Ibidem*, pág. 41.

⁶⁷³ BOLEA BARDON, C: "Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión", pág. 462.

el garante, bastándole con constatar que un tal foco de riesgo ha causado el resultado típico en términos naturalísticos.

Así las cosas, conviene no perder de vista que en los cursos causales hipotéticos resulta inviable concluir con una seguridad infalible qué hubiese sucedido si la acción debida hubiese sido emprendida en línea con lo requerido por la norma de mandato⁶⁷⁴. Hacer uso de juicios hipotéticos inevitablemente nos sitúa en un campo donde reina la incertidumbre. Por eso mismo, la teoría de la evitabilidad, en un grado mayor de exigencia que el de la disminución del riesgo, maneja un criterio que, a pesar de estar sometido inevitablemente a error⁶⁷⁵, intenta ofrecer la máxima seguridad posible en campos en los que no cabe ofrecer una certeza absoluta.

Que a esta teoría quepa reprobarle el desencadenamiento de una intolerable consecuencia político-criminal, como es la obligatoriedad del salvamento del bien jurídico únicamente cuando éste sea prácticamente seguro pero no cuando aumente las posibilidades de salvación⁶⁷⁶, en nada convence. Recordemos que la causalidad hipotética se mueve en el plano del desvalor del resultado, esto es, en la imputación jurídica del resultado lesivo al garante, no en el del desvalor de la conducta, relativo al contenido del mandato dirigido a este último. Por tanto, el mandato que *ex ante facto* obliga a aprovechar todas las posibilidades de salvación permanecería intacto, cuestión ésta distinta al enjuiciamiento *ex post facto* de si el resultado hubiese podido ser evitado mediante la prestación de la acción debida necesaria, idónea y posible⁶⁷⁷. No es cierto, en fin, que la teoría de la evitabilidad niegue protección al bien jurídico allá donde más lo necesita⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ Así, LUZÓN PEÑA, D. M: “Omisión impropia o comisión por omisión...”, pág. 170.

⁶⁷⁵ MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 340, Nm. 81.

⁶⁷⁶ STRATENWERTH, G: “Bemerkung zum Prinzip der Risikoerhöhung”. En LOCKNER, K., (ed.): *FS für Wilhelm Gallas zum. 70 Geburtstag am 22. Juli 1973*, De Gruyter, Berlin, 1973, págs. 227-239, pág. 239. ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 257.

⁶⁷⁷ BOLEA BARDON, C: “Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión”, págs. 467-468. Si bien sale en defensa de la teoría de la disminución del riesgo, matiza, en relación con la teoría de la evitabilidad, que ésta se trata de una teoría vinculada con el desvalor del resultado, no con el de la conducta, de modo que, a su juicio, es errado argumentar con el contenido de la norma, puesto que es evidente que la norma de mandato obliga a aprovechar cada posibilidad de salvamento GRECO, L: *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, Marcial Pons, São Paulo, 2018, págs. 24-25.

⁶⁷⁸ De otra opinión, ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 257.

Queda claro, a la luz de lo expuesto, que reclamar un grado de seguridad plena en terrenos en los que predomina un ineludible nivel de incertidumbre representa un requerimiento de imposible satisfacción⁶⁷⁹. No nos queda más remedio que aceptar unos estándares de exigencia distintos. Y no por una pretensión de negar al reo el garantismo que merece sino porque deviene inviable operar con otra vara de medir. De hecho, la incertidumbre es algo característico de toda actividad probatoria, venga esta referida a un delito omisivo o a otro activo. Como es sabido, en el proceso judicial no se persigue una verdad absoluta sino una relativa que pivota en torno al conjunto de pruebas aportadas por las partes y en su correlativo examen por el juez⁶⁸⁰. Algunas de estas pruebas, a su vez, fruto de su naturaleza, no aportan tampoco una seguridad plena sino que están sujetas a errores y disidencias. Ejemplo claro de ello son las pruebas periciales practicadas por expertos en la materia, motivo por el cual, se reconoce la posibilidad de una confrontación o careo entre peritos cuando concurren discrepancias entre sus respectivos dictámenes periciales a fin de llegar a esclarecer en la medida de lo posible aquellos extremos controvertidos. Por ello, como bien razona LUZÓN PEÑA, “si la actividad probatoria, según la común experiencia o la información pericial, le da al juez la práctica seguridad o una probabilidad tan elevada que es rayana en la certeza de que la actividad omitida habría impedido el resultado, entonces a eso se le llama cuasi-seguridad, ser ‘prácticamente seguro’, y al juez ya no le queda una duda irresoluble sino que puede dar por probada la realización en el resultado de la peligrosidad de esa omisión”⁶⁸¹.

Hasta aquí, valga lo desarrollado para la autoría omisiva. Pero, ¿qué hay de la participación por omisión? Naturalmente también es necesario constatar en esta forma de intervención delictiva una relación de imputación objetiva. Sin embargo, ésta ha de venir definida a partir de unos parámetros de causalidad hipotética distintos que en la autoría. Por sus características, carece de sentido examinar si la conducta del partícipe era idónea *ex ante* para impedir con una seguridad rayana a la certeza la producción del resultado lesivo. Eso es propio de la acción debida que al autor omisivo le corresponde prestar conforme al compromiso de garante asumido. El criterio de la seguridad rayana

⁶⁷⁹ Con mucha razón, sostiene PUPPE: “El principio *in dubio pro reo* no puede exigir un 100% de prueba allí donde no hay un 100% de certeza”. Cfr. PUPPE, I: “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, pág. 9.

⁶⁸⁰ Vid. TARUFFO, M: “La verdad en el proceso”, *Derecho & Sociedad*, nº 40, 2013, págs. 239-248, págs. 246-247.

⁶⁸¹ LUZÓN PEÑA, D. M: “Omisión impropia o comisión por omisión...”, págs. 170-171.

en la certeza ha de venir referido, más bien, a que el partícipe hubiese dificultado o contribuido a evitar la comisión del hecho antijurídico mediante aquella acción debida *ex ante* idónea que conforme a su posición de deber tenía que haber emprendido⁶⁸². Es decir, en el ámbito de la participación omisiva, parece más atinado entender la teoría de la evitabilidad como una teoría de la dificultación.

9. Dolo e imprudencia

9.1. Comisión por omisión dolosa

Tradicionalmente la doctrina ha solido afirmar que el concepto de dolo acoge dos clases de proyecciones: un elemento volitivo (querer) y otro cognitivo (conocer)⁶⁸³. Sin embargo, en tiempos más recientes, buena parte de la dogmática penal ha puesto seriamente en tela de juicio semejante afirmación a fin de avanzar hacia una noción normativa de dolo depurada de elementos volitivos y articulada exclusivamente a partir de los cognitivos⁶⁸⁴. Y todo apunta a que el camino correcto a seguir es precisamente ese: el dolo no es otra cosa que conocimiento. ¿O acaso ha de importarle al Derecho Penal lo que el sujeto quiere, pretende o busca en la medida en que albergue conocimiento cierto o se represente en concreto la realización de los elementos del tipo objetivo?

Pisando propiamente el terreno de la comisión omisiva, debe entenderse que omite dolosamente quien no actúa en línea con el contenido de la norma de mandato a pesar de contar con conocimiento acerca de las siguientes circunstancias⁶⁸⁵:

⁶⁸² MOSENHEUER, A: *Unterlassen und Beteiligung*, págs. 155-156. SERING, C: *Beihilfe durch Unterlassen*, Lit, Münster, 2000, pág. 105. Éste ha sido asimismo el criterio acogido por nuestro TS en STS de 9 de octubre del 2000 (RJ 2000/9958) y STS de 24 de mayo de 2018 (RJ 2018/3191).

⁶⁸³ En España, defienden un concepto cognitivo-volitivo de dolo, entre otros, MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 268, Nm. 73. LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, págs. 230-232, Nm. 36-43. Este pensamiento también ha sido ampliamente acogido en la doctrina penal de otros países como Alemania, Brasil o Argentina. Con amplias referencias, vid. GRECO, L: “Dolo sin voluntad”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 13, nº 88, 2017, págs. 10-38, pág. 12, nota a pie de página nº 3.

⁶⁸⁴ Vid. GRECO, L: “Dolo sin voluntad”, págs. 25 y ss. RAGUÉS I VALLÉS, R: “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 4, 2004, págs. 13-26, págs. 13 y ss. CANCIO MELIÁ, M: “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”. En ZUGALDÍA ESPINAR, J. M; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., (coords.): *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Vol. 1*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 57-78, págs. 60 y ss.

⁶⁸⁵ Véase la STS de 24 de octubre de 1990 (RJ 1990/8880) y STS de 2 de julio de 2009 (RJ 2009/5976). También, en el plano doctrinal, vid. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 340, Nm. 83.

- (1) los presupuestos de ostentación de una posición de garante;
- (2) la situación típica que alerta acerca de la aparente probabilidad de producción del resultado desvalorado por el Derecho;
- (3) la falta de emprendimiento de la acción debida destinada a evitar ese concreto resultado antijurídico y la posibilidad de ejecutarla;
- (4) el resultado lesivo producido⁶⁸⁶.

El Derecho Penal moderno reclama, además, que semejante conocimiento sea coetáneo a la realización típica. Es decir, en el hecho penal debe concurrir simultaneidad entre el lado subjetivo y el lado objetivo del comportamiento típico (principio de coincidencia). Por ello, el conocimiento precedente o posterior al hecho resulta del todo irrelevante. De lo contrario, quedaría abierta la puerta a las tan denostadas figuras del *dolus antecedens* y *dolus subsequens* en nuestro sistema legal.

Una tal precisión aún especial relevancia en las estructuras empresariales, pues no parece que existan motivos para descartar que el CO o cualquier otro profesional que desempeña sus funciones en el campo del cumplimiento normativo (un miembro del Control Interno, por ejemplo), alberguen conocimiento del evento penal con carácter ulterior a su realización⁶⁸⁷. Luego, si el CO ignora durante el lapso de tiempo que se prolonga la ejecución típica la comisión del hecho antijurídico ajeno, por mucho de que luego tenga constancia del mismo, su omisión no podría ser calificada como dolosa, toda vez que, en caso contrario, se estaría dando cabida a la manifestación del tan

⁶⁸⁶ No ignoro, sin embargo, el debate doctrinal acerca de si el resultado lesivo forma parte del injusto típico o bien del ámbito de la punibilidad, lo que desde luego tiene implicaciones acerca de si ese elemento ha de ser abarcado o no por el dolo del agente. Entiende, a favor de la opinión doctrinal predominante, que el resultado lesivo es un componente del injusto bajo el argumento de que, si puniésemos independientemente de si ese resultado se produce o no, el Derecho Penal estaría desvinculado de una tarea de protección de bienes jurídicos y se volvería un mero Derecho protector de normas de comportamiento GRECO, L: *Problemas de causalidade e imputação objetiva...*, pág. 30. Considera, en contra, que la producción del resultado debe ser ubicada en sede de punibilidad CORCOY BIDASOLO, M: "Participación y autoría accesoria. Dolo de participar como criterio diferenciador". En BACIGALUPO SAGGESE, S; FEIJOO SÁNCHEZ, B; ECHANO BASALDUA, J. L., (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 71-90, pág. 89.

⁶⁸⁷ En términos generales, ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, págs. 290-291.

execrable *dolus subsequens*. Todavía cabría discutir, no obstante, si la omisión del CO es imputable a título imprudente⁶⁸⁸, siempre y cuando concurren los presupuestos para ello, o, como alternativa, barajar, a lo sumo, su punición como responsable de un delito de encubrimiento (artículo 451 CP) si es que, a sabiendas de la producción del ilícito penal pero sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, auxilia a los sujetos activos de ese injusto penal con posterioridad a su ejecución (por ejemplo, destruyendo documentos de relevancia para la investigación penal)⁶⁸⁹.

9.2. Comisión por omisión imprudente

Hace años que FEIJOO SÁNCHEZ manifestó que el paradigma de la moderna teoría jurídica del delito no es otro que el delito omisivo imprudente⁶⁹⁰ en sustitución de la tradicional estructura de delito activo ejecutado de forma inmediata y con dolo directo por un autor individual⁶⁹¹, tal como lo ha abonado hace unos pocos años el mediático caso del Madrid Arena⁶⁹². Y resulta que, en lo tocante a nuestro campo de estudio, BERMEJO y PALERMO ya ponen de relieve que “en lo relativo a la imputación objetiva y subjetiva de los directivos y CO, resultará usual la atribución de responsabilidad por la vía de la comisión por omisión y, en general, en relación con el delito imprudente”⁶⁹³. Parece, pues, que el lamento de BINDING al calificar la comisión omisiva imprudente como “el más pequeño entre los pequeños en el mundo de los delitos”⁶⁹⁴, dado su escaso estudio dogmático, debería ser hoy por hoy reconsiderado. En las siguientes páginas nos proponemos examinar algunos de sus extremos más relevantes a propósito de la materia que nos ocupa.

⁶⁸⁸ En general, vid. *Ibidem*, pág. 292.

⁶⁸⁹ Vid. LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, págs. 143 y ss.

⁶⁹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B: *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, pág. 127.

⁶⁹¹ Es el conocido “delito paradigmático”. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración...”, pág. 44.

⁶⁹² STS de 11 de diciembre de 2017 (RJ 2017/6237).

⁶⁹³ BERMEJO, M.G; PALERMO, O: “La intervención delictiva del *compliance officer*”, pág. 187.

⁶⁹⁴ La referencia ha sido extraída de STREUNSEE, E: “La estructura de los delitos de omisión imprudentes”, *RDPC*, n° 16, 2005, págs. 243-261, pág. 243.

9.2.1. La distinción entre el deber objetivo de cuidado y la regla técnica

Las normas de *soft law* ISO y UNE cobran un denotado protagonismo en la especificación de los niveles de diligencia demandables a la empresa⁶⁹⁵ y, por correlación, en el oportuno modo de ejercer por el CO las funciones que se le arrojan, al contener las mejores prácticas internacionales consensuadas por especialistas en este concreto sector. Aun así, no siempre sus disposiciones contendrán las medidas de cuidado a emprender en el caso concreto. Deviene capital tener presente aquí la compartida distinción entre regla técnica y deber objetivo de cuidado.

Las reglas técnicas son un conjunto de normas aceptadas jurídica y/o socialmente que delimitan las pautas generales de comportamiento en determinados sectores de actividad⁶⁹⁶, como la *lex artis* en el sector médico. Se trata de guías prescriptivas, convenientes para evitar lesiones a bienes jurídicos protegidos, que determinan las medidas de cuidado a emplear en una determinada situación dada, siendo preciso, sin embargo, un ulterior análisis del concreto escenario de referencia a efectos de especificar qué medidas son las finalmente demandables⁶⁹⁷. Su contenido puede, por tanto, que no coincida con el del deber objetivo de cuidado cuando las circunstancias del caso presenten una variación del peligro en un comienzo planteado. Por eso, como convincentemente justifica CORCOY BIDASOLO, la infracción de una regla general de cuidado no representa *per se* la infracción del deber objetivo de cuidado, y a *sensu contrario*, la observancia de la regla general de cuidado no impide que pueda infringirse el deber objetivo de cuidado⁶⁹⁸. Es decir, su cumplimiento no siempre es garantía de que el comportamiento en cuestión va a quedar enmarcado dentro de la esfera del riesgo permitido sino que habrá que realizar una cierta labor de concreción y estar a las características concurrentes en el supuesto de hecho⁶⁹⁹.

Entonces, si bien es admisible e incluso conveniente que el CO tome como parámetro en las diferentes fases de vida del CMS las distintas normas ISO y UNE elaboradas por

⁶⁹⁵ En este sentido, BERMEJO, M. G; PALERMO, O: “La intervención delictiva del *compliance officer*”, pág. 186.

⁶⁹⁶ CORCOY BIDASOLO, M: *El delito imprudente...*, págs. 75-80.

⁶⁹⁷ CORCOY BIDASOLO, M: *El delito imprudente...*, pág. 79. CHOCLÁN MONTALVO, J. A: *Deber de cuidado y delito imprudente*, págs. 91-96.

⁶⁹⁸ CORCOY BIDASOLO, M: *El delito imprudente...*, pág. 81.

⁶⁹⁹ MARAVER GÓMEZ, M: *El principio de confianza en derecho penal*, pág. 361.

expertos en la materia, dado su distanciamiento respecto a las características definitorias de la corporación, dista de ser adecuado colegir que la cuidadosa atención de sus disposiciones permitirá enjuiciar automáticamente el comportamiento emprendido como diligente, habida cuenta de que, precisamente a tenor de las circunstancias del caso, puede que sea demandable la aplicación de otras medidas de cuidado distintas a las inicialmente requeridas⁷⁰⁰. Es más, aunque este tipo de regla técnica surgida de la mano de operadores privados ostenta en algunos pasajes un carácter prescriptivo, hay veces en las que adopta un tono de recomendación o de ejemplificación debido precisamente a la imperante necesidad de amoldar sus disposiciones a las particularidades de cada empresa. Por ejemplo, el Apartado 9.3 de la norma UNE 19601 meramente recomienda que los informes sobre la adecuación e implementación del CMS, así como los resultados de las investigaciones internas y auditorías, sean reportados por la función de cumplimiento anualmente. Nada obsta para que la frecuencia se intensifique hasta la bianualidad si elementos tales como la complejidad estructural de la organización lo justifican.

Importa no perder de vista, por otro lado, que el estado de la técnica en el *compliance* es objeto de una constante evolución. Las medidas de prevención delictiva avanzan cada vez más hacia un mayor grado de sofisticación (uso de tecnología forense en las investigaciones internas, empleo de *softwares* para predecir comportamientos delictivos, etc.), de modo que, llegados a cierto punto, podría ocurrir que alguna de las disposiciones de las normas UNE y ISO, en tanto *lex artis* del sector, queden obsoletas frente al consolidado progreso de la materia en la *praxis*, salvo que se reformulen y amolden a las nuevas necesidades⁷⁰¹. De no producirse esa actualización, seguramente cabría concluir la necesidad de emprender esfuerzos adicionales acordes a los estándares del momento, siempre y cuando algo así resulte necesario con arreglo a las particularidades de la organización en cuestión.

⁷⁰⁰ Sin contar, aparte, que articular los estándares de diligencia en función de lo dispuesto por las mejores prácticas asentadas en el mercado o el sector de actividad podría incentivar igualmente que entre las personas jurídicas de un determinado sector se llegue a un acuerdo (expreso o tácito) de establecer unos estándares de diligencia bajos, como si de una fijación de precios se tratase. Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, pág. 185, Nm. 1.487.

⁷⁰¹ En puridad, las normas ISO y UNE reflejan las mejores prácticas del sector en el momento en el que son publicadas, lo que significa que esas mejores prácticas pueden que evolucionen pasados unos años y sea preciso la atenta revisión y actualización de las normas técnicas referidas.

En el extremo opuesto, tampoco el incumplimiento por el CO de alguna de las reglas técnicas referidas tendría por qué automatizar la infracción simultánea del deber objetivo de cuidado. Quizás los factores que rodeen la situación de hecho concreta justifiquen minimizar tales estándares de diligencia abstractamente considerados⁷⁰². Por ejemplo, el Apartado A.11 de la norma ISO 37001 propone una abundante lista ejemplificativa de controles financieros a implantar con el objeto de prevenir prácticas corruptas en el seno de la organización (aprobación de pagos por medio de un sistema de doble firma, implementación de controles específicos para pagos en efectivo, etc.) cuya extensión podría llegar a recortarse en caso de que el análisis de riesgo diligentemente ejecutado revele una menor probabilidad de acaecimiento de este tipo de conductas antijurídicas. Aun así, es cierto que si una empresa desatiende las pautas más básicas de estos estándares difícilmente podrá argüir que ha prevenido debidamente la comisión de posibles delitos.

9.2.2. La interrelación entre los deberes de garante y los deberes de cuidado

Siendo la comisión omisiva imprudente el más claro punto de encuentro entre los mundos de la omisión y la imprudencia, no debería resultar llamativo que uno de los aspectos más discutidos sobre este punto de estudio sea el modo en el que los deberes de garante, de un lado, y los deberes de cuidado, de otro, se interrelacionan entre sí.

Esta problemática ya se suscitó, en un primer momento, a raíz de los denominados casos equívocos de realización típica imprudente⁷⁰³, conocidos mayormente en la doctrina por el nombre de comportamientos ambivalentes (*Doppelgesichtiges Verhalten*), cuyo aspecto de debate radica en el controvertido momento omisivo de la imprudencia, identificado con la ausencia del debido cuidado^{704 705}. Se trata de un grupo de supuestos en los que lo que se discute es si la conducta del sujeto resulta encuadrable

⁷⁰² Advierte el riesgo de que las mejores prácticas en la materia puedan resultar excesivamente exigentes ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, pág. 185, Nm. 1.487.

⁷⁰³ SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, pág. 252.

⁷⁰⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, pág. 252. CORCOY BIDASOLO, M: *El delito imprudente...*, págs. 34-47. HERZBERG, R: *Die Unterlassung im Strafrecht...*, pág. 237. FÜNFSINN, H: *Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht*, Peter Lang, Frankfurt, 1985, págs. 41-43, 58.

⁷⁰⁵ Son varios los autores que han concebido el actuar imprudente como una manifestación del delito omisivo. Por todos, vid. KAUFMANN, A: *Dogmática de los delitos de omisión*, págs. 181-182.

en una realización típica activa o bien omisiva⁷⁰⁶, toda vez que las fronteras entre una y otra no resultan del todo nítidas. Semejante discusión académica condujo a afirmar a algunos autores partidarios de una tal concepción omisiva de la imprudencia, como HENKEL⁷⁰⁷ o NIESE⁷⁰⁸, que los deberes de cuidado y los deberes de garante se superponen.

Sin embargo, esta forma de ver las cosas no resultó pacífica a ojos de todos sino que, más bien, fue objeto de duras críticas. Una de las más punzantes ha sido la de SILVA SÁNCHEZ para quien la ausencia del cuidado debido no constituiría, en realidad, una omisión, sino que, en caso de existir, resultaría “en todo dependiente del hacer”, dado que “sólo a través de éste se relacionaría con el resultado”⁷⁰⁹. Tal como reprocha este autor a la tesis de la omisión, “entender que la infracción del deber de cuidado constituye una omisión supondría convertir todas las imprudencias activas en omisiones”⁷¹⁰.

En cualquier caso, no podemos detenernos en la enconada discusión doctrinal reproducida sino que hemos de centrarnos en la interrelación de los deberes de cuidado y los deberes de garante dentro del estricto campo de la comisión por omisión imprudente. Es decir, en aquellos supuestos en los que, a pesar de no existir duda alguna acerca de la concurrencia de una realización típica omisiva, se aprecia un aspecto particularmente característico en sede de tipicidad subjetiva, como es que el resultado lesivo es imputado al garante a título imprudente.

Pues bien, a este respecto, existe un sector doctrinal con una opinión favorable hacia una tesis unitaria de los deberes de cuidado y los deberes de garante. Según éste, ambos coincidirían en contenido, pese a ser diferenciables en el plano del lenguaje jurídico. De

⁷⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, pág. 249. FÜNFSINN, H: *Der Aufbau ...*, pág. 40. ARROYO ZAPATERO, L: *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, Madrid, 1981, pág. 131.

⁷⁰⁷ HENKEL, H: “Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip”. En ENGISCH, K; MAURACH, R., (dirs.): *FS für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 1954, págs. 249-309, pág. 283.

⁷⁰⁸ NIESE, W: *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Mohr, Tübingen, 1951, pág. 62.

⁷⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, pág. 254.

⁷¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, págs. 254-255. De esta opinión, también, HERZBERG, R: *Die Unterlassung im Strafrecht...*, pág. 237. FÜNFSINN, H: *Der Aufbau...*, págs. 41-42.

este modo se posicionan, en líneas generales, en Alemania, entre otros, FÜNFSINN⁷¹¹ o KAMPS⁷¹², y en España, dentro del ámbito específico de los accidentes de trabajo, ARROYO ZAPATERO⁷¹³. Nuestro TS también parece haber acogido con cierta claridad tamaña concepción global de los deberes de garante y los deberes de cuidado a partir de su STS de 12 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8880): “La comisión por omisión puede ser imprudente, siempre que el tipo admita semejante forma. La jurisprudencia así lo ha reconocido, acusándose en tales supuestos la coincidencia entre deber de garante y deber objetivo de cuidado, aunque conceptualmente resulten diferenciables”⁷¹⁴. La consecuencia principal que se derivaría de semejante concepción es que la infracción de un deber comportaría necesariamente la transgresión del otro, al ser equiparados materialmente entre sí.

El pensamiento reproducido no ha estado, con todo, exento de ulteriores precisiones y/o disidencias. Una de las voces doctrinales más autorizadas es la de HERZBERG quien aboga por la estricta separación de los deberes de cuidado y los de garante. En opinión del autor alemán, el deber de garante es un deber proveniente de una posición de garante derivada de una especial responsabilidad social respecto a un concreto suceso, por su lado, el deber de cuidado precisa el deber del garante (y sólo del garante) a invertir cuidado en una específica área con tal de evitar ese suceso⁷¹⁵. Es decir, se trata de un deber de cuidado que incumbe exclusivamente al garante. Los postulados reproducidos han sido adoptados por otros autores, como CORCOY BIDASOLO, quien opina que “la determinación del cuidado en los delitos imprudentes de lesión por omisión sólo se puede encontrar atendiendo a la posición de garante”⁷¹⁶. Incluso el propio TS los acoge en su STS de 2 de julio de 2009 (RJ 2009/5976) cuando afirma que “el deber de cuidado ha de estar fundado en la posición de garantía del omitente y la

⁷¹¹ FÜNFSINN, H: *Der Aufbau...*, págs. 98-101, 103.

⁷¹² KAMPS, H: *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1981, pág. 97.

⁷¹³ ARROYO ZAPATERO, L: *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, págs. 131-132.

⁷¹⁴ Dicha visión también ha seguido reproduciéndose en pronunciamientos judiciales más recientes como la STS de 28 de junio de 2017 (RJ 2017/3084).

⁷¹⁵ HERZBERG, R: *Die Unterlassung im Strafrecht...*, págs. 241-242. Esta idea ya puede encontrarse, con todo, en GALLAS, W: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des verantwortlichen Bauleiters*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1964, pág. 32.

⁷¹⁶ CORCOY BIDASOLO, M: *El delito imprudente...*, pág. 171. También, CHOCLÁN MONTALVO, J. A: *Deber de cuidado y delito imprudente*, págs. 70-71. FEJOO SÁNCHEZ, B: *Resultado lesivo e imprudencia*, pág. 122. En un sentido parecido, expresa que el deber de garante nace lógicamente antes que el deber de diligencia GIUNTA, F: *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, Padova, 1996, pág. 101.

medida del cuidado debido no puede exceder de aquello a lo que el omitente está obligado como garante”.

Para complementar su explicación, HERZBERG aporta un ejemplo que ha captado especialmente la atención de la academia⁷¹⁷:

Un niño cae de la ventana de un sexto piso mientras está jugando. En la habitación de al lado su madre conversaba con una vecina sin prestarle la atención que requería.

Ambas podrían haber evitado la muerte del menor. Sin embargo, a la vecina no se le podría imputar la muerte del menor, pues faltarían en ella los deberes de garante necesarios para ello. Es más, tal como pone de relieve VOGEL, ni siquiera cabría hacerle responsable penal en virtud del § 323 StGB, pues la modalidad imprudente del delito de omisión de socorro no está prevista en el Derecho alemán⁷¹⁸. Por lo que concierne a la madre, sí sería apreciable en ella una posición de garante de protección de la vida del menor, pero esta constatación no valdría sin más para fundamentar un injusto imprudente, pues quedaría por analizar la infracción de la norma de cuidado en ausencia de una causa de justificación⁷¹⁹.

En este orden de cosas, VOGEL, tomando en su construcción dogmática los puntos de partida de HRUSCHKA y KINDHÄUSER, abraza la idea de que, si bien los deberes de garante y los deberes de cuidado coinciden, estos deben ser diferenciados, a fin de poder determinar con corrección su contenido y su extensión⁷²⁰. Pues, sin duda, suscribe el autor alemán, “es acertado que una omisión contraria a deber imputable a un garante en el sentido aquí desarrollado sólo pueda existir si (por falta de dolo) concurre a su vez una infracción del deber de cuidado; o, siendo más precisos, la infracción de una incumbencia de cuidado⁷²¹”. Por ello, continúa diciendo, “la doctrina dominante de

⁷¹⁷ Así, CORCOY BIDASOLO, M: *El delito imprudente...*, pág. 169. VOGEL, J: *Norm und Pflicht...*, pág. 244. KAMPS, H: *Ärztliche Arbeitsteilung...*, págs. 97-98, nota a pie de página n° 40. FÜNFSINN, H: *Der Aufbau...*, págs. 99-100.

⁷¹⁸ VOGEL, J: *Norm und Pflicht...*, pág. 244.

⁷¹⁹ HERZBERG, R: *Die Unterlassung im Strafrecht...*, págs. 242-243.

⁷²⁰ VOGEL, J: *Norm und Pflicht...*, pág. 244.

⁷²¹ VOGEL razona con detalle por qué el modelo del deber jurídico de la imprudencia (*das Rechtspflicht-Modell der Fahrlässigkeit*) resulta, a su juicio, desacertado. Vid. VOGEL, J: *Norm und Pflicht...*, págs. 245 y ss.

ninguna manera puede renunciar a probar si el omitente que actúa en contra del deber de cuidado es garante, es decir, si éste ocupa una posición de garante”⁷²².

Más adelante, VOGEL argumenta, con aún más vehemencia, que definitivamente los deberes de garante y los de cuidado han de ser separados. En su opinión, el fundamento del deber de garante radica en el mandato de garante que surge cuando el garante de manera intencional es capaz de evitar (imputación dolosa) o bien cuando, a pesar de no serlo, ello le resulta imputable en virtud de la infracción de una incumbencia (imputación imprudente). En cambio, la incumbencia de cuidado no se fundamenta en el mandato de garante, sino en la expectativa (normativa) de que alguien en el rol de garante pueda llegar a mantenerse legítimamente, dentro de lo razonable, en el marco del riesgo permitido y el principio de confianza⁷²³.

En la doctrina española, y, más en concreto, dentro de la esfera de los accidentes de trabajo, interesa resaltar, por último, la opinión de LASCURAÍN SÁNCHEZ, quien también aporta una definición diferenciada de los deberes de cuidado y los de garante con tal de distinguirlos. Según este autor, mientras que el cumplimiento de los primeros por el titular del negocio supone la no adopción de un proceso que sea, en general o en concreto, incontrolable o carente de toda funcionalidad social, el de los segundos implica una prestación necesaria para impedir la confluencia de un curso de riesgo con un bien jurídico protegido⁷²⁴.

Expuestos algunos de los principales posicionamientos doctrinales sobre esta temática, sin duda controvertida, ha llegado el momento de plasmar, aunque sea de manera somera, nuestra opinión personal. Antes que nada, deviene preciso matizar que, en lo que sigue, no se hará uso del concepto de deberes de garante sino del de compromiso de garante, para así mantener una coherencia con la postura restrictiva en torno a los delitos omisivos impropios que aquí se estima correcta⁷²⁵. Puntualizado este extremo, me inclino a pensar que, pese a ser posible y necesario trazar una neta separación conceptual entre el compromiso de garante y los deberes de cuidado, distinción ésta de

⁷²² *Ibidem*, pág. 244.

⁷²³ *Ibidem*, págs. 249-250.

⁷²⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 263.

⁷²⁵ Vid. Capítulo III. Apartado 2.

planos abonada por el hecho de que la infracción de uno no siempre tendrá que venir ligada con la transgresión de otro⁷²⁶, hay que aceptar su coincidencia material en el ámbito de la comisión omisiva imprudente.

Dicha convergencia material se constata desde el momento en que el compromiso de garante moldea y pone límite al contenido del deber de cuidado⁷²⁷. Es decir, sólo una vez perfilado el compromiso que el garante hace suyo preferentemente podrá procederse a especificar el nivel de cuidado que le es exclusivamente exigible a fin de darle cumplimiento⁷²⁸. De hecho, en el plano de la omisión imprudente deviene indispensable atender, en un comienzo, a los contornos del compromiso de garante asumido, puesto que sin su constatación no podrá exigirse responsabilidad omisiva por el resultado por mucho de que concurra una infracción del deber objetivo de cuidado. El caso propuesto por HERZBERG lo evidencia con meridiana claridad: a pesar de que tanto la madre como la vecina desatienden en idéntica medida al niño mientras conversan, la imputación de su muerte sólo podrá entrar en consideración en relación con la primera, habida cuenta de que únicamente era ésta quien tenía que proteger la vida del menor ante los riesgos que le amenazaban y, por tanto, quien debería haberse asegurado de tomar las medidas adecuadas para ampararle⁷²⁹.

Desarrollemos algo más nuestras ideas a partir de otro ejemplo:

Un hombre saca a pasear a su dóberman al lado de un parque infantil sin ponerle el bozal y sin tenerlo atado con una correa, pese a que sabe, con base en sus experiencias anteriores, que éste nunca atiende ni a sus silbidos ni a sus llamadas. Debido a los ruidos producidos por las risas y chillidos de los menores que están jugando por la zona, el perro, de repente, se escapa alterado y acaba mordiendo a uno de los niños.

⁷²⁶ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B: *Resultado lesivo e imprudencia*, pág. 122.

⁷²⁷ HERZBERG, R: *Die Unterlassung im Strafrecht...*, págs. 241-242. En este sentido, afirman que los deberes de garante y los deberes de cuidado se delimitan recíprocamente JESCHECK, H.H; WEIGEND, T: *Lehrbuch des Strafrechts...*, pág. 325, Nm. 2.

⁷²⁸ Expresa KINDHÄUSER, si bien no en el plano de la comisión por omisión imprudente: “(...) aquel que desempeña un determinado rol social tiene que sujetarse al cuidado específico que es propio de ese rol”. Cfr. KINDHÄUSER, U: “El tipo subjetivo en la construcción del delito...”, pág. 22.

⁷²⁹ FÜNFSINN opina que, siguiendo los postulados de HERZBERG, cabría colegir que con la constatación de la infracción del deber de cuidado por el garante resulta comprobable, al mismo tiempo, la infracción simultánea del deber de garante, con la particularidad de que este último autor niega la identidad de estos deberes y, por tanto, la inversión del pronunciamiento reproducido. Cfr. FÜNFSINN, H: *Der Aufbau...*, págs. 98-99.

Hasta donde alcanzo, el contenido de las medidas de cuidado coincide con las de contención. En el ejemplo propuesto ponerle el bozal al perro y llevarlo atado con una correa tanto representa una forma de ejercer el cuidado debido con tal de mantener dicho curso de riesgo dentro de la esfera de lo permitido como una proyección de la contención a emplear como garante en torno a semejante foco de peligro. Por consiguiente, el quebrantamiento del compromiso de garante, que es tanto como referirse en puridad al inicio de la tentativa en la omisión⁷³⁰, coincide con la realización del comportamiento descrito en infracción del deber objetivo de cuidado, pese a que la consumación delictiva no se produzca propiamente hasta el momento sucesivo en el que se materializa el resultado típico indeseado (en el ejemplo propuesto, la mordedura del perro al niño).

No puede perderse tampoco de vista que una tal coincidencia material aparece también reflejada en aquellas constelaciones de casos englobados en el terreno de las modernas estructuras de empresa. Sabemos, por ejemplo, que en corporaciones operativas en determinados sectores de riesgo (por ejemplo, comercialización de productos, construcción, etc.) el Derecho Penal exige la contención de aquellos cursos lesivos provenientes de determinados medios peligrosos empleados en el transcurso de la actividad productiva. Es decir, el empresario, como deudor originario de la seguridad en el trabajo, tiene el deber de asegurar que el uso de la maquinaria y demás instrumentos de trabajo empleados para la producción de bienes y servicios no acarrea un riesgo para la vida e integridad de los trabajadores a su cargo. El suministro de las necesarias medidas de seguridad y salubridad en el trabajo y el control de su uso, bien sea personalmente por el empresario o, como suele ocurrir, por los técnicos de prevención de riesgos laborales, no sólo representaría una proyección de la diligencia esperable, una que permite concluir que la actividad empresarial resulta enmarcada dentro de la esfera del riesgo permitido, sino asimismo una expresión de las medidas de contención exigibles respecto a esos cursos lesivos amenazantes.

⁷³⁰ Si bien resulta pacífico situar el inicio de la tentativa omisiva en la fase de infracción del compromiso de garante, la cuestión controvertida radica en determinar en qué momento se considera exactamente producida dicha transgresión. Por todos, vid. ALCÁCER GUIRAO, R: “Comienzo de la tentativa en la comisión por omisión”, *CPC*, n° 73, 2001, págs. 5-33, *passim*. FARRÉ TREPAT, E: “Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa”, *EPC*, n° 13, 1988-1989, págs. 43-86, págs. 54 y ss.

9.2.3. La estructura de la comisión omisiva imprudente

Conforme a lo asentado por nuestro TS⁷³¹, la realización típica en comisión por omisión imprudente tendría cabida allá donde el garante obligado a desplegar una concreta prestación positiva, por no haber observado el cuidado objetivamente debido:

(1) Desconozca o, si se prefiere, no se representa adecuadamente la situación típica.

(2) Ignore su capacidad, esto es, erróneamente se considere incapaz para llevar a cabo la acción debida considerada *ex ante* necesaria para evitar el resultado antijurídico.

(3) No consiga evitar el resultado antijurídico debido a la forma descuidada o inadecuada con la que emprende la acción debida. Es decir, el garante intenta actuar en consonancia con la norma de mandato, sin embargo, no consigue impedir el resultado desvalorado por el Derecho, bien por el defectuoso modo en el que ejecuta la acción debida, bien por elegir una alternativa de acción que en términos comparativos goza, desde una óptica *ex ante*, de menos perspectivas de éxito que otra distinta⁷³².

A este respecto, interesa señalar que, desde las filas del finalismo, KAUFMANN circunscribe, en cambio, la comisión omisiva imprudente exclusivamente a aquel grupo de casos que engloban los intentos fallidos de cumplir con lo prescrito por la norma de mandato, toda vez que, en su opinión, “la imprudencia por omisión presupone que exista la voluntad de alcanzar el resultado deseado por el ordenamiento jurídico”⁷³³. Para dar sustento a semejante pensamiento, el autor alemán hace uso del denominado principio de inversión (*Umkehrprinzip*), mediante el cual infiere la estructura y efectos jurídicos de los tipos omisivos a partir de los tipos activos⁷³⁴, identificando, en todo momento, la tentativa descuidada de cumplimiento del mandato como el constante punto de conexión de la imprudencia por omisión⁷³⁵. Dicho principio de carácter

⁷³¹ STS de 2 de julio de 2009 (RJ 2009/5976).

⁷³² Califican como una omisión imprudente que el omitente escoja una alternativa de acción que erróneamente enjuicie como más apta a efectos de evitar el resultado ROXIN, C: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II...*, pág. 683, Nm. 180. PHILLIPS, L: *Der Handlungsspielraum...*, págs. 73-74. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, pág. 370.

⁷³³ KAUFMANN, A: *Dogmática de los delitos de omisión*, pág. 185.

⁷³⁴ *Ibidem*, págs. 183 y ss.

⁷³⁵ Así lo advierte STREUNSEE, E: “La estructura de los delitos de omisión imprudentes”, pág. 245.

deductivo se basa en dos presupuestos básicos: “Mismo efecto jurídico entre acción y omisión – Estructura inversa” (por ejemplo, es impune tanto la no realización de la acción prohibida como el cumplimiento de la norma de mandato) y “Misma estructura entre acción y omisión – Efecto jurídico inverso” (por ejemplo, la inducción a la comisión de una acción prohibida constituye un hecho de participación típicamente relevante; en cambio, la inducción al cumplimiento de un mandato es valorada positivamente por el Derecho)⁷³⁶.

Ocurre, sin embargo, que a la luz de las críticas esgrimidas contra algunos puntos de la metodología operada por KAUFFMAN⁷³⁷ y la oposición generalizada por parte de un autorizado sector doctrinal, al que pertenecen los autores disidentes con los postulados del autor alemán, en torno a la restricción de la imprudencia omisiva a la tentativa descuidada de cumplir con lo requerida por la norma de mandato⁷³⁸, hay razones para entender que la estructura comisivo omisiva imprudente, hoy por hoy, cabría extenderla asimismo a aquellas otras constelaciones de casos previamente apuntadas.

9.2.4. La punición excepcional de la autoría imprudente

Por razones de taxatividad, fragmentariedad e intervención mínima del Derecho Penal nuestro ordenamiento jurídica contempla una cláusula de incriminación cerrada respecto los comportamientos imprudentes tanto activos como omisivos asentada en el artículo 12 CP⁷³⁹. Según este sistema de *numerus clausus* enjuiciado como preferible por la doctrina dominante⁷⁴⁰, sólo si la legislación penal lo explicita, la realización imprudente del tipo penal de la Parte Especial resulta excepcionalmente punible, en caso contrario, yace impune y sin castigo. Es decir, el fundamento que subyace en este precepto es el

⁷³⁶ KAUFMANN, A: *Dogmática de los delitos de omisión*, págs. 104-105.

⁷³⁷ Vid. STREUNSEE, E: “La estructura de los delitos de omisión imprudentes”, págs. 254 y ss. HAFFKE, B: “Der Unterlassung der Unterlassung”, *ZgS*, Vol. 87, 1975, págs. 44-73, págs. 44 y ss. GRÜNWARD, G: “Der Vorsatz des Unterlassungsdelikte”. En GEERDS, F; NAUCKE, W., (dirs.): *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft: FS für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1966, págs. 281-303, págs. 298 y ss.

⁷³⁸ STREUNSEE, E: “La estructura de los delitos de omisión imprudentes”, pág. 249. HAFFKE, B: “Der Unterlassung der Unterlassung”, págs. 62 y ss. GRÜNWARD, G: “Der Vorsatz des Unterlassungsdelikte”, págs. 300 y ss. HERZBERG, R: *Die Unterlassung im Strafrecht...*, pág. 202. FÜNFSINN, H: *Der Aufbau...*, págs. 56 y ss.

⁷³⁹ Vid. PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, pág. 35. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Artículo 12”. En COBO DEL ROSAL, M., (dir): *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, Edersa, Valencia, 1999, págs. 569-625, págs. 579-580.

⁷⁴⁰ Por todos, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, págs. 89 y ss.

de prohibir sancionar penalmente aquellos delitos imprudentes que expresa e individualizadamente hayan quedado excluidos de una tipificación excepcional por el legislador penal en la Parte Especial⁷⁴¹.

A la vista de lo expuesto, resulta que buena parte de los comportamientos delictivos adscritos al campo del cumplimiento normativo circunscriben su ámbito típico a modalidades de comisión dolosa, razón por la cual su ejecución imprudente tendría que ser catalogada como impune por atípica. El articulado solamente contempla algunas puntuales excepciones a esta regla, a saber, las insolvencias punibles (artículo 259.3 CP), el blanqueo de capitales (artículo 301.3 CP), el delito medioambiental (artículo 331 CP), algunos delitos contra la salud pública (artículo 367 CP), la financiación del terrorismo (artículo 576.4 CP) y, por último, el delito de contrabando (artículo 2.5 de la LO 12/1995). Salvo por la primera conducta delictiva, el articulado penal reclama para el resto, además, que la imprudencia sea calificada como grave, en cuyo caso, a efectos de poder recibir una pena, el sujeto activo, mediante su actuación penalmente relevante, deberá haber infringido aquel deber de cuidado más elemental que cualquier persona en su posición hubiese debido observar.

Vistas las cosas así, podría pensarse que la necesaria explicitación que el artículo 12 CP demanda a la hora de tipificar de forma excepcional los comportamientos penales imprudentes suscitaría un grave problema a la hora de querer punir la comisión por omisión imprudente si es que se cree que el artículo 11 CP cumple una trascendente función de extensión o ampliación de los contornos de la tipicidad a la realización omisiva⁷⁴². Pues, en ese caso, la consecuente respuesta que tendría que otorgarse sería irremediabilmente la impunidad del comportamiento omisivo imprudente por no venir previsto explícitamente en el precepto de la Parte Especial concebido en clave de autoría, lo cual acarrearía una inadecuada consecuencia político-criminal como es la

⁷⁴¹ PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, pág. 84. En cambio, califica al artículo 12 CP del todo superfluo por reforzar el significado del artículo 10 CP ROBLES PLANAS, R: “Participación en el delito e imprudencia”, pág. 235.

⁷⁴² En este sentido, defiende que el artículo 11 CP cumple una función de extensión o ampliación de la tipicidad FEJOO SÁNCHEZ, B: “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español. Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y de la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1948)”. En MORALES PRATS, F; QUINTERO OLIVARES, G., (coords.): *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 229-272, págs. 253-254.

sola cabida de la sanción penal de la comisión activa del delito imprudente, mas no su realización omisiva.

Contra una alternativa tan insatisfactoria, pienso que habría lugar para admitir la punición de la autoría en comisión por omisión imprudente sin poner en jaque el contenido del artículo 12 CP, a tenor del capital argumento de que el artículo 11 CP ostenta un mero valor declarativo, pese a contener, a su vez, una clara propensión de restricción del ámbito de tipicidad de la comisión por omisión.

Los comportamientos comisivo omisivos pueden subsumirse directamente en los tipos penales de la Parte Especial, sin necesidad de que, para ello, interceda el artículo 11 CP⁷⁴³. Cuando el legislador español describe la conducta que el Derecho Penal reprocha no procede de una forma tal como para entender necesariamente que la tipicidad del comportamiento queda circunscrita a la causación activa del curso de riesgo, esto es, al hacer positivo. Bien mirado, el verbo típico permite abarcar la realización tanto activa como omisiva del comportamiento antijurídico, de modo que, aun cuando no existiese una cláusula como la del artículo 11 CP, la comisión por omisión seguiría siendo punible por típica.

Ahora bien, el artículo 11 CP no es absolutamente inservible debido a su manifiesta vocación restrictiva. Éste determina cuales son los presupuestos que permiten apreciar una responsabilidad en comisión por omisión en un agente para aquellos delitos que consisten en la producción de un resultado típico separado en espacio y tiempo de la conducta⁷⁴⁴. Es decir, para que un garante pueda responder en comisión por omisión de un delito de resultado, deben ser satisfechos aquellos requisitos contenidos en el artículo 11 CP, a saber, que el deber extrapenal infringido emane de algunas de las fuentes pertenecientes al denominado triunvirato clásico (ley, contrato e injerencia) y que, además de la infracción de ese deber, sea de apreciación una equivalencia entre la omisión y la acción típicamente relevantes⁷⁴⁵.

⁷⁴³ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Artículo 11”, pág. 453-458. PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, págs. 94-96. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica”, *RDPC*, nº extraordinario 2, 2004, págs. 279-315, pág. 314.

⁷⁴⁴ Así, PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, págs. 94-96.

⁷⁴⁵ Vid. Capítulo III. Apartado 2.

Asumiendo como válida la interpretación reproducida, no concurriría escollo alguno contra la admisión de la punición de la autoría en comisión por omisión imprudente en la medida en que cabría entender que los tipos imprudentes expresamente contemplados en el articulado penal prevén igualmente la sanción de su realización omisiva, si bien bajo la condición de que sean colmados aquellos presupuestos contemplados en el artículo 11 CP. Mayor discusión ha generado, en cambio, tanto la admisión dogmática como la punibilidad de la participación imprudente (activa y omisiva), tal como examinaremos justo a continuación.

9.2.5. La problemática de la participación imprudente

a. La adopción por el ordenamiento jurídico español de un concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes

En Alemania la imposibilidad de admitir una participación imprudente, bien sea en un hecho principal doloso u otro imprudente, ha quedado fuera de duda debido a una razón de puro corte legal. Por disposición expresa del § 27.1 StGB el ordenamiento jurídico germano tipifica exclusivamente la conducta de aquel que presta ayuda dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico igualmente doloso. Es decir, el legislador de este país ha optado por consagrar un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes, de modo que quien interviene en la provocación de un resultado lesivo en infracción del deber de cuidado debe responder como autor principal, sin importar cual haya sido su contribución objetiva al hecho⁷⁴⁶. Semejante panorama normativo no ha estado, con todo, exento de posturas críticas, como la de RENZIKOWSKI⁷⁴⁷, que reclaman la introducción legal de un concepto restrictivo de autor por medio del cual se posibilite la distinción entre las formas de intervención delictiva en el ámbito de la imprudencia.

La situación en España ha sido comparativamente distinta. La opinión predominante, no sin razón, se postula a favor de que el concepto restrictivo de autor puede ser predicado

⁷⁴⁶ Por todos, vid. ROBLES PLANAS, R: “Participación en el delito e imprudencia”, pág. 224, nota a pie de página nº 2.

⁷⁴⁷ RENZIKOWSKI, J: *Restriktiver Täterbegriff...*, págs. 199 y ss.

sin problemas tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes⁷⁴⁸. Son abundantes los argumentos que abonan tal exégesis. El principal tiene que ver con el pensamiento ampliamente difundido de que, sin perjuicio de su desdoblamiento en el articulado penal, los delitos dolosos y los imprudentes comparten entre sí un tipo objetivo común que constituiría la base para un mismo concepto de autor⁷⁴⁹. Pues si el partícipe imprudente, desde una óptica estrictamente objetiva, suministra un aporte idéntico al hecho principal que el partícipe doloso, pese a su divergencia en el plano subjetivo, uno y otro merecerían ser reconocidos por igual.

A lo anterior se le suma un trascendente argumento de carácter político-criminal. Negar una tal distinción entre autores y partícipes imprudentes conduciría hacia un injustificado ensanche de la responsabilidad penal, ya que, como el concepto unitario de autor no permite calibrar en función de la importancia de la modalidad de intervención en el hecho antijurídico, el título de responsabilidad asignable no resultaría acorde a la entidad de la contribución desplegada. Ello evidentemente entraría en frontal contradicción con el menor reproche que recaba el hecho imprudente en comparación a cuando el resultado lesivo se produce fruto de una conducta dolosa⁷⁵⁰, puesto que llegaríamos al sinsentido de que una conducta que objetivamente resulta constitutiva de participación sólo cabría castigarla como tal cuando concorra dolo, mientras que si el comportamiento fuese imputable por imprudencia tendría que ser necesariamente sancionado a título de autor⁷⁵¹. Por eso, tiene razón ROSO CAÑADILLAS cuando

⁷⁴⁸ Así, MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 388, Nm. 42. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, págs. 105-106. LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, pág. 289, Nm. 44. ROBLES PLANAS, R: “Participación en el delito e imprudencia”, pág. 251. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, pág. 38. PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, págs. 78-79. ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, págs. 307-308. CHOCLÁN MONTALVO, J. A: *Deber de cuidado y delito imprudente*, pág. 124. FEIJOO SÁNCHEZ, B: “La participación imprudente...”, pág. 234. CORCOY BIDASOLO, M: “Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente”. En GIMBERNAT ORDEIG, E; GRACIA MARTÍN, L; PEÑARANDA RAMOS, E; RUEDA MARTÍN, M. A; SUÁREZ GONZÁLEZ, C; URQUIZO OLAECHEA, J., (coords.): *Dogmática del derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Tomo I. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario*, Gaceta Penal, Lima, 2014, págs. 177-206, págs. 180, 182.

⁷⁴⁹ Lo creen así, entre otros, MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 387, Nm. 39. PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, pág. 61. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 213-214.

⁷⁵⁰ Sobre el menor reproche recabado por el injusto imprudente frente al doloso, vid. ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, pág. 309.

⁷⁵¹ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, pág. 62. ROBLES PLANAS, R: “Participación en el delito e imprudencia”, pág. 239. Del mismo modo, argumenta FEIJOO SÁNCHEZ: “si facilitar un explosivo dolosamente se entiende como ayudar a matar o lesionar si se

manifiesta que la inadmisibilidad de un concepto restrictivo en los delitos imprudentes conllevaría una insalvable incoherencia, “puesto que, por un lado, se estaría restringiendo la punibilidad en los delitos imprudentes – sistema de *numerus clausus* – y por otro lado se estaría ensanchando o extendiendo – si se opta por el concepto unitario de autor – la responsabilidad por imprudencia”⁷⁵².

A modo de cláusula de cierre, no convence que el empleo en determinados tipos penales imprudentes de expresiones tales como “causar” (por ejemplo, en el delito de homicidio imprudente del artículo 142 CP se habla de “causar la muerte de otro”) equivalga al retorno a la causalidad prejurídica extraña a la imputación objetiva, según la cual, todo aquel que interponga una condición causal del resultado lesivo debería ser sancionado a título de autor⁷⁵³. Bien mirado, tales enunciados lingüísticos han de ser interpretados en el sentido de realización del lado objetivo del hecho castigado por el tipo penal de la Parte Especial en idéntica medida que en los delitos imputables a título de dolo⁷⁵⁴.

Además de lo anterior, no es baladí que el verbo “causar” sólo aparezca reflejado de manera puntual en un número limitado de tipos penales con base en razones puramente estilísticas⁷⁵⁵, de modo que pretender construir de ello todo un sistema de autoría y participación distinto para los delitos imprudentes constituiría una opción un tanto inconsistente⁷⁵⁶. Téngase en cuenta que en el articulado son localizables otros tantos tipos penales que emplean fórmulas más habituales y, si cabe, menos controvertidas, como son las de “ocasionar” (por ejemplo, el delito de aborto imprudente del artículo 146 CP), “provocar” (por ejemplo, el delito de estragos imprudente del artículo 347 CP) o “cometer” (por ejemplo, el delito imprudente de decreto, acuerdo o prolongación de la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado por una autoridad o funcionario público con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales previsto en el artículo 532 CP).

produce el resultado, ¿por qué la infracción del deber de cuidado transforma ese comportamiento en matar o lesionar?”. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B: “La participación imprudente...”, pág. 236.

⁷⁵² ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, pág. 309.

⁷⁵³ Rechazan esta posibilidad MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 387, Nm. 38. ROBLES PLANAS, R: “Participación en el delito e imprudencia”, pág. 237.

⁷⁵⁴ Por su parte, considera que el legislador meramente describe las imágenes más o menos gráficas de la representación social y jurídica de la autoría dolosa o imprudente PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, pág. 58.

⁷⁵⁵ ROBLES PLANAS, R: “Participación en el delito e imprudencia”, pág. 237.

⁷⁵⁶ En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B: “La participación imprudente...”, pág. 238.

b. La impunidad de la participación imprudente

Tras contestar en un sentido afirmativo que en nuestro ordenamiento jurídico el concepto restrictivo de autor encuentra perfecto acomodo tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, queda por dilucidar si acaso cabe el castigo de la participación imprudente. Pues una cosa es que puedan suministrarse argumentos dogmáticos, político-criminales y legales sólidos que doten de sustento a la aceptación de esta forma de intervención criminal en su modalidad imprudente y otra bien distinta es que convenza su sanción por el Derecho Penal. Avanzando mi conclusión, personalmente me aventuro a afirmar que, pese a no concurrir escollo alguno contra la admisión conceptual de la participación imprudente, no creo que quepa lugar para su punición.

Nuestras consideraciones deben partir ineludiblemente del precepto de referencia por excelencia en esta materia, a saber, el artículo 12 CP, que, como es sabido, asienta en el ordenamiento jurídico español un sistema de incriminación cerrada en torno a las acciones y omisiones imprudentes⁷⁵⁷. Es decir, sólo si la ley lo prevé expresamente el comportamiento imprudente puede ser susceptible de recabar con carácter excepcional una sanción penal. Semejante alusión a la ley debe interpretarse, con PÉREZ MANZANO, como una referencia a los tipos penales de la Parte Especial⁷⁵⁸ concebidos de forma general como tipos penales de autoría⁷⁵⁹.

Entonces, dado que el legislador español ha optado por castigar exclusivamente aquellos comportamientos típicos imprudentes cometidos a título de autoría tipificados en el articulado, cabe entender, consiguientemente, que, a tenor de una cuestión de estricta legalidad, sólo estos podrían ser punibles, de modo que, *a sensu contrario*, la

⁷⁵⁷ Vid. Capítulo III. Apartado 9.2.4.

⁷⁵⁸ PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, págs. 87-88.

⁷⁵⁹ Vid. Capítulo III. Apartado 4.1.2.

participación delictiva imprudente resultaría, por regla general, impune por atípica⁷⁶⁰. En efecto, pues, como el artículo 12 CP dictamina que la punición excepcional de la conducta imprudente debe venir contemplada expresamente por la Ley, quedarían vetadas posibles interpretaciones extensivas surgidas de la mano de una conexión sistemática entre el tipo penal imprudente de la Parte Especial y las reglas generales de incriminación de la participación delictiva (artículos 27 y 28 CP).

Político-criminalmente, sin embargo, no parece aceptable que el menor injusto que representan los hechos imprudentes valga como argumento tajante a efectos de excluir la intervención del Derecho Penal frente a todo tipo de conducta criminal de favorecimiento contraria al deber de cuidado exigible⁷⁶¹. Si bien la expresión de un menor desvalor por el comportamiento imprudente puede suponer que sea menos necesaria y merecida una reacción penal⁷⁶², ello no tendría por qué traducirse necesariamente en la ausencia de imposición de una pena.

Tengo la impresión de que tanto las conductas de inducción como de cooperación necesaria son lo suficientemente lesivas como para merecer la atención del Derecho Penal, aun cuando sean perpetradas imprudentemente, siendo, a mi juicio, insatisfactorio relegarlas al ámbito del Derecho civil de daños o del Derecho

⁷⁶⁰ LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, págs. 288-289, Nm. 43-46. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, págs. 38-39. PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, pág. 110. Interpreta que del tenor legal tanto cabe extraer la punición como la impunidad de la participación imprudente ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, pág. 309. Adoptando una postura intermedia, niega la punibilidad de la complicidad imprudente pero defiende que el inductor y el cooperador necesario imprudentes puedan ser objeto de una pena al poder considerarles autores, surgiendo, entonces, la posibilidad de concebir que cometen asimismo el hecho penal doloso o imprudente MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, págs. 388 y ss., Nm. 43 y ss. Estima que la incriminación excepcional de determinado tipo de conductas no determina la impunidad de las formas de intervención accesoria SÁNCHEZ LÁZARO, F. G: *Intervención delictiva e imprudencia*, págs. 454, 464. Opina que hay importantes razones para la sanción de quien, sin ser autor, imprudentemente se asocia a otro que realiza el hecho como autor imprudente o doloso, si bien reconoce la existencia de problemas en torno a su punición SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, págs. 106-109. Por su lado, no cree que existan escollos dogmáticos ni que el artículo 12 CP ponga traba alguna para la punición de la participación imprudente siempre y cuando el articulado contemple para el delito la autoría imprudente FEJOO SÁNCHEZ, B: “La participación imprudente...”, págs. 249 y ss., 271-272. En una dirección análoga, ROBLES PLANAS, R: “Participación en el delito e imprudencia”, págs. 230-234, 241-250.

⁷⁶¹ De otra opinión, ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, págs. 415-416.

⁷⁶² SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, pág. 87.

administrativo sancionador⁷⁶³. Para castigarlas, visto el escollo legal existente en el sistema español, el legislador debería proceder a tipificarlas excepcionalmente en el articulado, atendiendo a la gravedad de la modalidad de ataque así como a la clase de bien jurídico-penal afectado. Mayores dudas plantea la complicidad imprudente, ya que, por su reducido desvalor, no parece que, con arreglo a los principios de *ultima ratio* del Derecho Penal y fragmentariedad, quepa entender que su comportamiento deba ser sancionado necesariamente por medio de la imposición de una pena⁷⁶⁴.

Con base en lo antedicho, entiendo que, pese a la considerable necesidad político-criminal de sancionar ciertas formas de favorecimiento imprudente al hecho principal particularmente graves, por respeto al principio de legalidad, no sería posible punir, en principio, ni la participación imprudente en un hecho imprudente ni tampoco la participación imprudente en un hecho doloso⁷⁶⁵, a no ser que el legislador introduzca de la mano de una reforma legal una disposición concreta que castigue ese concreto comportamiento auxiliar. Menos problemas de sanción suscita la participación dolosa en un hecho imprudente, habida cuenta de que, en ese caso, según ha tenido ocasión de poner de relieve convincentemente SILVA SÁNCHEZ, seguiría concurriendo el doble dolo exigido en el partícipe, referido tanto a su propio comportamiento como también al hecho penal del autor principal. La única diferencia radicaría en que esta otra parte del

⁷⁶³ En línea con el pensamiento aquí defendido, creen conveniente por razones político-criminales la punición tanto de la cooperación necesaria como de la inducción imprudentes SÁNCHEZ LÁZARO, F. G: *Intervención delictiva e imprudencia*, págs. 454 y ss. FEJOO SÁNCHEZ, B: “La participación imprudente...”, págs. 264-265. ROBLES PLANAS, R: “Participación en el delito e imprudencia”, pág. 240. De forma más restrictivo, afirma que una perspectiva político-criminal puede justificar la no punibilidad de la complicidad e incluso de la cooperación necesaria pero, en ningún caso, de la inducción CORCOY BIDASOLO, M: “Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente”, págs. 182-183. En el lado opuesto, opina que las conductas imprudentes de mera participación solo constituyen hechos extrapenales civiles o administrativos LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, pág. 290, Nm. 48.

⁷⁶⁴ Manifiesta serios interrogantes acerca de la punición de la complicidad imprudente SÁNCHEZ LÁZARO, F. G: *Intervención delictiva e imprudencia*, pág. 465. Por respeto al principio de intervención mínima, excluye del ámbito del Derecho penal la complicidad imprudente CORCOY BIDASOLO, M: “Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente”, pág. 183. En contra, estima político-criminalmente conveniente castigar asimismo la complicidad imprudente ROBLES PLANAS, R: “Participación en el delito e imprudencia”, pág. 240.

⁷⁶⁵ Otra cuestión digna de una mayor profundización es la de si la participación imprudente en un hecho doloso merece la impunidad por concurrir una prohibición de regreso limitadora de la responsabilidad del partícipe. Sobre la teoría de la prohibición de regreso, en más detalle, vid. FEJOO SÁNCHEZ, B: *Límites de la participación criminal...*, págs. 17 y ss. CORCOY BIDASOLO, M: “Participación y autoría accesoria. Dolo de participar como criterio diferenciador”, págs. 85-88.

objeto de referencia del conocimiento, el hecho principal, detentaría un significado distinto por mostrarse en clave de delito imprudente⁷⁶⁶.

⁷⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, pág. 107.

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN DEL *COMPLIANCE OFFICER*

1. Banco de casos

En el capítulo precedente tratamos de precisar los presupuestos generales de una eventual responsabilidad penal por omisión del CO. Todavía queda por examinar exhaustivamente, sin embargo, la casuística que puede llegar a suscitarse en este particular sector de estudio a fin de precisar, con arreglo a la misma, cómo responderá exactamente el CO por sus deficientes intervenciones. Por ello, vamos a examinar detenidamente un abanico de casos ubicados en diferentes estadios del proceso de trabajo de este profesional. Concretamente los supuestos de hecho a considerar en las siguientes páginas son los que a continuación se enumeran:

- a) la omisión del adecuado diseño, implementación, gestión o actualización de las medidas de *compliance* de naturaleza preventiva;
- b) la omisión de reporte de un ilícito penal al órgano de administración, por lo que toca al CO sin competencias ejecutivas;
- c) la omisa evitación de conductas antijurídicas cometidas por terceros autorresponsables, por lo que concierne al CO con competencias ejecutivas;
- d) la omisa interposición de una denuncia externa ante las autoridades.

2. La omisión del adecuado diseño, implementación, gestión o actualización de las medidas de *compliance* de naturaleza preventiva

2.1. Las medidas de vigilancia y control intraempresariales

2.1.1. El debido control a ejercer en el marco de la persona jurídica

Los esfuerzos y la diligencia de la persona jurídica en aras al cumplimiento normativo representan el puntal clave que le va a permitir postularse y, en su caso, obtener la

exoneración penal⁷⁶⁷ configurada en términos aparentemente distintos en los artículos 31 bis. 2 CP o 31 bis. 4 CP, dependiendo de si el hecho de conexión se corresponde con un delito cometido por un sujeto comprendido en la primera vía de imputación o bien por otro englobado en la segunda⁷⁶⁸. Esto no quiere decir, en cualquier caso, que nuestro sistema legal exija a la empresa una neutralización absoluta de todos los riesgos de incumplimiento que la amenazan. En *compliance* nos movemos dentro de un estándar de seguridad razonable⁷⁶⁹: el riesgo de comisión de irregularidades, aun pudiendo llegar a ser muy reducido, siempre seguirá existiendo (el riesgo cero no existe, suele decirse⁷⁷⁰). No se trata, por tanto, de que las organizaciones introduzcan un CMS perfecto sino de que inviertan esfuerzos razonables con el fin de crear sistemas y políticas que prevengan aquellos riesgos a los que razonablemente harán frente⁷⁷¹. Consciente de esta circunstancia, no es de extrañar que el legislador español puntualice en los artículos 31 bis. 2 CP y 31 bis. 4 CP que el modelo de organización y gestión a implantar ha de incluir medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o bien para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión⁷⁷², por lo cual, la comisión de un delito en absoluto invalidaría que el modelo pueda ser considerado idóneo desde una óptica *ex ante* a efectos de prevenir infracciones como la cometida⁷⁷³.

⁷⁶⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, pág. 181, Nm. 1.455.

⁷⁶⁸ Y digo aparentemente porque ambos regímenes de exención se aproximan considerablemente fruto del establecimiento por el legislador penal en el artículo 31 bis. 5 CP de unos requisitos comunes en lo que toca a los modelos de organización y gestión.

⁷⁶⁹ En Italia se habla de un “riesgo aceptable” (*rischio accettabile*). Vid. *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione o controllo di Confindustria*, 2014. Pág. 29.

⁷⁷⁰ GALLEGO SOLER, J.I: “Criminal compliance y proceso penal...”, pág. 205.

⁷⁷¹ ROOT, V: “The Compliance Process”, *Indiana Law Journal*, Vol. 94, 2019, págs. 203-251, pág. 221.

⁷⁷² Aclara la CFGE 1/2016 en su Apartado 5.3: “el delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta. En atención a esta realidad, la idoneidad se establece en el articulado con carácter relativo, admitiendo como eficaz un programa que solo permite “reducir de forma significativa” el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido”.

⁷⁷³ DÓPICO GÓMEZ-ALLER pone de relieve que “es fundamental en este punto la perspectiva *ex ante*: debe valorarse *ex ante facto* si la conducta del empresario ha sido diligente o si, por el contrario, debió desarrollar otras medidas que omitió. En sí mismo considerado, el mero hecho de que se haya cometido un delito nunca es prueba de que no se ha prestado el debido control o de que el programa preventivo es ineficaz, pues ningún programa puede evitar todos los delitos”. Cfr. DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Posición de garante del *compliance officer*...”, pág. 347, nota a pie de página nº 13. También estiman necesario adoptar un punto de vista *ex ante* a la hora de medir la operatividad del modelo de prevención SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, pág. 413. ROTSCH, T: “Compliance und Strafrecht-Fragen, Bedeutung, Perspektiven”, *ZgS*, Vol. 125, nº 3, 2013, págs. 481-498, págs. 492 y ss.

Este debido control a ejercer en el marco de la persona jurídica debe mostrarse, en fin, atento a las particularidades de la organización. La corporación no se ve abocada a implementar todas y cada una de las medidas de prevención habidas y por haber sino que debe valorar cuáles necesita exactamente en función del riesgo a que se expone con tal de poder actuar dentro de unos márgenes de tolerancia social y situarse en unas condiciones óptimas para neutralizar posibles *outputs* lesivos, pudiéndose catalogar el ilícito penal finalmente producido como un incidente aislado en vez de como un hecho común en la organización. Aquello que se persigue es la no aparición o, en su caso, la reversión de un estado de cosas antijurídico favorecedor de la comisión de ilicitudes a otro sujeto a control por medio de la introducción de una amalgama de herramientas *ex ante facto* idóneas a efectos de evitar o, cuanto menos, dificultar aquella clase de injustos penales de posible acaecimiento en la organización⁷⁷⁴.

2.1.2. La responsabilidad penal del *compliance officer* por la indebida operatividad de las medidas de vigilancia y control intraempresariales

Ya expusimos en otra sección de este trabajo que el órgano de administración, en calidad de máximo responsable de la gestión social de la corporación, debe ocuparse de configurar la actividad empresarial de un modo inocuo con tal de impedir que ésta desemboque en lesiones de esferas de autonomía ajenas. Ocurre, no obstante, que por razones de eficiencia y división del trabajo es el CO quien delegadamente asume el cometido específico de velar por la debida operatividad de las distintas herramientas de *compliance* adoptadas para ese fin en cada una de las fases de vida en las que se descomponen, a saber, su diseño, implementación, seguimiento y actualización⁷⁷⁵. En estos momentos procede examinar con detenimiento las diversas intervenciones deficientes del CO que podrían llegar a suscitarse en cada una de esas etapas con tal de valorar su relevancia jurídico-penal. Concretamente, en las páginas siguientes centraremos nuestro análisis en las medidas de vigilancia y control intraempresariales, esto es, aquellas herramientas puramente internas destinadas a prevenir posibles comportamientos antijurídicos de aquellos miembros de la entidad (administradores

⁷⁷⁴ En estos términos, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, págs. 393-394.

⁷⁷⁵ Vid. Capítulo III. Apartado 3.2.2.a.

sociales, consejeros delegados, directivos, empleados, etc.) susceptibles de acarrear responsabilidad penal en la persona jurídica:

(1) *El diseño de las medidas de vigilancia y control intraempresariales*

(a) *Por un error de diagnóstico, el CO clasifica un riesgo de incumplimiento como de grado medio, cuando en realidad, con arreglo a las características de la organización, lo acertado sería considerarlo como de grado alto. Como correlato, le adscribe a ese sector de riesgo unas medidas de control intraempresariales insuficientes, circunstancia ésta de la que se vale un trabajador para cometer un delito que pretendía ser evitado (por ejemplo, un delito de daños informáticos del artículo 264 CP).*

Los errores de diagnóstico son comunes en aquellas ciencias inexactas y falibles, como las intervenciones médico-curativas⁷⁷⁶. Con el análisis de riesgo ocurre exactamente lo mismo: esta suerte de autodiagnósticos admiten siempre un margen de error aun cuando se desarrollen de forma correcta. Luego, un diagnóstico erróneo derivado, sin embargo, de un examen diligentemente ejecutado por el CO a partir de una metodología conveniente y razonable no debería conducir hacia responsabilidad penal de ningún tipo⁷⁷⁷. Se trataría de un error inevitable y, por tanto, perfectamente excusable surgido a propósito de una conducta encuadrada dentro de lo socialmente tolerado⁷⁷⁸.

Cuestión divergente es que el error de diagnóstico en el que incurra el CO quepa calificarlo como vencible, en cuyo caso, sí que cabría barajar su punición⁷⁷⁹. Pensemos en aquellos supuestos en los que el CO ejecuta descuidadamente el análisis de riesgo por estar desprovisto de los conocimientos necesarios para realizarlo óptimamente (culpa por asunción⁷⁸⁰) o bien en aquellos otros en los que el CO emite su diagnóstico

⁷⁷⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia del médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo”, *Derecho y Salud*, Vol. 2, nº 1, 1994, págs. 39-58, pág. 47. SUÁREZ-QUINONES Y FERNÁNDEZ, J. C: “La responsabilidad penal médica por el hecho imprudente. El error de diagnóstico. Jurisprudencia aplicable”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2.056, 2008, págs. 581-625, pág. 613.

⁷⁷⁷ De esta opinión, BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 385.

⁷⁷⁸ Expresa que el error excusable (invencible) nunca da lugar a responsabilidad SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista...”, pág. 47.

⁷⁷⁹ Comenta que el error en el diagnóstico, en sí mismo, puede ser punible si se trata de un error vencible SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia del médico anestesista...”, pág. 47.

⁷⁸⁰ Vid. Capítulo II. Apartado 5.2.

sin haber recabado previamente información suficiente para llevar a cabo su evaluación de forma satisfactoria (por ejemplo, el CO omite concertar entrevistas con el personal de empresa que ocupa posiciones de riesgo⁷⁸¹ o bien deja sin examinar determinados documentos de interés aportados por la organización). Frente a lo descrito, seguramente habría razones para concebir una conducta contraria al deber objetivo de cuidado que, en razón de las circunstancias examinadas, podría dar pie a una responsabilidad a título de partícipe imprudente. Al fin y al cabo, ese error de diagnóstico desembocaría en una ineficiente confección de medidas de *compliance* aptas para dificultar ulteriormente la comisión de concretos ilícitos penales.

Tampoco puede descartarse del abanico de hipótesis imaginables una flagrante dejación por el CO de aquellas funciones que le incumbe desempeñar con conocimiento de que con ello está favoreciendo un delito ajeno concreto y determinado a punto de ser ejecutado, en fase de tentativa o bien consumado pero con vistas a una continuación delictiva. Quizás el CO, en semejantes coyunturas, falsee los resultados del análisis emprendido, dejando constancia escrita de que en el concreto sector de actividad donde se produce el delito el riesgo de posibles incumplimientos es sustancialmente bajo, justificando con ello una menor inversión de recursos. O bien, como alternativa, que omita incluir adrede en la matriz de riesgos el examen de ese sector meritorio de análisis, camuflando con ello la omisa adscripción de medidas de prevención delictiva eficaces. Parece incontrovertido que en supuestos como los delineados cabría fundamentar perfectamente una responsabilidad del CO a título de partícipe activo u omisivo doloso, respectivamente⁷⁸².

Sea como fuere, importa tener en cuenta que la aprobación del CMS de la organización representa un cometido que recae de lleno en la esfera competencial del órgano de

⁷⁸¹ La realización de entrevistas al personal de la empresa es una de las fuentes principales de obtención de información a efectos de desarrollar un óptimo análisis de riesgos. Al respecto, vid. NIETO MARTÍN, A: “Código ético, evaluación de riesgos y formación”, págs. 158-160.

⁷⁸² La doctrina habla de la necesidad de apreciar un doble dolo en el comportamiento del partícipe – incluido (y bastando) el eventual – referido tanto a su propio comportamiento antijurídico de auxilio como a las circunstancias que rodean la realización del hecho principal, no siendo necesario conocer todos y cada uno de sus detalles sino solamente sus dimensiones esenciales. Cfr. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 427, Nm. 90. SCHILD, W: “§ 27 StGB”, págs. 1.276-1.277, Nm. 13-14. SCHÜNEMANN, B: “§ 27 StGB”, pág. 2.054-2.055, Nm. 54, 56. Así lo entiende igualmente la jurisprudencia española en STS de 27 de septiembre de 2002 (RJ 2002/9242), STS de 19 de julio de 2007 (RJ 2007/4869) y STS de 2 de junio de 2014 (RJ 2014/3102).

administración⁷⁸³. Ante la propuesta de CMS que el CO le presente por escrito, hará falta que el órgano de administración, en cumplimiento de sus deberes de garantía secundarios, lleve a cabo unas mínimas comprobaciones acerca de la corrección del análisis de riesgo así como de las medidas de *compliance* asignadas a cada sector, no pudiendo ofrecer su firma ni su visto bueno ciegamente. Desde luego esta revisión no va a tener por qué traducirse en un examen exhaustivo que anule las ventajas de la delegación de competencias efectuada sino que bastaría con el despliegue de una validación meramente accesoria (por ejemplo, leer con atención la documentación que se le entregue, solicitar aclaraciones al CO sobre aquellos puntos oscuros que no queden del todo claros, exigir la revisión del CMS ante incorrecciones manifiestas, etc.). Sólo una vez satisfecha diligentemente esta comprobación el órgano de administración estará en condiciones de confiar acerca de la labor ejecutada por el CO. De lo contrario, esto es, en caso de transgredir dolosa o imprudentemente sus deberes residuales en este ámbito, podría barajarse cumulativamente su responsabilidad penal junto con el CO, siempre y cuando los incumplimientos en cuestión detenten relevancia penal por quedar enmarcados fuera de la esfera de lo socialmente permitido.

(b) El CO elabora correctamente la matriz de riesgos de la empresa. Pese a ello, diseña medidas de compliance cosméticas claramente escasas para prevenir un delito en concreto (por ejemplo, un delito de estafa del artículo 248.1 CP). La introducción de esas herramientas de control insuficientemente operativas facilita la comisión por un trabajador de un ilícito penal de la naturaleza de los que se pretendía evitar.

Identificados convenientemente los sectores de actividad de la empresa y el riesgo que de cada cual se desprende, es preciso que el CO adscriba, con arreglo al estado de la técnica del momento así como del nivel de riesgo arrojado, medidas de prevención delictivas idóneas que permitan contener, dentro de un margen de seguridad razonable, el peligro de acaecimiento del delito. Siendo esto así, debemos reflexionar sobre cuáles serían las consecuencias que esta figura afrontaría a propósito de la adopción de una política de *cosmetic compliance*, dando ya por sentado que la misma imposibilitaría que la persona jurídica pueda optar a la eximente de responsabilidad penal del artículo 31 bis CP.

⁷⁸³ BERMEJO, M. G; PALERMO, O: “La intervención delictiva del *compliance officer*”, pág. 182. BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 383.

Pues bien, creo que la mera implementación de medidas *compliance* a sabiendas de su falta de virtualidad práctica no permitiría *per se* una imputación dolosa: para ello haría falta probar que el CO sabía o, cuanto menos, se representaba concretamente en la situación en cuestión que con la introducción de herramientas de prevención delictiva de tal clase estaba auxiliando a la comisión de un delito específico⁷⁸⁴. Distinto es que una tal cortina de humo carente de toda utilidad preventiva valga para fundamentar una imputación imprudente, posibilidad ésta que no creo que quepa descartar. Al fin y al cabo, la integración en el seno de la empresa de herramientas de prevención delictiva cosméticas, en lugar de controles realmente operativos que hagan más difícil la realización típica, sería expresión de un cumplimiento defectuoso de los deberes de vigilancia y control. Podría concluirse, entonces, que en tales condiciones la comisión de determinados delitos representaría una circunstancia mínimamente previsible, precisamente por faltar en la organización medidas de contención adecuadas para su evitación.

(2) *La implementación y seguimiento de las medidas de vigilancia y control intraempresariales*

(a) *El CO omite introducir, desde buen comienzo, un riguroso sistema contable en la empresa que exija, en pos de una mayor transparencia, que los pagos realizados estén suficientemente detallados como para dejar constancia clara y escrita de su finalidad. Por mor de esa omisión, un directivo consigue encubrir una donación destinada a financiar ilegalmente un partido político (artículo 304 bis 4 CP).*

Recabada la preceptiva aprobación del órgano de administración en lo tocante a la adecuación del CMS de la organización y de las medidas de vigilancia y control intraempresariales que de éste emanan, el CO debe ocuparse de implementarlas en los procesos productivos de la organización a fin de poder contener aquellos riesgos de incumplimiento surgidos a propósito del desarrollo de la actividad social. Semejantes medidas de vigilancia y control intraempresariales, como es sabido, operan generalmente dentro de un estándar de seguridad razonable. Lo normal es que reduzcan

⁷⁸⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, pág. 227.

significativamente la probabilidad de que ciertos sucesos típicamente relevantes ocurran, esto es, que los dificulten⁷⁸⁵, pero sean incapaces, sin embargo, de impedirlos completamente. Esto último casa perfectamente con la lógica que rige en el cumplimiento normativo: la imposibilidad de asegurar en la empresa un riesgo cero.

No habría problema en decir, entonces, que omitir establecer un control específico, retrasar en el tiempo su introducción o bien implementarlo de un modo tan gravemente defectuoso que devenga prácticamente inoperativo⁷⁸⁶, en el fondo, significaría omitir dificultar u omitir contribuir a impedir la comisión de un ilícito penal concreto, comportamiento éste equivalente a su facilitación o favorecimiento⁷⁸⁷. Hacemos referencia a la estructura de la participación delictiva por omisión⁷⁸⁸.

⁷⁸⁵ De esta opinión, LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 107.

⁷⁸⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, pág. 226.

⁷⁸⁷ Pese a que ésta sea una cuestión que por su complejidad no puede ser abordada con el detenimiento que merece, valga, cuanto menos, apuntar que no es descartable que la omisión del debido cumplimiento por el CO de estos y otros deberes responda en puntuales ocasiones a las presiones ejercidas sobre su persona por la cúpula de la empresa (por ejemplo, el riesgo a perder el puesto de trabajo en caso de intervenir en un sentido contrario a los designios de los administradores), lo que, además de comprometer claramente su independencia, podría llegar a repercutir en su capacidad de motivación, cuestión ésta a valorar en sede de inexigibilidad. Algo similar a lo descrito ocurrió en el caso del CO del Banco de Beirut resuelto por la FCA el 4 de marzo de 2015 (*FCA Final Notice to Anthony Rendell Boyd Willis. Individual Reference Number ARW01201, March 4, 2015*). Entre los años 2010 y 2011 la FCA acudió a las oficinas del Banco de Beirut. Fruto de sus indagaciones, este organismo británico concluyó que la cultura de la entidad era inadecuada desde la óptica de la valoración del riesgo y la legalidad. En consecuencia, la FCA exigió la puesta en práctica de ciertas medidas a fin de resolver las preocupaciones aducidas, entre las cuales se hallaba, como medida clave, el desarrollo, la implementación y la gestión antes del 1 de septiembre de 2011 de un CMS a fin de ayudar a controlar el cumplimiento de sus obligaciones legales y contrarrestar el potencial riesgo de materialización de delitos financieros. El 18 de julio de 2011 el Banco Beirut contrató a Anthony Rendell Boyd Willis (en adelante, Mr. Willis) como CO de la entidad. Su cometido principal consistía en desarrollar e implementar el CMS requerido así como lidiar con prácticamente todas las comunicaciones intercambiadas entre el banco y la FCA en relación con la ejecución de las medidas exigidas. Mr. Willis, en calidad de CO, no sólo transgredió sus obligaciones contractuales sino que, junto a ello, quebrantó el *Principle 4* de la *Authority's Statement of Principles Approved Persons* que aboga por un diálogo abierto y cooperativo entre la *approved person* (en este caso, Mr. Willis) y la FCA, además de por un debido reporte de aquella información que el organismo público británico pueda esperar razonablemente recibir. Durante lo que la resolución de la FCA denomina el periodo relevante el CO del Banco de Beirut, por un lado, no informó sobre los retrasos en la implementación del CMS y su falta de monitoreo y, por otro, aportó a la FCA, de manera deliberada, información engañosa que sugería que el banco había completado las acciones exigidas por el organismo británico, cuando lo cierto es que esto no era así. En su defensa, Mr. Willis alegó que no se le proporcionaron los recursos necesarios para ejercer su función y, lo que es más grave, que el *senior management* le advirtió de ir con cautela a la hora de ponerse en contacto con la FCA. Aparte, no le dieron permiso para poder detallar los asuntos en su totalidad. La FCA, a pesar de no negar la influencia y presión ejercidas por sus superiores, considera que ello, con todo, no constituía motivo suficiente como para justificar el comportamiento emprendido. Su rol era particularmente significativo, toda vez que su obligación era la de mantener un contacto estable con la FCA. Sólo Mr. Willis estaba en una posición para comprender el alcance del cumplimiento de la legalidad en el Banco de Beirut y, como tal, debía haberse resistido a la influencia ejercida. Semejante comportamiento, alerta la FCA, podría haber expuesto al Banco de Beirut al riesgo de ser empleado como medio para la comisión de futuros delitos

Desde luego no se pasa por alto que en la empresa pueden existir unos controles intraempresariales apreciablemente más esenciales que otros para la prevención delictiva. No es lo mismo la integración de un férreo sistema de doble firma en la emisión de pagos que una simple revisión periódica de aquellas transacciones financieras perfeccionadas en la organización. Sin embargo, ese dato, el de la esencialidad, ha de servir de cara a calificar la conducta omisiva del CO como de complicidad o cooperación necesaria en función de cuán decisiva era la introducción de ese control específico en la situación concreta a fin de entorpecer la producción del resultado típico⁷⁸⁹.

Con tal de colmar las exigencias de dolo resultará necesario que el CO albergue conocimiento cierto (dolo directo de primer grado) o, cuanto menos, representación concreta en el caso en cuestión (dolo eventual)⁷⁹⁰, que con la omisión de la medida de control en cuestión está omitiendo contribuir a impedir la comisión de un determinado delito por un tercero autorresponsable, lo que, sin duda, mostraría una equivalencia axiológica y estructural con su auxilio. No bastaría con que en abstracto el CO supiese que omitir un control de este tipo podría suponer la facilitación de la comisión de ilícitos penales.

(b) Con el propósito de contrarrestar eventuales conductas de corrupción pública y privada, el CO implementa adecuadamente un protocolo de segregación de funciones que impide que la persona que pretende emitir un pago sea la misma que lo apruebe. Sin embargo, omite seguir comprobando si ese mismo protocolo está siendo satisfecho por los integrantes de la organización. Al cabo de unos meses, el responsable en autorizar los pagos comienza a delegar de facto su firma en quienes pretenden emitirlos, deviniendo el protocolo materialmente inoperativo. A raíz de ello, un directivo, aprovechándose del descontrol concurrente, consigue completar una serie de sobornos (artículo 424 CP).

financieros, incluidos el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por ello, la FCA decidió sancionar a Mr. Willis con un multa por valor de 19.600 libras. Enlace: <https://www.fca.org.uk/publication/final-notices/anthony-rendell-boyd-wills.pdf>

⁷⁸⁸ En este sentido, LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, págs. 107-108.

⁷⁸⁹ Vid. Capítulo III. Apartado 4.4.

⁷⁹⁰ En general, sobre el dolo eventual, RAGUÉS I VALLÉS, R: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, págs. 163-165.

Una vez implementadas las medidas de vigilancia y control intraempresariales, el CO no puede confiar automáticamente acerca del buen hacer de los integrantes de la entidad y, por tanto, presumir que estos respetarán a rajatabla los controles y protocolos establecidos. En evidente expresión del principio de desconfianza, el CO tiene que ocuparse de verificar regularmente que eso ocurre a fin de asegurar su verdadera operatividad⁷⁹¹. Justo eso mismo acontece en el marco de las relaciones hiladas entre el técnico de prevención de riesgos laborales y los empleados a su cargo: el primero ha de vigilar que estos últimos hacen uso efectivo de los arneses, cinturones de seguridad y demás herramientas de prevención de riesgos laborales proporcionadas para el desempeño de su labor, no pudiendo dar por sentado que estos actuarán diligentemente⁷⁹².

Bajo este entendimiento, a diferencia del primer abanico de casos, en este segundo, el CO satisface, en un inicio, su compromiso de garante mediante la adecuada integración de un control destinado a prevenir determinadas realizaciones típicas. Sin embargo, la operatividad del protocolo deja de regir pasado un tiempo debido a que los empleados comienzan a omitir aplicarlo en su día a día. Es decir, no se trata de que el CO omita implementar el control en cuestión, sino que lo que ocurre es que omite desplegar un seguimiento continuo a fin de comprobar si dicho control, diligentemente introducido, está siendo respetado tal como se espera.

Tal vez el CO sepa que los empleados están eludiendo los protocolos establecidos y, pese a ello, tolere semejante tipo de prácticas en incumplimiento de su compromiso de control. O bien que adicionalmente mienta en sus informes o memorias anuales, dejando por escrito de que las herramientas intraempresariales están funcionando apropiadamente, falseando con ello el estado real de las cosas. Aun cuando acontezca una situación como la descrita, semejante comportamiento todavía no autorizaría sin más una imputación dolosa: para ello, sería preciso que en el caso específico el CO albergase conocimiento de que con su comportamiento está omitiendo dificultar un concreto hecho antijurídico ajeno, conducta ésta equivalente a su favorecimiento. Sólo así habría cabida para una intervención dolosa punible.

⁷⁹¹ Sobre este deber, vid. BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 385.

⁷⁹² HORTAL IBARRA, J.C: “Delitos contra la seguridad en el trabajo”, pág. 543.

Otra cosa es que concurra una omisión negligente del deber de seguimiento del CO. Sin duda por un tal deber de seguimiento no ha de entenderse una comprobación ilimitada e incansable que imposibilite la realización del resto de funciones con las que el CO carga. Lo que sí parece exigible son, al menos, una serie de verificaciones mínimas cuyo cumplimiento permita acreditar la diligencia del CO en la satisfacción de su compromiso de control y, por lo tanto, el encuadre de su conducta dentro de la esfera del riesgo permitido. Podría ocurrir, no obstante, que la supervisión realizada sea insuficiente, bien por la ínfima intensidad de la comprobación ejercida (por ejemplo, el CO se limita a preguntar a uno de los trabajadores si el control inicialmente introducido está siendo satisfecho, confiando en su respuesta), bien debido a la escasa regularidad en su cumplimiento (por ejemplo, el seguimiento de las medidas de vigilancia y control tiene lugar una sola vez cada año), en cuyo caso, habría espacio seguramente para barajar una intervención imprudente del CO.

(3) *La actualización de las medidas de vigilancia y control intraempresariales*

(a) *La junta general de la entidad mercantil en la que trabaja el CO aprueba la modificación sustancial de su objeto social. Del análisis de riesgo efectuado a propósito de esa alteración se concluye que la nueva actividad de negocio desarrollada – el ofrecimiento de servicios de inversión en el mercado de valores – conlleva un elevado riesgo de comisión de conductas de insider trading (artículo 285 CP)⁷⁹³. Sin embargo, el CO difiere la actualización de los controles de la empresa⁷⁹⁴ a fin de prevenir hechos típicos de esa naturaleza (introducción de “murallas chinas” con tal de impedir filtraciones de información privilegiada, fijación de los denominados trading window periods, llevanza de un registro de personas con deberes de confidencialidad, etc.). Todo ello con tal de permitir que un directivo de la corporación acceda a una información reservada para hacer uso abusivo de la misma en la ejecución de una provechosa operación financiera.*

⁷⁹³ Evidentemente también en esta etapa de actualización podrían materializarse aquellos problemas relativos a la ejecución por el CO de un deficiente análisis de riesgos o a la insuficiente asignación de medidas de prevención delictiva a un concreto sector de actividad ya examinados en la temprana fase de diseño del CMS. Me remito *in totum* a lo desarrollado con anterioridad.

⁷⁹⁴ También contarían como alternativas válidas la omisión total de la actualización del control o bien su actualización gravemente deficiente, según vimos.

Pocos interrogantes arrojan casos como el reproducido. El CO, pese a ser plenamente consciente de la necesidad de actualizar los controles intraempresariales a fin de contrarrestar la eventual materialización de un determinado curso de riesgo, opta por omitir actualizarlos debidamente y en el momento oportuno con conocimiento cierto o, cuanto menos, con representación concreta en la específica situación de que está posibilitando la realización de un ilícito penal por otro sujeto que se aprovecha de la inexistencia de esos controles. Su actualización, si bien no hubiese impedido por completo la perpetración del hecho penal en cuestión, desde luego, sí la hubiese dificultado con una probabilidad rayana a la certeza. No cabe duda de que la situación examinada es idónea para calificar la conducta del CO como una participación omisiva dolosa en el delito del tercero autorresponsable.

(b) El CO de una entidad bancaria encargada de gestionar fondos públicos (por ejemplo, dada su colaboración en el pago de prestaciones de desempleo o de becas) ignora, al no haberse informado convenientemente, que el delito de malversación impropia de caudales públicos fue introducido en marzo de 2019 dentro del catálogo de delitos por los que la persona jurídica puede responder penalmente (artículo 435 CP). Por ello, omite actualizar el CMS de la corporación con miras a agregar controles financieros idóneos para prevenir la comisión de conductas ilícitas de dicha naturaleza, cosa que finalmente sucede.

A fin de poder actualizar regular o puntualmente las medidas de *compliance* y evitar, con ello, su obsolescencia así como garantizar su permanente funcionalidad, antes va a ser imprescindible que el CO esté informado de forma persistente en el tiempo sobre aquellas reformas operadas en el articulado penal o bien acerca de los cambios acaecidos en la estructura o en el objeto social de la empresa. Este deber de formación continua podría ser calificado como una suerte de deber secundario: que el CO omita actualizar sus conocimientos no va a comportarle *per se* consecuencia sancionadora alguna; eso sí, su transgresión le imposibilitará en buena medida mantener su capacidad para luego cumplir con su deber esencial de actualización del CMS cuya infracción, en caso de concurrir los presupuestos necesarios para ello, sí que podrá ostentar relevancia para el Derecho Penal. Dicho lo anterior en pocas palabras: el CO ha de satisfacer con carácter previo su deber secundario de formación continua si es que pretende cumplir posteriormente con su deber esencial de actualizar el CMS.

En el ejemplo planteado, pese a que el CO encarna primariamente un perfil óptimo que se ajusta a las condiciones mínimas requeridas a efectos de desempeñar su función sin riesgo alguno, éste omite seguir adquiriendo aquellos conocimientos que le permiten seguir permaneciendo en ese posicionamiento. Conocimientos que, en estos casos, se traducirían fundamentalmente en su actualización acerca de sucesos tales como una reforma legislativa operada en el articulado penal. De forma sobrevenida, el CO deja de ocupar ese adecuado perfil inicial y, pese a ello, contra el deber objetivo de cuidado a observar, persiste en el desempeño de su tarea en lugar de abstenerse de ejecutarla o bien de obtener aquellos conocimientos necesarios para seguir desempeñándola de modo inocuo. Topamos nuevamente con los denominados supuestos de culpa por asunción⁷⁹⁵. Objetivamente el CO realiza exactamente lo mismo que en los casos anteriores: omitir actualizar como se esperaba un control apropiado para dificultar la realización típica ajena. Sin embargo, esta vez su omisión responde a un comportamiento negligente: el CO, de hecho, seguramente ni siquiera llega a percatarse del riesgo que comporta desarrollar su cometido en semejantes condiciones (culpa inconsciente). Se trataría de una participación imprudente en el concreto delito finalmente realizado por otro exenta, sin embargo, de pena a la luz del artículo 12 CP.

2.2. Las medidas de vigilancia y control extraempresariales

2.2.1. Más allá de la estructura interna de la organización: el *third party compliance*

Establecer y correlativamente gestionar herramientas intraempresariales de vigilancia y control mínimamente operativas son acciones que emergen fruto del legítimo requerimiento de contener aquellos comportamientos contrarios a Derecho imputables a aquellos sujetos que conforman el organigrama societario. Pero ocurre que la empresa no es hermética: necesita nutrirse de relaciones de negocio con terceras partes ajenas a la estructura interna – nacionales o extranjeras – tales como agentes, comisionistas, transportistas, *joint ventures*, proveedores o clientes⁷⁹⁶. Esta apertura al exterior,

⁷⁹⁵ Vid. Capítulo II. Apartado 5.2.

⁷⁹⁶ En lo que sigue voy a ocuparme de examinar los vínculos comerciales hilados entre empresas del sector privado. Pero, más allá de tales relaciones interempresariales, la organización puede optar asimismo por realizar negocios con la Administración Pública, en cuyo caso, lo normal es que sea esta última la que establezca de antemano ciertas condiciones con arreglo al artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8

imprescindible con tal de que la organización prospere, permite aprovecharse de las ventajas de interactuar en el mercado. Sin embargo, como contrapartida, expone a la corporación a otros riesgos que hace falta interceptar y controlar por ser capaces de acarrearle consecuencias del todo nocivas⁷⁹⁷.

Desde una óptica transnacional, los ilícitos perpetrados por terceras partes podrían suponer, de entrada, que la persona jurídica acabe por verse sujeta a serias sanciones impuestas por instituciones extranjeras como, sin ir más lejos, la SEC (vía civil) y el DOJ (vía penal) en virtud de las disposiciones de la FCPA, si es que el acto de corrupción en cuestión recae en su jurisdicción, posibilidad ésta que no será en absoluto desdeñable dados los débiles puntos de conexión necesarios para ello. De hecho, según consta en la Guía Informativa sobre la FCPA publicada conjuntamente por la SEC y el DOJ en el año 2012, son habituales los casos de corrupción pública internacional en los que aparecen involucradas personas interpuestas en el abono de sobornos a funcionarios públicos extranjeros (pagos indirectos)⁷⁹⁸, razón por la cual, el riesgo a que la persona jurídica opere mediante estos grupo de sujetos no sería precisamente nimio.

Paralelamente la interacción con terceras partes podría dar pie asimismo a que la persona jurídica sea objeto de una investigación penal en España a través de distintas vías. Tómese en consideración la siguiente clasificación trazada sin afán de exhaustividad:

a) *Delitos cometidos por terceras partes en el ejercicio de las actividades sociales, por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto que han podido perpetrarse por no haberse ejercido sobre ellas el debido control. Por ejemplo: un comisionista hace uso de tácticas corruptas a fin de vender una línea de productos comercializados por aquella empresa que le contrata.*

de noviembre, de Contratos del Sector Público que la empresa ha de satisfacer si desea ser contratada (no haber sido condenada penalmente, estar al corriente de pago de sus obligaciones fiscales, etc.).

⁷⁹⁷ Ponen de relieve la necesidad de expandir el *compliance* más allá de las fronteras de la empresa GRIFFITH, S. J: “Corporate Governance...”, pág. 2.098. MILLER, G. P: “The Compliance Function...”, págs. 998-999.

⁷⁹⁸ *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, págs. 21-23. Enlace: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

Si bien cabe imaginar que la organización recurra a una persona interpuesta en sus negocios locales a fin de emplearla con pleno conocimiento como medio para canalizar aquellos sobornos que le permitan obtener una ventaja competitiva en el mercado, tampoco puede descartarse que la dirección corporativa, pese albergar fuertes indicios acerca de las tácticas corruptas manejadas por el tercero, las tolere⁷⁹⁹. Tanto uno como otro grupo de casos arrojan el trascendente interrogante de si acaso los delitos perpetrados por aquellos terceros con los que la empresa se vincula comercialmente desencadenan igualmente responsabilidad penal de la persona jurídica del mismo modo que los ilícitos de quienes conforman la estructura interna de la organización. Para ello, hemos de dilucidar si sus conductas contrarias a Derecho podrían quedar incardinadas en alguna de las dos vías de imputación contempladas en nuestro sistema legal.

Empezando por la primera vía de imputación prevista en el artículo 31 bis. 1 a) CP, no parece que la redacción del precepto legal permita comprender a las terceras partes con las que la empresa mantiene relaciones de negocio. La formulación derivada de la LO 1/2015, si bien ensancha el círculo de individuos a otros sujetos distintos a los representantes legales y los administradores sociales⁸⁰⁰, reserva, en todo momento, esta primera vía a aquellas personas que comparten entre sí el rasgo común de ostentar un poder de mando así como una facultad de decisión en la persona jurídica. Le asiste, por tanto, la razón a FEIJOO SÁNCHEZ cuando excluye expresamente de esta esfera a los terceros con cierta capacidad de influencia en las decisiones de la entidad⁸⁰¹.

Continuando ahora con la segunda vía de imputación del artículo 31 bis. 1 b) CP, desde luego el texto legal en ningún pasaje condiciona la responsabilidad penal de la persona jurídica a que los injustos penales provengan de quienes forman parte del organigrama societario, por lo cual, no existiría, en principio, óbice alguno que imposibilite incluir también los hechos antijurídicos de terceros ajenos a la estructura orgánica. Pese a lo

⁷⁹⁹ NIETO MARTÍN, A: “La prevención de la corrupción”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 307-371, pág. 359.

⁸⁰⁰ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, págs. 175 y ss.. Nm. 1.405 y ss. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, págs. 368-370. FEIJOO SÁNCHEZ, B: “Los requisitos del art. 31 bis 1”. En BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 75-88, pág. 76. GÓMEZ MARTÍN, V; VALIENTE IVÁÑEZ, V: “Responsabilidad penal de la persona jurídica”. En CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 127-158, pág. 132.

⁸⁰¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B: “Los requisitos del art. 31 bis 1”, pág. 78.

dicho, nuestras consideraciones deben ser convenientemente matizadas a la luz de los criterios de conexión asentados por el legislador penal español.

Naturalmente, si se pretende que el hecho típico sea expresión de la criminalidad de empresa, los sujetos a los que hace referencia el artículo 31 bis. 1 b) CP van a tener que actuar en el ejercicio de las actividades sociales, por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto. Encontrarían perfectamente cabida aquí, entonces, aquellos hechos contrarios a Derecho realizados por intermediarios a propósito de las labores desempeñadas a favor de una persona jurídica distinta a la que están formalmente contratados como trabajadores. Un ejemplo: un agente aduanero contratado por una empresa exportadora española soborna a un funcionario de la Administración de Aduanas a fin de que reporte el valor de las mercaderías declaradas a un precio menor al real para conseguir que la empresa importadora extranjera pague menos aranceles e impuestos, consiguiendo, con ello, su fidelización comercial⁸⁰² por parte de la empresa exportadora.

Importa tener en cuenta, además, que, de acuerdo con el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que rige en España, los sujetos de la segunda vía de imputación han de estar sometidos a la autoridad de aquellas personas de la primera vía con deberes de supervisión, vigilancia y control cuya grave infracción posibilita la comisión del delito. Lo determinante aquí es descifrar qué ha de entenderse exactamente con estar sometido a la autoridad de alguien.

Seguramente a partir de una interpretación prudentemente restrictiva debería entenderse que lo reclamado por el articulado penal es la vigencia de una pura relación de subordinación, tal como ocurre con las relaciones laborales hiladas entre empleador y empleado. Sucede, sin embargo, que las consecuencias político-criminales que se derivan de semejante exégesis legal son del todo contraproducentes. Las terceras partes, pese a su importante papel de intermediación en el marco de la corrupción internacional⁸⁰³, quedarían fuera de consideración, de tal modo que sorprendentemente bastaría con que la dirección de la empresa recurriese, en vez de a vínculos laborales, a

⁸⁰² Entendiéndose la fidelización comercial obtenida como una suerte de beneficio indirecto para la empresa.

⁸⁰³ Así lo puso de manifiesto el “Informe de la OCDE sobre Corrupción Internacional” del año 2015.

relaciones mercantiles externas marcadas por la ajenidad del agente respecto a un estricto control de la dirección corporativa con tal de escudar a la persona jurídica de posibles repercusiones jurídico-penales⁸⁰⁴.

Por lo anterior, considero político-criminalmente más acertado acoger una interpretación un tanto más amplia que permita englobar, sin violentar el tenor literal del precepto, a aquellos sujetos que desarrollan la concreta tarea a propósito de la cual se comete el delito bajo las directrices recibidas de la dirección corporativa, resultando de poca significancia si se urde un vínculo formal mediante un contrato laboral o mercantil⁸⁰⁵ o bien si existe una relación genérica de dependencia. Justo esta misma idea pienso que hace suya el Apartado 2.5 de la CFGE 1/2016 en el momento de abarcar en la segunda vía de imputación a “autónomos o trabajadores subcontratados, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social”⁸⁰⁶. Mediante el criterio interpretativo reproducido cabría comprender sin problemas a aquellas terceras partes que, pese a gozar de una innegable independencia durante el curso de su labor en cuestiones relativas a la organización de su actividad profesional o a la decisión del tiempo a invertir, desarrollan su cometido conforme a las razonables instrucciones emitidas por el empresario, tal como acontece, sin ir más lejos, con los agentes comerciales (artículos 2 y 9.2 c) de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia).

b) *Delitos cometidos por integrantes de la corporación fruto de haber ofrecido a terceros con los que la entidad se vincula comercialmente un producto o servicio que les ha permitido consumir su injusto penal. Por ejemplo: el director de una sucursal bancaria aprueba, sin antes emprender las medidas de identificación y control legalmente exigibles, una transacción que un cliente pretende llevar a cabo con el fin de blanquear sus fondos de procedencia ilícita.*

⁸⁰⁴ Con lo expuesto no estoy queriendo aludir al grave problema de los falsos autónomos. Es decir, profesionales que, aun estando inscritos formalmente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, prestan sus servicios como si fuesen trabajadores por cuenta ajena. La situación fiscal y laboral ilegal en la que se hallarían inmersos estos sujetos permitiría seguir apreciando un auténtico sometimiento material al poder de dirección y control del empresario de cara a una imputación penal de la empresa.

⁸⁰⁵ De esta opinión, FEJOO SÁNCHEZ, B: “Los requisitos del art. 31 bis 1”, pág. 80.

⁸⁰⁶ Comparten este criterio DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, pág. 142. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 842, Nm. 110. En esta línea, requiere que los terceros estén sometidos a un fuerte control por los administradores sociales NIETO MARTÍN, A: “La prevención de la corrupción”, pág. 361.

El problema del blanqueo de capitales ha sido el principal responsable de que el Estado, mediante una estrategia político-criminal por algunos bautizada como *third party policing*⁸⁰⁷, acabe por imponer a un elenco tasado de sujetos obligados (artículo 2 LPBC), bajo la coordinada amenaza de sanciones tanto administrativas como penales, una serie de deberes de identificación, control interno, conservación de documentos y comunicación (artículos 3 y ss. LPBC) con el fin último de evitar que aquellas terceras partes con las que mantienen relaciones económicas – en concreto: los clientes – los empleen como vehículo para introducir bienes de procedencia ilegal en el curso legal (sistemas KYC).

Cuando algo así ocurre, el comportamiento ilícito en el que incurriría el tercero en modo alguno permitiría fundamentar una responsabilidad penal en la persona jurídica, dado que su conducta no encontraría cabida en el sistema de doble vía consolidado en España. Ni se trataría de uno de los *apicali* ni mucho menos de un individuo sometido a las directrices de los primeros sobre el que haya de ejercer un debido control. Su delito no sería, en fin, expresión de la criminalidad de empresa abarcada por la esfera de garantía de la organización. Bien mirado, la imposición de una pena a la persona jurídica se justificaría por la conducta de blanqueo de capitales respecto a la cual serían responsables uno o algunos miembros del personal de la corporación fruto de haber ofrecido un servicio apto para permitir que el tercero legitime sus activos de origen antijurídico en lugar de haberse abstenido de concluir la operación comercial sospechosa en su condición de *gatekeepers*⁸⁰⁸ y de denunciarla ulteriormente ante el SEPBLAC en calidad de *whistleblowers*⁸⁰⁹, bien directamente⁸¹⁰, bien mediante el representante debidamente designado⁸¹¹. Es aquí donde se despliega la función de

⁸⁰⁷ Vid. CARPIO BRIZ, D: “Prevención del blanqueo de capitales”. En CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 489-496, págs. 492-493.

⁸⁰⁸ Vid. Capítulo III. Apartado 3.3.1.

⁸⁰⁹ Se refiere a la coordinada imposición a los sujetos obligados de los deberes esenciales de no ejecutar una operación sospechosa de blanqueo de capitales (*gatekeeper*) y de informar sobre ella a quien corresponda (*whistleblower*), sin perjuicio del debido cumplimiento de otros deberes secundarios – deberes de examen y de investigación – que posibilitan la satisfacción de los primeros BERMEJO, M. G: *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 238 y ss.

⁸¹⁰ Desde el año 2018 los empleados, directivos y agentes de los sujetos obligados pueden poner directamente en conocimiento del SEPBLAC los hechos o situaciones que puedan ser constitutivos de blanqueo de capitales (artículo 63 LPBC).

⁸¹¹ Me refiero al representante ante el SEPBLAC designado por el sujeto obligado (artículo 26 ter LPBC).

vigilancia de aquellos sujetos responsables de asegurar la debida operatividad de las políticas y los procedimientos aludidos: justamente verificando que los empleados y directivos las satisfacen⁸¹².

c) *Delitos cometidos por terceros pero en los que participan activamente miembros de la entidad. Por ejemplo: el director comercial de la corporación autoriza la adquisición de una línea de productos vendidos por un proveedor a un precio inferior al de mercado por provenir de una trama de fraude carrusel de IVA.*

El fraude fiscal en el que incurre el proveedor de nuestro ejemplo no permitiría derivar responsabilidad penal en aquella corporación que adquiere los bienes comercializados por éste, toda vez que su conducta típicamente relevante tendría lugar en el marco de la actividad social de otra persona jurídica distinta. Más bien, es la intervención delictiva de un integrante del personal de la entidad en ese delito lo que dotaría de fundamento para ello. Esto plantea una duda no precisamente menor. Pues, si bien nada excluye que una persona física, como el directivo de nuestro ejemplo, sea sancionada criminalmente por su conducta de participación, no queda tan claro si acaso la participación delictiva podría acarrear igualmente responsabilidad penal en la persona jurídica. Tentativamente me inclino a pensar que sí⁸¹³: la expresión “delitos cometidos” a la que recurre nuestro legislador penal en el artículo 31 bis CP tanto permite dar cabida a la modalidad delictiva de autoría como de participación sin desbordar el sentido literal posible de la expresión utilizada. El partícipe, a fin de cuentas, también incurre en responsabilidad

⁸¹² En relación con el órgano de control interno encargado de aplicar las políticas y procedimientos de diligencia debida en materia de prevención del blanqueo de capitales (artículos 26 y 26 ter. 4 LPBC), cree que éste tiene atribuida una función de vigilancia sobre toda la actividad del sujeto obligado con el fin de impedir que se transgredan por los empleados y directivos las políticas y los procedimientos establecidos BLANCO CORDERO, I: *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Navarra, 4ª ed., 2015, pág. 970.

⁸¹³ A favor de castigar a la persona jurídica por conductas de participación, MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 841, Nm. 106. GÓMEZ MARTÍN, V; VALIENTE IVÁÑEZ, V: “Responsabilidad penal de la persona jurídica”, pág. 131. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, pág. 174, Nm. 1.395. FEIJOO SÁNCHEZ, B: “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”. En BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2ª ed., 2016, págs. 67-73, pág. 71. Expresa que la persona jurídica responde también por conductas delictivas de participación de las personas físicas integradas en su estructura en hechos de autoría de terceras personas físicas integradas en la estructura de otras personas jurídicas SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, pág. 412. También, véase el Apartado 2.1 de la CFGE 1/2016. En contra, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, pág. 600. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: “¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación?”, *Almacén de Derecho*, 2019, págs. 1-3, *passim*. Enlace: <https://almacenederecho.org/penamos-a-la-persona-juridica-por-conductas-de-participacion/>

penal por favorecer la comisión del hecho antijurídico perteneciente al autor, razón por la cual, su comportamiento quedaría subsumido en un tipo penal distinto al de este último que identificamos como tipo de participación. Quien participa, por tanto, también delinque.

A la luz de todo lo expuesto, es normal que aquella persona jurídica que busque contrarrestar esta serie de riesgos jurídico-penales surgidos en el tráfico mercantil acabe por adoptar medidas de vigilancia y control idóneas para tal fin. A no otra cosa se ha querido aludir con la expresión *third party compliance*^{814 815}. Según lo visto, esta perspectiva del cumplimiento normativo, contemplada expresamente en los Apartados 8.2, 8.5.2 y 8.6 de la norma UNE 19601 así como en el Apartado 8.5 de la norma ISO 37001, persiguiría, en puridad, un objetivo de doble corte. De un lado, prevenir los comportamientos típicamente relevantes de un círculo de terceras partes susceptibles de ser imputados directamente a la persona jurídica (primer grupo de casos). Y, de otro, evitar que los integrantes de la empresa incurran en conductas contrarias a Derecho a propósito de su interacción con terceros, bien sea por la comisión autónoma de un delito (segundo grupo de casos) o por su intervención en injustos penales ajenos (tercer grupo de casos)⁸¹⁶. Concretamente el *third party compliance* quedaría desgajado en una serie de elementos esenciales que ameritan ser, cuanto menos, desarrollados someramente: los procedimientos de diligencia debida, las medidas correctivas y la sucesiva monitorización continua⁸¹⁷.

⁸¹⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, pág. 234. BUSEKIST, K; UHLIG, T: “Third Party Compliance”, págs. 1.129-1.131, Nm. 1-9.

⁸¹⁵ El *third party compliance* serviría igualmente para controlar el riesgo originado a causa de aquellas modificaciones estructurales que la persona jurídica experimente (una fusión por absorción con otra empresa, por ejemplo). Sin embargo, por razones de extensión, el análisis de este punto debe quedar fuera de consideración. Al respecto, vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, pág. 198, Nm. 1.619-1.621.

⁸¹⁶ Considera que el procedimiento de diligencia debida característico del *third party compliance*, acerca del cual hablaremos más adelante, es sobre todo una actividad de control sobre el miembro de la empresa que va a contratar con un tercero y no tanto sobre éste NIETO MARTÍN, A: “La prevención de la corrupción”, pág. 361.

⁸¹⁷ Vid. BUSEKIST, K; UHLIG, T: “Third Party Compliance”, págs. 1.142 y ss., Nm. 47 y ss. NIETO MARTÍN, A: “La prevención de la corrupción”, págs. 361 y ss. GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, págs. 70 y ss. JUANES PACES, A., (dir.): *Memento Experto. Compliance Penal*, págs. 42-43, Nm. 305-308. JAEGER, J: “Mapping Third-Party Risks”. En V.V.A.A: *Managing Third-Party Risks, Compliance Week e-Book*, 2019, págs. 12-13. pág. 12. Enlace: <https://www.complianceweek.com/download?ac=5989&adredir=1>

2.2.2. Los procedimientos de diligencia debida, las medidas correctivas y la sucesiva monitorización continua

Antes de dar inicio a una nueva relación de negocio o de persistir con otra ya entablada, es preciso que aquella organización que desee actuar dentro de los márgenes del riesgo permitido identifique cuáles son aquellos terceros con los que se quiere vincular y calibre el riesgo que entraña mantener relaciones comerciales con ellos. A esta necesidad responden los procedimientos de diligencia debida. Son múltiples los indicadores que la persona jurídica ha de examinar con tal de evaluar a sus terceras partes en función del nivel de riesgo que arrojen: el país donde radica su sede social, los medios de pagos manejados, el volumen anual de operaciones anuales, la naturaleza de la relación comercial entablada, el sector de actividad en el que se desenvuelve, la interacción con funcionarios públicos, etc. Para hacerse con esta información, la persona jurídica tendrá a su alcance una abundante variedad de canales válidos para este fin como, por ejemplo, los motores de búsqueda en Internet, el envío de cuestionarios (autoinformes), la realización de entrevistas, el examen de listas negras (por ejemplo, la *Consolidated list of persons, groups and entities subject to EU financial sanctions* o la *Specially designated nationals and blocked persons list* de la OFAC) o la revisión de registros oficiales, entre otras fuentes.

A partir de la exploración efectuada, la empresa deberá atender a las señales de alarma (*red flags*) que se le presenten (solicitud por el tercero de pagos sin justificación excesivos o en metálico, realización de operaciones en paraísos fiscales, falta de transparencia en el proceso de contratación, contacto continuo con funcionarios públicos, etc.) y, dependiendo de cuál sea el nivel de riesgo que envuelva la relación de negocio, implementar unas u otras medidas de corrección. Quizás el procedimiento de diligencia debida arroje respecto a la tercera parte un riesgo remoto, en cuyo caso, la empresa seguramente estará en condiciones de entablar la relación comercial sin necesidad de introducir medidas de vigilancia y control adicionales. Pero lo más razonable es que, ante un riesgo apreciablemente más intenso, la persona jurídica adopte herramientas óptimas a efectos de contrarrestar posibles cursos lesivos. Una de las más prometedoras sería, de ser ello posible, el condicionamiento de la relación comercial mediante una cláusula de integridad adjunta en el contrato mercantil al reforzamiento o a la introducción de un CMS o, cuanto menos, de medidas de control, políticas o

protocolos mínimamente acordes al riesgo extraído⁸¹⁸. En casos más extremos, quizás la persona jurídica, bien por el elevado riesgo suscitado a propósito de la relación comercial, bien por la imposibilidad de poder garantizar un control adecuado sobre la tercera parte, se vea abocada a postergar las relaciones comerciales con el tercero, rechazar mantenerlas o, en caso de haberlas ya establecido, ponerles fin rescindiendo el contrato u optando por no renovarlo, si es que éste está a punto de expirar.

Una vez satisfecho el procedimiento de diligencia debida y acordadas las medidas correctivas que correspondan, los deberes de vigilancia y control no se darán todavía por concluidos. Sucesivamente se tendrá que ejecutar una monitorización continua, cuanto menos, comprobando que el tercero satisface sus compromisos de cumplimiento a través de la solicitud de los correspondientes certificaciones o políticas de cumplimiento y, si el nivel de riesgo lo exige, ejecutando auditorías regulares, siempre y cuando ello sea posible. Por supuesto, paralelamente la *due diligence* ejecutada va a tener que ser objeto de revisión frente a ciertos factores que alteren el nivel de exposición a riesgo (por ejemplo, la tercera parte comienza a operar en países con altas tasas de corrupción pública) con tal de amoldar las medidas de vigilancia y control a las nuevas circunstancias.

Bajo estas premisas, no pasa desapercibido que las herramientas descritas hasta el momento casarían bien con ámbitos como la corrupción pública. Pero existen otros sectores de riesgo regulados cuya mecánica de *third party compliance* diferiría en parte de la desarrollada, dadas sus particularidades. Ya lo vimos someramente a propósito de la prevención del blanqueo de capitales: la normativa española impone a un círculo cerrado de sujetos obligados el deber de implementar un seguido de medidas con características no plenamente coincidentes respecto a las anteriormente vistas a fin de identificar y conocer a sus clientes con los que se hilan vínculos de naturaleza comercial así como de monitorizárles para, en el caso de detectar una operación sospechosa, omitir ejecutarla y comunicársela cuanto antes al SEPBLAC.

⁸¹⁸ Evidentemente ello será posible siempre y cuando las características de la contraparte contractual lo permitan. Cabe imaginar la imposición de una condición contractual de tamañas características respecto a un agente comercial pero resulta más difícil concebirla, en cambio, en relación con un cliente, por ejemplo.

2.2.3. La responsabilidad penal del *compliance officer* a propósito del *third party compliance*

En su momento comentamos que el *third party compliance* sirve para contrarrestar los perniciosos riesgos de incumplimiento que pueden emerger a propósito de los vínculos interempresariales que la corporación entabla con sus socios de negocio, a saber, no sólo los injustos penales cometidos por ese círculo de terceras partes relacionadas comercialmente con la corporación (agentes, comisionistas, etc.) sino también los comportamientos típicamente relevantes en los que incurrirían los integrantes de la estructura corporativa a propósito de su interacción con tales sujetos externos a la compañía⁸¹⁹. Podría decirse que el *third party compliance* ostentaría tanto una dimensión *ad extra* como otra *ad intra*, compartiendo ambas el objetivo común de impedir que la empresa acabe por verse perjudicada por el mantenimiento de relaciones tóxicas de negocio.

Entrando en un poco más de detalle, la perspectiva *ad extra* del *third party compliance* pretendería contrarrestar aquellos comportamientos penalmente relevantes de terceros sobre los que recaen plenamente deberes de vigilancia y control. Vigilancia y control que, debido a la naturaleza de las relaciones hiladas con esas terceras partes, no va a ser idéntica a la desplegada sobre los miembros de la estructura interna de la organización, lo que tampoco significa, por otro lado, que haya de ser menos rigurosa. Su despliegue daría inicio en la incipiente etapa de selección mediante la comprobación del perfil de riesgo de la contraparte contractual y las correlativas exigencias de *compliance* como condición para iniciar o mantener relaciones de negocio. Hecho esto, todavía la heterovigilancia no podría apoyarse en la autovigilancia del tercero⁸²⁰ configurada a partir de las medidas de vigilancia y control debidamente implementadas a instancia de la otra persona jurídica con la que contrata. Para eso, es necesario algo más: que se compruebe si verdaderamente la tercera parte cumple materialmente con sus compromisos de cumplimiento. Sólo así habrá razones para confiar en la actividad de la

⁸¹⁹ Vid. Capítulo IV. Apartado 2.2.1.

⁸²⁰ La expresión es de SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, pág. 234.

contraparte, bastando, entonces, con intervenir solamente frente a la presencia de determinados indicios de incumplimiento⁸²¹.

La otra perspectiva del *third party compliance*, la *ad intra*, coincidiría con la *ad extra* en la clase de medidas de vigilancia y control a implementar, sin embargo, diferiría en que la contención perseguida no iría enfocada propiamente en las actuaciones ilícitas de aquellas terceras partes que por su condición imposibilitan derivar responsabilidad penal en la persona jurídica (proveedores, por ejemplos), sino, antes bien, en el comportamiento antijurídico del personal de la entidad ejecutado a propósito de su relación de negocio con las primeras. Ocurre, además, que por tratarse de riesgos de incumplimientos emanados propiamente del seno de la estructura interna de la entidad, esta vertiente del *third party compliance* seguramente podría ser complementada con aquellos controles adscritos al cumplimiento normativo interno en sentido estricto. Intentando cierta concreción ejemplificativa, eso significa que si la empresa pretende evitar que algún miembro del personal de la empresa intervenga en injustos penales ajenos, contaría como herramienta de prevención delictiva tanto la exigencia de un adecuado examen del historial de la tercera parte con tal de verificar su buen nombre y reputación como la introducción de controles y protocolos intraempresariales aptos para prevenir conductas indeseadas (por ejemplo, un sistema de doble chequeo en la celebración de los contratos).

Justo en el complejo panorama descrito es donde se inserta el CO, por ser éste quien por delegación del órgano de administración asume en condición de garante el fundamental cometido de velar por la debida operatividad de los mecanismos de *third party compliance* apuntados, en idéntica extensión que con las herramientas de vigilancia y control intraempresariales. Por lo examinado, tal vez la corrupción pública y privada sea el sector de incumplimiento que más atención amerite de este profesional en el curso de su labor, visto el serio riesgo suscitado a causa del empleo por la organización de intermediarios en el tráfico mercantil. Pero podría ocurrir que el CO tenga que hacer igualmente las veces de órgano de control interno y encargarse paralelamente de aplicar y vigilar el adecuado cumplimiento de las políticas y procedimientos de diligencia

⁸²¹ Cree que la confianza en la contraparte es reactiva y no proactiva SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, pág. 234.

debida en materia de prevención del blanqueo de capitales⁸²². La libre asunción de la función que aquí se le asigna arroja, en fin, la legítima duda de cuáles serían las consecuencias jurídico-penales que el CO afrontaría en el supuesto de ejercer su rol de forma defectuosa.

Pues bien, como sabemos, el *third party compliance* permite a la persona jurídica conocer con quien se está vinculando en aras de prevenir relaciones tóxicas que acaben por damnificarla. Es decir, lo que posibilita esta vertiente del cumplimiento normativo de cuya debida funcionalidad se responsabiliza principalmente el CO consiste en identificar y controlar el riesgo que entraña anudarse con un sujeto externo a la compañía con tal de evitar que las relaciones interempresariales abran paso a incidentes de incumplimiento futuros. Y particularmente el campo de deberes del CO quedaría circunscrito en esta sede a analizar en la temprana etapa de selección el perfil de riesgo de la contraparte contractual, realizar un seguimiento continuo más o menos intenso de la misma en la forma previamente desarrollada así como verificar ulteriormente si ese riesgo inicialmente detectado permanece igual o bien si, por lo contrario, ha variado frente a la concurrencia de una serie de circunstancias específicas. Con esto en mente, a

⁸²² Desde luego éste ha sido un sector de riesgo que en países como Estados Unidos ha suscitado especiales preocupaciones entre aquellos que ejercen como AML COs de sus respectivas entidades dado el significativo número de procedimientos sancionatorios iniciados estos últimos años contra este grupo de profesionales con motivo de sus deficientes actuaciones en infracción de las disposiciones de la *Bank Secrecy Act*. Uno de los casos más trascendentes ha sido el de *US Department of Treasury v. Thomas Haider 14 Civ. 987 (S.D.N.Y.) (December 18, 2014)*. De forma resumida, Thomas Haider ejerció entre los años 2003 y 2008 como AML CO de MoneyGram, una empresa norteamericana que ofrece a sus clientes servicios de transferencia monetaria de un lugar a otro del mundo a través de una red global de agentes y *outlets* (locutorios, cibercafés, etc.). Por su actividad de negocio, MoneyGram estaba obligada a adoptar y mantener un efectivo programa de prevención del blanqueo de capitales así como a reportar a la FinCEN aquellas actividades consideradas sospechosas de blanqueo, debiéndose tratar, en todo caso, de transacciones financieras realizadas a través de MoneyGram cuyo valor, de manera individual o conjunta, alcanzara, al menos, los 2.000 dólares, siempre que la empresa supiese, sospechara o tuviera razones para sospechar que el propósito de la utilización del sistema de transferencia monetaria era la financiación de actividades ilícitas. A Thomas Haider le incumbía asegurar tanto la implementación y preservación en la empresa de semejante programa de prevención de blanqueo de capitales como el cumplimiento de los deberes de reporte descritos. No obstante, durante el tiempo que estuvo ejerciendo como AML CO, incumplió deliberadamente dichas responsabilidades, lo cual permitió que durante años agentes y establecimientos de negocio relacionados con MoneyGram, de los que se sabía o se tenía sospecha de alguna vinculación con esquemas de defraudación y/o de blanqueo de capitales, pudieran seguir cometiendo infracciones penales. Por ello, el 18 de diciembre de 2014, la FinCEN anunció la interposición de una demanda civil contra Thomas Haider en la que interesaba la imposición de una sanción económica por valor de 1 millón de dólares. Enlace: https://www.fincen.gov/sites/default/files/news_release/20141218.pdf Tiempo después, el 4 de mayo de 2017, la FinCEN y el Manhattan US Attorney hicieron público un acuerdo con Thomas Haider en virtud del cual éste asumió su responsabilidad por los hechos acaecidos y aceptó el pago de una sanción por valor de 250.000 dólares así como la inhabilitación durante tres años para ejercer como CO en otras entidades cuyo objeto de negocio guardara una identidad con el de MoneyGram. Enlace: https://www.fincen.gov/sites/default/files/201705/HaiderSettlement_050417.pdf

continuación, vamos a examinar desde una óptica jurídico-penal una serie de escenarios de incumplimiento de probable materialización en la *praxis*:

a) *A partir del procedimiento de diligencia debida ejecutado por el CO, se colige que el riesgo de que la persona jurídica inicie una relación comercial con una tercera parte debe ser calificado como remoto, cuando en realidad, a la vista de las circunstancias concurrentes, debería ser catalogado como elevado. La empresa, a raíz de los resultados arrojados, inicia relaciones de negocio con esa tercera parte sin antes adoptar medidas de vigilancia y control o bien adoptando unas insuficientes, lo cual posibilita una ulterior realización típica.*

El supuesto de hecho descrito preserva, en lo esencial, un innegable paralelismo con los deficientes análisis de riesgo llevados a cabo por el CO a propósito del diseño del CMS de la organización. Al fin y al cabo, el procedimiento de diligencia debida no deja de ser, en el fondo, una suerte de análisis de riesgo ejercido sobre una tercera parte ajena a la estructura organizativa con la que la persona jurídica pretende iniciar actividades de negocio. Por consiguiente, las consideraciones que llevamos a cabo en su momento podrían ser perfectamente extrapolables a este plano.

Un diagnóstico erróneo acerca del nivel de riesgo que arroja relacionarse comercialmente con la tercera parte procedente, sin embargo, de un procedimiento de diligencia debida convenientemente ejecutado no debería acarrear responsabilidad penal en el CO por tratarse de un error perfectamente excusable. Distinto es que ese error quepa calificarlo como vencible precisamente por originarse a propósito de un comportamiento contrario al deber objetivo de cuidado que el CO debía haber observado, tal como podría acontecer, por ejemplo, si éste plantea sus conclusiones acerca del perfil riesgo de la tercera parte sin haber antes recopilado y analizado información suficiente a tales efectos. Hablaríamos propiamente, en ese caso, de una participación imprudente del CO, toda vez que su comportamiento negligente supondría favorecer la comisión del delito ajeno precisamente por facilitar una ausencia de control sobre esa tercera parte con la que persona jurídica se vincula comercialmente. Otra cosa es que el CO, con conocimiento de que está auxiliando la comisión de un delito ajeno, ejecute incorrectamente el proceso de diligencia debida en cuestión o bien falsifique los

resultados arrojados, conducta ésta perfectamente encuadrable en una participación dolosa en el delito ajeno.

Cabe apuntar, por lo demás, que, salvo que el CO sea dotado de las competencias necesarias para ello, no va a ser quien, en función del nivel de riesgo desprendido, adopte materialmente la decisión de adoptar una u otra medida correctiva con tal de asegurar que el mantenimiento de la relación interempresarial es ajustado a Derecho. Normalmente esta labor suele ser asignada al órgano de administración, sin perjuicio de las recomendaciones que el primero le emita. Esto debe llamar nuestra atención debido a la eventual responsabilidad penal que este último podría llegar a afrontar cumulativamente junto con la del CO. En efecto, el órgano de administración tiene que verificar residualmente el análisis emprendido por el CO y, a partir de aquí, optar por adoptar unas u otras medidas de control extraempresariales. Por lo tanto, la adopción de una decisión deficiente en este ámbito – en concreto: optar por introducir unas medidas de control insuficientes respecto a la contraparte – sin haber emprendido antes una mínima verificación diligente sobre el análisis desempeñado por el CO, a mi entender, permitiría dar cabida a una responsabilidad penal de este organismo – dolosa o imprudente, según el caso – si es que acaba por producirse un hecho delictivo gracias a esa inoportuna decisión.

b) El CO omite llevar a cabo un seguimiento continuo del grado de satisfacción por la contraparte contractual de sus compromisos de cumplimiento inicialmente contraídos (por ejemplo, introducir en su seno un CMS auténticamente operativo). Como correlato, el tercero, que en realidad ha incumplido esos compromisos apuntados, consigue perpetrar un ilícito penal en el marco de la relación comercial hilada con la persona jurídica al no estar sometido a control de ningún tipo.

Tal como justificamos en su momento, los deberes de vigilancia y control extraempresariales no terminan con el mero requerimiento contractual a la tercera parte de introducir o reformular medidas de control eficaces con tal de contener posibles cursos de riesgo lesivos, siempre que en virtud de sus características ello sea posible. Eso significa que el CO no va a poder estar en condiciones de depositar su confianza en la autovigilancia de la contraparte contractual sin haber realizado antes una serie de indagaciones adicionales más o menos intensas, dependiendo del nivel del riesgo

arrojado por la relación comercial, con tal de asegurarse de que ésta realmente satisface sus compromisos de cumplimiento inicialmente contraídos. Semejante proceder, según tuvimos ocasión de explicar, se concretaría, por ejemplo, en la solicitud de certificados o copias de las políticas de cumplimiento o incluso, de ser necesario y posible, en la ejecución de auditorías regulares.

Este proceso de seguimiento al que ahora nos estamos refiriendo representa, en el fondo, una auténtica herramienta de *third party compliance* de indudable valor para la prevención delictiva, precisamente por permitir verificar que la contraparte está sometida a un verdadero control. Y su riesgo de inoperatividad resulta que tiene que ser contenido por el CO al ser éste un deber recaído dentro de su esfera de competencia. Podría decirse, pues, que el CO incurriría, por lo general, en responsabilidad a título de partícipe omisivo – doloso o imprudente – si es que éste, en transgresión de su compromiso de garantía, omite, retrasa de forma incomprensible o ejecuta de modo gravemente defectuoso una tal medida de seguimiento apta para dificultar un injusto penal ajeno. Pues, en ese caso, su comportamiento supondría omitir contribuir a impedir aquel hecho típicamente relevante indeseado mediante el aseguramiento de la debida funcionalidad de la medida de *third party compliance* en cuestión, lo que claramente mostraría una equivalencia axiológica y estructural con su facilitación.

Aclarado esto, importa matizar que la valoración jurídico-penal precedente decaería allá donde el deficiente comportamiento del CO en lo tocante al control de la debida operatividad de una tal medida de *third party compliance* suponga omitir dificultar, en vez de una conducta de autoría, una conducta de participación, tal como acontecería a propósito de la intervención de los miembros de la entidad en un fraude carrusel de IVA. Cuando algo así acontezca nos encontraríamos frente a una participación en el hecho de otro que a su vez sería constitutivo de una participación delictiva, esto es, una participación en cadena, cuyo adecuado tratamiento jurídico-penal resulta que tiene profundamente dividido a la academia⁸²³. Personalmente me aventuro a afirmar que la participación en cadena no debería castigarse. Primero, dada la debilitación de la nota de favorecimiento de la lesión del bien jurídico que se deriva de una aportación proveniente de un partícipe que a su vez sirve para contribuir a que otro partícipe auxilie la

⁸²³ Por todos, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, págs. 55-56.

realización típica del autor. Y segundo, debido a que la participación delictiva en el hecho de otro lleva ínsita que ese hecho en el que se participa sea el del autor del delito. Eso no ocurre propiamente en la participación en cadena, toda vez que el hecho de referencia no es el principal sino uno auxiliar que pertenece a otro partícipe, independientemente de que, a la postre, la lejana contribución del partícipe del partícipe pueda desplegar un efecto favorecedor sobre la ejecución del hecho típicamente relevante del autor.

c) El CO omite actualizar las medidas de third party compliance a propósito de una variación del riesgo inicialmente alertado. Gracias a ello, se perpetra un delito que pretendía ser evitado.

Mientras que seguramente una omisa actualización de una medida de *third party compliance* por el CO con conocimiento preciso o representación concreta de que con ello está omitiendo contribuir a impedir un delito ajeno cabría encuadrarla sin demasiadas complicaciones en una participación omisiva dolosa punible, distintas consideraciones ameritaría que algo como lo descrito ocurra fruto de una conducta negligente de este profesional. En contraposición a los casos de culpa por asunción (inicial o sobrevenida), el CO mantendría en las coyunturas descritas un perfil idóneo en términos de conocimientos y aptitudes, pero lo que se le reprocharía consistiría en omitir comprobar regular o puntualmente el perfil de riesgo de la contraparte contractual en aras de verificar si se ha producido alguna variación del riesgo inicialmente arrojado para, en su caso, modificar las medidas de vigilancia y control de *third party compliance* que correspondan. Ante ello, veo posible barajar una participación imprudente si es que esa falta de comprobación responde a un comportamiento falto de la diligencia debida quebrantador del deber objetivo de cuidado a atender (por ejemplo, el CO revisa el perfil de riesgo de la contraparte contractual dejando pasar un excesivo periodo de tiempo por cada revisión, a saber, una sola vez cada dos años).

2.3. Las medidas relativas al fomento e integración de una cultura de cumplimiento en la empresa

2.3.1. ¿Qué debe entenderse por cultura de cumplimiento?

Vigilar y controlar potenciales comportamientos antijurídicos, estrategia de corte preventivo-general negativa⁸²⁴ tradicionalmente ligada con el denominado *command and control model*⁸²⁵, no lo es todo en *compliance*. Son abundantes los inconvenientes advertidos por la academia que desaconsejan unas excesivas e intrusivas dosis de vigilancia y control en la empresa. Ejemplo de ello son los elevados costes de un desmesurado grado de monitorización⁸²⁶ o bien la proliferación de un clima de desconfianza hacia los trabajadores⁸²⁷ capaz de desencadenar un efecto búmeran de rebote u oposición⁸²⁸ que aliente a actuar en un sentido adverso a aquel pretendido por la compañía⁸²⁹.

Durante estos últimos años, el fomento e integración de una cultura de cumplimiento, íntimamente relacionada con el denominado *values-based model*⁸³⁰ o *integrity-based system*⁸³¹, ha ganado cada vez más peso como mecanismo, paralelo al primero, a utilizar

⁸²⁴ En general, sobre la prevención general negativa, vid. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, págs. 88-89, Nm. 17-18.

⁸²⁵ TYLER, T. R: “Reducing Corporate Criminality: The Role of Values”, *American Criminal Law Review*, Vol. 51, nº 1, 2014, págs. 267-291, pág. 272.

⁸²⁶ TYLER, T. R: “Self-Regulatory Approaches to White-Collar Crime: The Importance of Legitimacy and Procedural Justice”. En SIMPSON, S. S; WEISBURD, D., (eds.): *The Criminology of White-Collar Crime*, Springer, New York, 2009, págs. 195-216, pág. 200. TYLER, T. R; BLADER, S. L: “Can Businesses Effectively Regulate Employee Conduct? The Antecedents of Rule Following in Work Setting”, *The Academy of Management Journal*, Vol. 48, nº 6, 2005, págs. 1.143-1.158, pág. 1.154. FRANCO, J.A: “Surveillant and Counselor: A Reorientation in Compliance for Broker-Dealers”, *BYU Law Review*, Vol. 2014, nº 5, 2015, págs. 1.121-1.184, pág. 1.124. LANGEVOORT, D. C: “Monitoring: The Behavioral Economics of Corporate Compliance with Law”, *Columbia Business Law Review*, Vol. 71, 2002, págs. 71-118, pág. 81. EL MISMO: “Cultures of Compliance”, *American Criminal Law Review*, Vol. 54, 2017, págs. 933-977, pág. 944.

⁸²⁷ TYLER, T. R: “Self-Regulatory Approaches to White-Collar Crime...”, pág. 200. EL MISMO: “Reducing Corporate Criminality...”, pág. 273. KILLINGSWORTH, S: “Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 25, nº 4, 2012, págs. 961-987, pág. 968.

⁸²⁸ LANGEVOORT, D. C: “Cultures of Compliance”, pág. 967. STUCKE, M. E: “In Search of Effective Ethics and Compliance”, *Journal of Corporation Law*, Vol. 39, nº 4, 2014, págs. 769-832, pág. 818.

⁸²⁹ LANGEVOORT, D. C: “Monitoring...”, pág. 96. EL MISMO: “Cultures of Compliance”, pág. 967. PAINE, L. S: “Managing for Organizational Integrity”, *Harvard Business Review*, Vol. 72, nº 2, 1994, págs. 106-117, pág. 111.

⁸³⁰ TYLER, T. R; DIENHART, J; THOMAS T: “The Ethical Commitment to Compliance: Building Values-Based Cultures”, *California Management Review*, Vol. 50, nº 2, 2008, págs. 31-51, *passim*.

⁸³¹ STUCKE, M. E: “In Search of Effective Ethics and Compliance”, pág. 819. LANGEVOORT, D. C: “Monitoring...”, pág. 104.

por la organización en la prevención delictiva⁸³². Su compatibilidad con la estrategia de *command and control* se constata desde el momento en que las corporaciones no se ven abocadas a resolver una disyuntiva que les obligue a escoger entre un CMS orientado a valores u otro basado en la vigilancia y control. Extraña será la vez, de hecho, en que dejen de convivir ambos instrumentos⁸³³. Un CMS, como bien lo ilustra KILLINGSWORTH, es una gran caja de herramientas y ninguna de ellas hace todo el trabajo sola⁸³⁴. Tanto una como otra vertiente persiguen una meta común: lograr que en la corporación se cumpla con el Derecho en la consecución de los objetivos comerciales. Es en el método para alcanzar ese propósito donde difieren.

Pese a las múltiples referencias existentes acerca de la importancia de fomentar e integrar una cultura de cumplimiento en la corporación, en tanto pieza fundamental de cualquier CMS que se precie⁸³⁵, definir qué ha de entenderse por tal dista de ser una

⁸³² GRAHAM, HARVEY, POPADAK y RAJGOPAL realizaron una interesante investigación empírica en Estados Unidos acerca del impacto de la cultura corporativa en las organizaciones. De los resultados de su encuesta, a la que contestaron 1.348 CEO's y CFO's provenientes de diversas empresas públicas y privadas, extrajeron, como destacable, que un 91 % de los directivos considera que la cultura corporativa es importante o muy importante para la firma, que un 73 % sitúa la cultura corporativa en el "Top 3" o "Top 5" de los factores generadores de valor en la corporación, que un 92 % piensa que mejorar la cultura corporativa tiene como efecto correlativo aumentar el valor de la empresa y que un significativo 85 % cree que una ineficiente y mal implantada cultura corporativa podría aumentar las posibilidades a que un empleado actúe de forma poco ética o incluso ilegal. Cfr. GRAHAM, J. R; HARVEY, C. R; POPADAK, J; RAJGOPAL, S: "Corporate Culture: Evidence from the Field", *Columbia Business School Research Paper* n° 16-49, 2016, págs. 1-81, *passim*.

⁸³³ Destaca que las empresas tanto disponen de normas que dictaminan lo que es correcto o adecuado como sanciones y recompensas por infringir la ley o por cumplirla TYLER, T. R: "Reducing Corporate Criminality...", pág. 269. Define el *command and control* como el corazón de un programa de cumplimiento serio y la cultura como su alma KILLINGSWORTH, S: "Modeling the Message...", pág. 987. Se posiciona a favor de mantener cierto nivel de monitorización en los modelos de integración de valores LANGEVOORT, D. C: "Monitoring...", pág. 105. Estima que las estrategias de enfoque interno no pretenden reemplazar las de enfoque externo, sino todo lo contrario, complementarlas FRANCO, J.A: "Surveillant and Counselor...", pág. 1.170. Descarta que una y otra orientación sean mutuamente excluyentes y apuesta por un programa de cumplimiento que combine, de un lado, *values-based features*, que enfatizan en los valores con los que la empresa está comprometida y fomenten la adhesión de los trabajadores a los mismos, con, de otro lado, *deterrence-based features*, esto es, un enfoque orientado hacia la amenaza de sanción en caso de transgredir las normas, la monitorización y los sistemas de auditoría a fin de prevenir, detectar, informar y castigar comportamientos inadecuados REGAN, M. C: "Moral Intuitions and Organizational Culture", *St. Louis University Law Journal*, Vol. 51, 2008, págs. 941-988, pág. 971.

⁸³⁴ KILLINGSWORTH, S: "Behavioral Ethics: From Nudges to Norms", *Ethikos*, 2017, págs. 1-7, pág. 3. Enlace: <https://www.bclplaw.com/images/content/8/9/v2/89927/2017-01-jan-feb-ethikos-killingsworth.pdf>

⁸³⁵ No se pasa por alto que el artículo 31 bis CP, a la hora de definir los modelos de organización y gestión, omite hacer referencia a la cultura de cumplimiento, adoptando una visión de la prevención delictiva basada propiamente en la vigilancia y control. Sin embargo, son múltiples las fuentes nacionales (Apartado 7.1 de la norma UNE 19601, Apartado 5.6 de la CFGE 1/2016 o STS de 29 de febrero de 2016 (RJ 2016/600)), comparadas (AS 3806-2006 o *Chapter VIII* de las USSG) e internacionales (Apartado 7.3.2.3., de la norma ISO 19600) que reconocen la integración de una cultura de cumplimiento como factor clave de cualquier CMS que se precie. La cultura de cumplimiento, según se ha tenido ocasión de

tarea sencilla, sobre todo a la luz de las variables conceptuales que la raíz de esta noción ha recabado⁸³⁶. Queda claro, a la luz de lo desarrollado previamente, que, muy al contrario de lo que apostilla la CFGE en su Apartado 5.6., la cultura de cumplimiento no es un fin con entidad propia⁸³⁷ sino un poderoso recurso contra la criminalidad de empresa bañado de fuertes tintes preventivo-generales positivos⁸³⁸ y conformado, en lo fundamental, por un par de componentes esenciales:

Primero, una función informativa, que perseguiría aproximar el contenido de la Ley a los miembros de la organización e incluso a aquellos terceros con los que la persona jurídica se vincula comercialmente a fin de hacerles saber lo que el ordenamiento jurídico prescribe y, por correlación, lo que la empresa espera de ellos⁸³⁹. Ello podría traer causa no sólo en el hecho de que, ya de por sí, la gente pocas veces conoce las normas del Derecho vigente⁸⁴⁰ sino, particularmente, debido a la menor fuerza con la que suele llegar el mensaje normativo al seno de las corporaciones⁸⁴¹.

Segundo, una función ético-social⁸⁴², identificada en su día por WELZEL como misión principal del Derecho Penal⁸⁴³, que pretendería, mediante una innegable carga moralizante, inculcar o reforzar valores de respeto con el cumplimiento legal⁸⁴⁴. Alienarlos, en fin, con aquellos promovidos por la organización fiel a Derecho⁸⁴⁵, hasta

desarrollar, debe ser entendida como una poderosa herramienta de alto valor en la prevención delictiva complementaria a las estrictas medidas de vigilancia y control intra y extraempresariales que conforman el núcleo que late en la eximente del artículo 31 bis CP, sin el cual no cabe su concesión. Por tanto, no podrá optar a la exención legal del artículo 31 bis CP aquella entidad que, a pesar de haber acreditado serios esfuerzos en la integración de una cultura de cumplimiento en su seno, omite haber implementado protocolos y controles efectivos de cara a prevenir delitos de la misma naturaleza que aquel finalmente cometido.

⁸³⁶ Desde una óptica multidisciplinar, pone de relieve las profundas complicaciones que entraña definir este concepto ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í: “Cultura de cumplimiento y exención de responsabilidad de las personas jurídicas”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, nº 6, 2018, págs. 1-7, págs. 4 y ss.

⁸³⁷ Acertadamente *Ibidem*, pág. 2.

⁸³⁸ En general, sobre la prevención general positiva, vid. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, págs. 89-90, Nm. 19-21.

⁸³⁹ LANGEVOORT, D. C: “Monitoring...”, pág. 81.

⁸⁴⁰ ROBINSON, P. H: *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (Traducción a cargo de CANCIO MELIÁ, M; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.), Marcial Pons, Madrid, 2012 (2008), pág. 55.

⁸⁴¹ COCA VILA, I: “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, pág. 72.

⁸⁴² En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, págs. 237-238.

⁸⁴³ WELZEL, H: *Derecho Penal alemán* (Traducción a cargo de BUSTOS RAMÍREZ, J; YÁÑEZ PÉREZ, S.), 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, págs. 1 y ss.

⁸⁴⁴ KILLINGSWORTH, S: “Modeling the Message...”, pág. 969.

⁸⁴⁵ Tiende a afirmarse que existe una mayor predisposición por parte del trabajador a informar de conductas transgresoras cuando sus valores se alinean con los de la organización dado que es consciente

al punto de conseguir que sus destinatarios estén suficientemente motivados intrínsecamente como para desear voluntariamente cumplir con las normas jurídico-penales⁸⁴⁶, incluso cuando no haya nadie alrededor para exigirselo⁸⁴⁷. Que sea legítimo inmiscuirse en la esfera interna de la persona a fin de alentar su adhesión al Derecho es algo que, sin embargo, ha sido desacreditado en términos generales por algunas voces en la doctrina⁸⁴⁸ pero que paradójicamente suele ser aceptado sin discusión en el campo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁸⁴⁹.

Ambos canales – informar acerca del contexto normativo y promocionar valores ético-sociales –, a la hora de la verdad, no dejan de transcribirse en una amalgama de acciones y medidas de *compliance* específicas: publicación de un código de conducta, impartición de cursos de formación debidamente actualizados (*online* o presenciales), difusión de campañas de sensibilización sobre las perniciosas consecuencias originadas a propósito de la comisión de delitos en la empresa, concienciación sobre la importancia de que los empleados denuncien aquellos comportamientos delictivos alertados, etc⁸⁵⁰. Por tanto, no se trata de que el juez – a efectos de resolver si otorgar a la persona jurídica la eximente de responsabilidad penal contemplada en el artículo 31 bis CP –, la Fiscalía – en el plano acusatorio – o las entidades de auditoría y certificación – a la hora

de que las infracciones que tienen lugar en el seno de la empresa no son un problema ajeno sino que también le afectan. Cfr. REGAN, M. C: “Moral Intuitions and Organizational Culture”, pág. 971. HASNAS, J: “Managing the Risks of Legal Compliance: Conflicting Demands of Law and Ethics”, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 39, nº 3, 2008, págs. 507-524, pág. 517. Sobre la importancia de alinear los valores personales con los respetados por la compañía a efectos de construir una cultura de cumplimiento, vid. KILLINGSWORTH, S: “Modeling the Message...”, pág. 972.

⁸⁴⁶ KILLINGSWORTH, S: “Modeling the Message...”, pág. 969. HAUGH, T: “Cadillac Compliance Breakdown”, *Stanford Law Review*, Vol. 69, 2017, págs. 198-208, pág. 207.

⁸⁴⁷ TYLER, T. R: “Promoting Employee...”, pág. 1.293. KILLINGSWORTH, S: “Modeling the Message...”, pág. 969.

⁸⁴⁸ Se muestran especialmente críticos con la función ético-social del Derecho Penal MIR PUIG, S: “Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva”, *ADPCP*, Vol. 39, nº 1, 1986, págs. 49-58, págs. 57-58. LUZÓN PEÑA, D. M: “Prevención general y psicoanálisis”. En MIR PUIG, S., (ed.): *Derecho penal y ciencias sociales*, UAB, Barcelona, 1982, págs. 141-157, págs. 149-156. Haciendo referencia a la cultura de cumplimiento, pone de relieve que existe un serio problema en relación con si el Derecho Penal debe asumir la misión de promover una actitud moral frente al Derecho SILVA SÁNCHEZ, J. M: “La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración...”, pág. 51. Desde el plano norteamericano, críticamente también COFFEE, J. C: “Does “Unlawful” Mean “Criminal”?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law”, *Boston University Law Review*, Vol. 71, 1991, págs. 193-246, pág. 223.

⁸⁴⁹ CIGÜELA SOLA, J: *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pág. 258.

⁸⁵⁰ No todas las medidas de *compliance* ligadas a la promoción de una cultura de cumplimiento van a tener por qué satisfacer una sola función de las señaladas. Lo normal es que se produzcan solapamientos, dado que unas cuantas de ellas, como la formación, tanto pueden servir simultáneamente para informar sobre las exigencias del ordenamiento jurídico como para inculcar valores ético-sociales.

de validar el CMS sometido a examen – midan algo tan etéreo como es un modelo de valores y creencias compartidas entre los integrantes de una corporación⁸⁵¹. Conforme a lo dispuesto en el Apartado 7.1., de la norma UNE 19601, son, nada más y nada menos, que indicadores objetivos como los señalados los que en conjunto permiten calibrar cómo se hacen las cosas en la empresa y si ello refleja una cultura respetuosa con el ordenamiento jurídico⁸⁵². Comparto en plenitud, por tanto, la conclusión alcanzada por ORTIZ DE URBINA GIMENO: “en Derecho penal ‘cultura de cumplimiento’ debe significar políticas y medidas concretas de cumplimiento”⁸⁵³.

2.3.2. La cultura de cumplimiento como recurso para influir en la toma de decisiones éticas: la llegada del *behavioral compliance*

Durante años se dio por sentado que los crímenes corporativos eran mayoritariamente producto de unas cuantas avariciosas “ovejas negras” aisladas dentro de un grupo con una admirable moral compartida. Esta presunción, sin embargo, ha acabado por ser finalmente desvirtuada. Desde luego que en una entidad pueden llegar a existir individuos con características como las descritas. Pero lo cierto es que normalmente la mayoría de los directivos y empleados desean actuar conforme a Derecho y se ven a sí mismos como personas éticas y responsables⁸⁵⁴. Ocurre, con todo, que hasta la persona más honesta puede caer en la tentación de delinquir o incluso no darse cuenta de las implicaciones de su comportamiento. Es decir, con más frecuencia de la que pensamos, quienes perpetran delitos en la empresa suelen ser personas sin predisposición a quebrantar la Ley pero que acaban por descarrilarse aunque sólo sea por una vez en su vida⁸⁵⁵. Entender cómo y por qué sucede algo así (*why good people sometimes do bad*

⁸⁵¹ El informe de expertos emitido en el año 2003 a propósito de la reforma de las USSG alertó acerca de la dificultad e incluso imposibilidad de medir objetiva y coherentemente algo así. Enlace: https://www.uscg.gov/sites/default/files/pdf/training/organizational-guidelines/advgrprpt/AG_FINAL.pdf Sobre ello, vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í: “Cultura de cumplimiento...”, pág. 2.

⁸⁵² Cree que no es sólo un elemento el que moldea la cultura de cumplimiento sino que ello es resultado de un conjunto de acciones y comportamientos CASANOVAS YSLA, A: *Compliance Penal normalizado. El estándar UNE 19601*, Aranzadi, Navarra, 2017, pág. 171.

⁸⁵³ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í: “Cultura de cumplimiento...”, pág. 7.

⁸⁵⁴ LANGEVOORT, D: “Behavioral Ethics, Behavioral Compliance”. En ARLEN, J., (ed.): *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, Edward Elgar, Massachusetts, 2018, págs. 263-281, págs. 266, 274. PRENTICE, R. A: “Behavioral Ethics: Can It Help Lawyers (And Others) Be Their Best Selves?”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 29, nº 1, 2015, págs. 35-85, pág. 68.

⁸⁵⁵ KILLINGSWORTH, S: “C’ is for Crucible: Behavioral Ethics, Culture, and the Board’s Role in C-Suite Compliance”, *RAND Center for Corporate Ethics and Governance Symposium White Paper Series*, 2013, págs. 1-23, pág. 1. Enlace: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2271840

things) forma parte del propósito principal perseguido por el campo de la ética conductual (*behavioral ethics*)⁸⁵⁶ cuyos desarrollos han comenzado a ser aprovechados por el campo del *compliance* a fin de entender mejor cómo opera el comportamiento humano y avanzar así hacia un mayor grado de sofisticación en la prevención delictiva, dando lugar al nacimiento de una nueva perspectiva del cumplimiento normativo: el *behavioral compliance*⁸⁵⁷.

Pero empecemos por el principio. La ética conductual, en tanto rama del conocimiento que estudia el proceso de toma de decisiones éticas, bebe de una de las disciplinas que más esfuerzos ha invertido en explorar el proceso de toma de elecciones personales: la economía del comportamiento (*behavioral economics*)⁸⁵⁸. Y si hay algo en lo que se ha empeñado esta ciencia es en desacreditar el clásico patrón del hombre puramente calculador y racional (*homo economicus*) y apostar por una aproximación mucho más realista sobre el comportamiento humano. Que los humanos no somos seres perfectamente racionales es algo que ni siquiera a los analistas económicos del Derecho se les escapa⁸⁵⁹. En realidad, nuestro pensamiento, según enfatizó SIMON en el campo de la economía, es limitadamente racional (*bounded rationality*)⁸⁶⁰: nos es inviable procesar toda la información que tenemos a nuestro alcance y reflexionar con exhaustividad cada paso que damos debido a nuestra acotada disponibilidad de recursos.

⁸⁵⁶ KILLINGSWORTH, S: “Behavioral Ethics...”, pág. 1.

⁸⁵⁷ LANGEVOORT, D: “Behavioral Ethics, Behavioral Compliance”, págs. 272 y ss. KILLINGSWORTH, S: “Behavioral Ethics...”, págs. 1 y ss. HAUGH, T: “Harmonizing Governance, Risk and Compliance through the Paradigm of Behavioral Ethics Risk”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 21, n° 4, 2019, págs. 873-906, págs. 873 y ss. GINO, F; ORDOÑEZ, L.D; WELSH, D: “How Unethical Behavior Becomes Habit”, *Harvard Business Review*, 2014, págs. 1-2, págs. 1 y ss. Enlace: <https://hbr.org/2014/09/how-unethical-behavior-becomes-habit>

⁸⁵⁸ Describe la ética del comportamiento como el *spin-off* de la economía del comportamiento KILLINGSWORTH, S: “Behavioral Ethics...”, pág. 2.

⁸⁵⁹ El análisis económico del Derecho, y, más en concreto, su vertiente positiva, parte de un enfoque de elección racional, conforme al cual, los sujetos ponderan los costes y beneficios de sus acciones y responden a los incentivos tanto positivos como negativos desplegados por el ordenamiento jurídico tratando de alcanzar en la medida de lo posible su interés personal. Mediante esta metodología, es posible formular hipótesis sobre cómo se comportarán ante una situación dada. Evidentemente los partidarios de este modelo no ignoran que las conductas de los sujetos no siempre adoptan una plena racionalidad y que en ellas inciden otros factores de naturaleza divergente (elementos pasionales, por ejemplo). Son absolutamente conscientes de que partir de una tal descripción de la realidad resultaría erróneo. Por ello, en lugar de reproducir toda la riqueza empírica del mundo, optan por operar con un modelo basado en la simplificación y la abstracción a efectos de explicar fenómenos sociales jurídicamente relevantes. Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Análisis económico del derecho y política criminal”, *RDPC*, n° extraordinario 2, 2004, págs. 31-73, págs. 37-40.

⁸⁶⁰ Vid. SIMON, H. A: “A Behavioral Model of Rational Choice”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, n° 1, 1955, págs. 99-118, págs. 99 y ss.

Sabemos, cuanto menos desde el seminal trabajo de KAHNEMAN en el campo de la psicología cognitiva, que el pensamiento humano es producto de un juego coordinado entre un sistema rápido, intuitivo y emocional (Sistema Uno o Sistema Automático) y otro lento, deliberativo y lógico (Sistema Dos o Sistema Reflexivo)⁸⁶¹: actuamos mecánicamente cuando nos atamos los zapatos o escribimos una carta en nuestro idioma natal; en cambio, requerimos de cierta reflexión a la hora de emprender actividades de mayor calado cognitivo, como resolver una operación matemática más o menos compleja.

Pues bien, a la hora de tomar la mayoría de nuestras decisiones resulta que tendemos a emplear nuestro Sistema Uno por encima del Sistema Dos⁸⁶². Eso significa que no calculamos fríamente y analizamos con detenimiento todos los pros y contras de aquellas acciones que llevamos a cabo – eso demandaría de una inversión de tiempo y un esfuerzo considerables – sino que gran parte de las veces nos dejamos guiar por la intuición, la emoción y el automatismo⁸⁶³. No es infrecuente que a la hora de resolver ciertos problemas creamos que estamos deliberándolos con el cuidado que merecen cuando en realidad recurrimos a menudo a atajos mentales originados en el Sistema Uno, formalmente bautizados como heurísticos, que facilitan mucho nuestras vidas y que la mayoría de las veces nos ayudan a elegir acertadamente⁸⁶⁴. Pero ocurre que, en ocasiones, ese razonamiento intuitivo en ocasiones deriva en percepciones sesgadas de la realidad que propician previsible y sistemáticamente juicios errados, identificados en psicología con la etiqueta de sesgos cognitivos.

Desde una óptica individual, la variedad de sesgos cognitivos descubiertos por la psicología cognitiva es abundante y su protagonismo en la toma de decisiones emprendidas en el entorno corporativo enorme⁸⁶⁵, máxime dado su potencial, según

⁸⁶¹ KAHNEMAN, D: *Pensar rápido, pensar despacio* (Traducción a cargo de CHAMORRO MIELKE, J.), Penguin Random House, Barcelona, 6ª ed., 2015 (2011), págs. 33 y ss.

⁸⁶² KAHNEMAN, D: *Pensar rápido, pensar despacio*, págs. 48 y ss. HAUGH, T: “Harmonizing Governance...”, págs. 887-888.

⁸⁶³ Nos parecemos más a Homer Simpson (Los Simpsons) que a Mr. Spock (Star Trek), creen THALER, R. H; SUNSTEIN, C. R: *Nudge: Improving Decisiones About Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, Yale, 2008, pág. 22.

⁸⁶⁴ Vid. TVERSKY, A; KAHNEMAN, D: “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, Vol. 185, 1974, págs. 1.124-1.131, *passim*.

⁸⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M; VARELA, L: “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”. En SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.): *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, págs. 265-286, pág. 269.

algunos autores, para disminuir la autorresponsabilidad del agente que lo sufre⁸⁶⁶. Pueden tomarse como ejemplos el sesgo del exceso de confianza – tendemos a tener una imagen de nuestras habilidades y conocimientos superior a la que realmente es – o el sesgo de la confirmación – una vez construida una hipótesis recopilamos aquellas pruebas que la avalan y desechamos aquellas otras que la desacreditan –⁸⁶⁷.

No puede pasarse por alto, por lo demás, que los trabajadores se desenvuelven en una organización empresarial en la que quedan acoplados a una serie de dinámicas grupales. Y eso, sin duda, complica con creces las cosas. Pues intervenir en el marco de una corporación conformada por un colectivo de individuos acarrea un mayor riesgo de surgimiento de conductas desviadas que no brotarían en caso de que el agente actuase por sí solo dada la confluencia de una serie de fuerzas situacionales muchas veces imperceptibles⁸⁶⁸.

Según ha tenido ocasión de explorar la psicología social, ese impulso grupal a la ilegalidad trae cuenta en buena parte de otra clase de sesgos cognitivos originados a propósito de las relaciones interpersonales entabladas entre los miembros de la entidad. Ejemplo de ello es el sesgo de conformidad – en tanto seres sociales que somos, con pretensión de ser aceptados en un grupo, en algunas ocasiones solemos dejarnos arrastrar por la actitud de la mayoría aunque contraríe la legalidad y nuestra opinión personal sea otra – o la obediencia a la autoridad⁸⁶⁹ – solemos acatar las órdenes del líder porque creemos que son correctas si éste las dicta –⁸⁷⁰.

A lo antecedente se le suman otras muchas circunstancias psicológicas y sociales originadas durante el curso diario de la organización empresarial y las dinámicas grupales que allí emergen que pueden condicionar en buena medida que un empleado

⁸⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M: “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, pág. 88.

⁸⁶⁷ En más detalle, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M; VARELA, L: “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa...”, págs. 267-269.

⁸⁶⁸ Esencial para entender cómo influyen las dinámicas de grupo en el comportamiento de los individuos ZIMBARDO, P. G: *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, Random House, New York, 2008 (2007), págs. 258 y ss. También, BAZERMAN, M. H; GINO, F: “Behavioral Ethics: Toward a Deeper Understanding of Moral Judgment and Dishonesty”, *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 8, 2012, págs. 85-104, pág. 93.

⁸⁶⁹ Fue descubierto a propósito del famoso experimento de MILGRAM, S: “Behavioral Study of Obedience”, *Journal of Abnormal and Social Psychology*, Vol. 67, n° 4, 1963, págs. 371-378, *passim*.

⁸⁷⁰ En más profundidad, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M; VARELA, L: “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa...”, págs. 276-280.

acabe por sucumbir en la tentación de delinquir. Valgan como ejemplos la presión de resolver contratiempos en plazos muy ajustados⁸⁷¹, el efecto contagio extendido a propósito de contemplar como gente cercana delinque con total impunidad⁸⁷² o bien fruto de la descomunal influencia ejercida por determinados miembros de la organización en virtud de su carisma, conexiones sociales o posición jerárquica en la organización (*the power few of corporate compliance*)⁸⁷³, el sufrimiento de puntos ciegos (*blind spots*) que impiden darse cuenta de las repercusiones éticas de una actividad (*ethical fading*)⁸⁷⁴, el encuadre de un problema como un asunto de negocios en vez de como una cuestión ética (*framing*)⁸⁷⁵, etc.

Con lo expuesto pareciese que es en el llamado Sistema Uno donde se gestan aquellos patrones de conducta proclives a la ilicitud y que, por tanto, sería aquí donde las organizaciones deberían centrar en exclusiva sus esfuerzos de prevención delictiva. Desde luego ha sido en este lado del pensamiento humano donde la ética de comportamiento se ha focalizado. Pero debe saberse que esta disciplina no ha sido la única que ha explorado los motivos que explican el comportamiento delictivo. También la criminología se ha ocupado profusamente de ello. Y resulta que esta rama del conocimiento ha demostrado que también en el denominado Sistema Dos surgen tendencias conductuales aptas para facilitar la comisión de delitos. Me estoy refiriendo a las técnicas de neutralización⁸⁷⁶.

Frecuentemente entre los círculos de la empresa proliferan racionalizaciones de comportamientos delictivos empleadas por los infractores como antesala o bien con posterioridad a la comisión de conductas ilícitas⁸⁷⁷ a fin de desprenderse del sentimiento de culpa ligado a la transgresión de las normas jurídicas y mantener de ese modo su

⁸⁷¹ Vid. KILLINGSWORTH, S: "C' is for Crucible: Behavioral Ethics...", págs. 6-7.

⁸⁷² Vid. GINO, F; AYAL, S; ARILEY, D: "Contagion and Differentiation in Unethical Behavior: The Effect of One Bad Apple on the Barrel", *Psychological Science*, Vol. 20, n° 3, 2009, págs. 393-398, *passim*.

⁸⁷³ HAUGH, T: "The Power Few of Corporate Compliance", *Georgia Law Review*, Vol. 53, n° 1, 2018, págs. 1-67, págs. 7-8, 61.

⁸⁷⁴ Vid. SEZER, O; GINO, F; BAZERMAN, M. H: "Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior", *Current Opinion in Psychology*, Vol. 6, 2015, págs. 77-81, *passim*.

⁸⁷⁵ Vid. PRENTICE, R. A: "Behavioral Ethics...", págs. 49-52.

⁸⁷⁶ Vid. SYKES, G. M; MATZA, D: "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", *American Sociological Review*, Vol. 22, n° 6, 1957, págs. 664-670, págs. 664 y ss.

⁸⁷⁷ Ha sido motivo de discusión si las técnicas de neutralización son cronológicamente pre-eventuales o post-eventuales. Por todos, vid. MARUNA, S; COPES, H: "Excuses, Excuses: What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research?", *Crime and Justice*, Vol. 23, 2005, págs. 221-320, págs. 271-272, 289.

imagen moral intacta⁸⁷⁸. Son tales racionalizaciones, brotadas en el Sistema Dos⁸⁷⁹, las que permiten explicar cómo es posible que alguien perpetre un ilícito penal y, pese a ello, siga viéndose a sí mismo como una persona éticamente aceptable⁸⁸⁰, extremo éste que presupone, de acuerdo con los postulados de la teoría de la neutralización, un mínimo grado de compromiso del infractor con los valores básicos del sistema social, ya que, de lo contrario, no habría nada que neutralizar⁸⁸¹.

El entorno corporativo está plagado de constantes justificaciones y excusas⁸⁸² manifestadas a modo de etiquetas mentales aptas para resolver la disonancia concurrente entre la pretensión de mantener un buen reflejo de uno mismo y la cruda realidad de quebrantar la Ley⁸⁸³. Es común escuchar expresiones tales como “me presionaron los de arriba” (negación de la responsabilidad), “lo que hice no causó daño a nadie” (negación del daño), “ese cliente era un cretino, se merecía que le timásemos” (negación de la víctima), “¿por qué razón voy a pagar impuestos si al final se los van a quedar esos ladrones de Hacienda?” (“condena de quienes condenan”), “no me quedaba otra si quería mantener la empresa a flote” (apelación a una instancia superior)^{884 885} o bien “la competencia también estaba jugando sucio” (todo el mundo lo hace)⁸⁸⁶.

⁸⁷⁸ Como se ve, la teoría de SYKES y MATZA bebe directamente del concepto de “definiciones favorables del delito” propuesto por SUTHERLAND, padre de la teoría de la asociación diferencial y de la noción de delincuencia de cuello blanco. Cfr. *Ibidem*, pág. 234.

⁸⁷⁹ HAUGH, T: “Harmonizing Governance...”, págs. 893, 906.

⁸⁸⁰ Es mediante el empleo de estas técnicas que, en palabras de SYKES y MATZA, “los controles sociales utilizados para detectar o inhibir patrones motivacionales desviados resultan inoperativos y el individuo deviene libre para delinquir sin riesgo a sufrir un serio perjuicio en su propia imagen”. Cfr. SYKES, G. M; MATZA, D: “Techniques of Neutralization...”, pág. 667.

⁸⁸¹ Vid. MARUNA, S; COPES, H: “Excuses, Excuses...”, págs. 228 y ss.

⁸⁸² Mientras que las justificaciones son “explicaciones en las que uno acepta la responsabilidad del acto en cuestión pero niega el contenido peyorativo asociado al mismo” las excusas son “explicaciones en las que uno admite que el acto en cuestión es malo, incorrecto o inapropiado pero niega en rotundidad su responsabilidad”. Cfr. SCOTT, M. B; LYMAN, S. M: “Accounts”, *American Sociological Review*, Vol. 33, nº 1, 1968, págs. 46-62, pág. 47.

⁸⁸³ Acerca del corriente uso de las técnicas de neutralización en el mundo de los negocios, vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Sanciones penales contra empresas en España...”, págs. 269-270. HEATH, J: “Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 83, 2008, págs. 595-614, págs. 605 y ss.

⁸⁸⁴ Éstas serían las cinco categorías clásicas identificadas por SYKES, G. M; MATZA, D: “Techniques of Neutralization...”, págs. 667-669. Con los años se han ido proponiendo unas cuantas otras. Vid. MARUNA, S; COPES, H: “Excuses, Excuses...”, págs. 231 y ss.

⁸⁸⁵ Relacionan la técnica de la negación de la responsabilidad con el concepto de “excusa” y el resto de técnicas de neutralización clásicas con la noción de “justificación” MARUNA, S; COPES, H: “Excuses, Excuses...”, pág. 239.

⁸⁸⁶ Vid. HEATH, J: “Business Ethics and Moral Motivation...”, pág. 603.

El proceso de racionalización descrito puede ser capaz de desplegar una peligrosa incidencia en estadios criminales primigenios a fin de posibilitar la comisión de puntuales infracciones de menor calado sin menoscabar ni un ápice el lado moralmente laudable del agente. El sujeto infractor se auto convence de que apropiarse de unos cuantos euros no hace daño a nadie, que falsear por una sola vez las cuentas permite rescatar a la empresa de graves apuros económicos o bien que el resto de compañeros están haciendo exactamente lo mismo. Dichos actos contrarios a Derecho, pese a que *prima facie* carezcan por sí mismos de una marcada virtualidad lesiva, gradualmente y muy posiblemente sin que el agente tome consciencia de ello pueden desembocar en comportamientos delictivos mucho más severos susceptibles de tornarse rutinarios por la costumbre de desenvolverse en un ambiente propenso a la ilicitud⁸⁸⁷. A esto se le conoce por el fenómeno del aumento progresivo (*incrementalism*), metafóricamente rotulado como efecto de la pendiente resbaladiza (*slippery slope*) o síndrome de la rana hervida (*boiling frog syndrome*)⁸⁸⁸.

Hasta aquí valga lo desarrollado como una somera descripción del complejísimo panorama al que suelen verse expuestos quienes se desenvuelven en el marco de una corporación. Luego, ¿qué puede hacer el *compliance* para neutralizar esta serie de factores capaces de conducir a una persona moralmente intachable a cometer un acto ilícito? Los expertos en ética del comportamiento han pensado en una multitud de vías. Algunas se centran en aquellos patrones de conducta originados propiamente en el Sistema Uno: explorar no sólo el historial del candidato que se presenta a un puesto de trabajo sino también su propensión a tomar decisiones éticas⁸⁸⁹, ofrecer más tiempo para deliberar una decisión a fin de desplazar al automático Sistema Uno y dar un verdadero protagonismo al reflexivo Sistema Dos⁸⁹⁰, encuadrar los problemas como cuestiones éticas en lugar de como asuntos de negocio⁸⁹¹, mejorar la comunicación en *compliance* a

⁸⁸⁷ Hasta Bernard Madoff, mente maestra del mayor esquema Ponzi de la historia, confesó a su secretaria haber caído preso de esta clase de dinámicas: “Bueno, lo que ocurre es que comienzas llevándote un poco, quizás algunos cientos, algunos miles. Te sientes cómodo con eso y antes de que te des cuenta la bola de nieve ya se ha hecho grande”. Cfr. SEAL, M; SQUILLARI, E: “The Madoff Chronicles, Part II: What the Secretary Saw”, *Vanity Fair*, 2009, págs. 1-33, pág. 30. Enlace: <https://www.vanityfair.com/news/2009/06/bernie-madoff-secretary-reveals-secrets>

⁸⁸⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M; VARELA, L: “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa...”, pág. 279. KILLINGSWORTH, S: “C’ is for Crucible...”, págs. 5-6. PRENTICE, R. A: “Behavioral Ethics...”, págs. 55 y ss.

⁸⁸⁹ HAUGH, T: “Harmonizing Governance...”, págs. 898-900.

⁸⁹⁰ SEZER, O; GINO, F; BAZERMAN, M. H: “Ethical Blind Spots...”, pág. 78.

⁸⁹¹ *Ibidem*, pág. 78.

través de métodos como el *storytelling* basado en el empleo de ejemplos prácticos y a la simulación de casos reales en los que los trabajadores puedan verse involucrados⁸⁹², etc. Otras, en cambio, hacen lo propio con el Sistema Dos: eliminar el habitual uso de ingeniosas racionalizaciones lingüísticas capaces de propiciar la comisión de conductas delictivas⁸⁹³ (“neutralizar a las propias neutralizaciones”)⁸⁹⁴ o intervenir ante eventos delictivos de pequeña escala potencialmente justificables a fin de evitar un progresivo avance hacia ilícitos mayores⁸⁹⁵, pese a que, en puridad, con esta medida, también se intervendría en parte sobre el Sistema Uno al frustrar un incremento gradual de la acción delictiva muchas veces imperceptible por el agente. El listado de propuestas dista de ser, en fin, reducido y su conjunción con proactivas herramientas de *data analytics* aptas para identificar y predecir comportamientos antijurídicos (*behavioral analytics*)⁸⁹⁶ se presenta como una práctica cada vez más extendida⁸⁹⁷.

Con todo, una de las herramientas que mayor popularidad está cosechando últimamente entre los académicos, dada su particular incidencia en el proceso de toma de decisiones, y que, en razón de ello, amerita una explicación separada, ha sido la aplicación al

⁸⁹² KILLINGSWORTH, S: “Modeling the Message...”, págs. 983-984. HAUGH, T: “Cadillac Compliance Breakdown”, págs. 205-206.

⁸⁹³ HAUGH, T: “Cadillac Compliance Breakdown”, págs. 206-207. PRENTICE, R. A: “Behavioral Ethics...”, págs. 72- 74. HEATH, J: “Business Ethics and Moral Motivation...”, pág. 610.

⁸⁹⁴ Vid. MARUNA, S; COPEL, H: “Excuses, Excuses...”, págs. 240-241.

⁸⁹⁵ PRENTICE, R. A: “Behavioral Ethics...”, págs. 57-58. KILLINGSWORTH, S: “‘C’ is for Crucible...”, págs. 19-20. Esta medida puede ser útil no sólo de cara a impedir que el comportamiento del empleado transgresor vaya a más sino también para frenar un posible efecto contagio entre el resto de los compañeros de trabajo que acabe por propiciar infracciones de mayor calado. Es en este punto donde creo que se converge con la idea central que late en la teoría de las ventanas rotas (*broken windows theory*) de WILSON y KELLING: los problemas de menor calado también importan porque a la larga, si no son remediados, pueden favorecer un ambiente proclive al surgimiento de otras conductas aún más severas. Vid. WILSON, J. Q; KELLING, G. L: “Broken Windows: the Police and Neighborhood Safety”, *Atlantic Monthly*, 1982, págs. 29-38, págs. 29 y ss. Con lo expresado no se está queriendo alentar que la empresa aplique una política de tolerancia cero basada en unas duras y desproporcionadas dosis de vigilancia, control y sanción. La teoría de la ventanas rotas nunca pretendió promover políticas de este tipo. En realidad, son otros métodos como la formación o el diálogo los que se priorizan. Vid. KELLING, G.L: “Don’t Blame My Broken Windows Theory For Poor Policing”, *Politico Magazine*, 2015. Enlace: https://www.politico.com/magazine/story/2015/08/broken-windows-theory-poor-policing-ferguson-kelling-121268#.Vc4W_Otq61w

⁸⁹⁶ Vid. BERK, R; MERRILL, B: “Behavioral Compliance: How Are You Using Data”, *Risk & Compliance Journal*, 2019. Enlace: <https://deloitte.wsj.com/riskandcompliance/2019/04/04/behavioral-compliance-how-are-you-using-data/>

⁸⁹⁷ Sin ir más lejos, desde hace unos cuantos años la entidad financiera JP Morgan dispone de un *software* apto para predecir comportamientos contrarios a Derecho. Vid. SON, H: “JP Morgan Algorithm Knows You’re a Rogue Employee Before You Do”, *Bloomberg*, 2015. Enlace: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-04-08/jpmorgan-algorithm-knows-you-re-a-rogue-employee-before-you-do>

entorno corporativo de los resultados de la teoría del pequeño empujón (*nudge theory*) propuesta por THALER y SUNSTEIN⁸⁹⁸.

La teoría del pequeño empujón toma como válidas las premisas básicas de la economía del comportamiento: los humanos somos seres limitadamente racionales y muchas veces tomamos nuestras decisiones de forma intuitiva e irreflexiva por culpa de una multitud de heurísticos, sesgos cognitivos y demás tendencias conductuales. Los pequeños empujones no hacen otra cosa que influir en la persona a fin de inducirle a realizar aquel comportamiento que se estima deseado, bien neutralizando los patrones de conducta originados en el Sistema Uno a fin de activar el reflexivo Sistema Dos, bien aprovechándose de los mismos⁸⁹⁹. Para ello, no tratan de prohibir o requerir explícitamente una conducta – éste sería el método tradicional – sino que, en vez de eso, alteran el contexto en el que se toman las decisiones (arquitectura de decisión le llaman THALER y SUNSTEIN⁹⁰⁰), preservando, en todo momento, la libertad de elección del agente, al dejarle plenamente accesibles el resto de alternativas. Su sutileza radica en que los pequeños empujones son poco costosos y funcionan mejor en la sombra: las personas que son “empujadas” hacia una determinada dirección, por lo general, lo desconocen aunque puedan llegar a percibir que algo en el entorno ha cambiado y, entonces, darse cuenta de lo que se pretende. Pero ese pequeño empujón no es plenamente transparente porque si de base lo fuese perdería toda su efectividad: los agentes serían conscientes del fin perseguido y dejarían de poder ser subrepticamente motivados⁹⁰¹.

Por ejemplo, si se desea promocionar entre la población una alimentación sana contaría como pequeño empujón colocar los productos saludables en el estante del supermercado que esté a la altura de la vista de los clientes. La tendencia general será la de adquirir esos productos por tratarse de la opción más accesible y fácil de tomar⁹⁰².

⁸⁹⁸ THALER, R. H; SUNSTEIN, C. R: *Nudge...*, *passim*.

⁸⁹⁹ Sobre este par de variantes, vid. HAUGH, T: “The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics”, *California Law Review*, Vol. 8, 2017, págs. 1-18, págs. 16-17.

⁹⁰⁰ THALER, R. H; SUNSTEIN, C. R: *Nudge...*, págs. 1 y ss., 81 y ss.

⁹⁰¹ Vid. HAUGH, T: “The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics”, pág. 15. BOVENS, L: “The Ethics of Nudge”. En HANSSON, M. J; GRÜNE-YANOFF, T., (eds.): *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Springer, Berlin, 2008, págs. 207-220, págs. 216-217.

⁹⁰² THALER, R. H; SUNSTEIN, C. R: *Nudge...*, pág. 6.

Pues bien, la teoría del pequeño empujón, cuyos postulados han sido ya llevados a la práctica por los poderes públicos de algunos países⁹⁰³, ha comenzado a ser considerada como un método útil y sencillo de ejecutar a fin de conseguir unas mejores cotas de prevención delictiva en las organizaciones⁹⁰⁴. Al fin y al cabo, la esfera empresarial, en tanto contexto en el que sus integrantes toman decisiones bajo la influencia de una serie de fuerzas situacionales, también es susceptible de moldearse en aras de motivar a adoptar elecciones ajustadas a Derecho allá donde, a sabiendas de como opera el comportamiento humano, es posible predecir la materialización de riesgos de incumplimiento. Dado que los trabajadores, como el resto de personas, se encuentran éticamente limitados porque, a pesar de disponer de una buena predisposición a ser moralmente correctos, muchas veces actúan de un modo inconsistente con ese deseo a causa de los distintos factores psicológicos y sociales a los que se ven expuestos en el entorno en el que se desenvuelven⁹⁰⁵, el uso de pequeños empujones en cumplimiento normativo permitiría influir en su proceso de decisión a fin de encauzarlos hacia buen puerto.

Seguramente uno de los pequeños empujones en cumplimiento normativo más sugerentes en lo tocante a la anulación del Sistema Uno del agente y la activación de su Sistema Dos sea el de requerir a los empleados firmar un compromiso ético en la parte de arriba del documento en lugar de la de abajo. Se cree que firmar el certificado antes de leer y rellenar su contenido invita a la reflexión y activa el lado moral del individuo, promoviéndose un mayor nivel de honestidad⁹⁰⁶. Permitir firmar el certificado después de ese momento facilitaría que el empleado mienta y, una vez acople su firma, racionalice su conducta para así preservar íntegra su imagen⁹⁰⁷.

⁹⁰³ Sin ir más lejos, el ex primer ministro británico David Cameron tomó la iniciativa de constituir una “Unidad del Pequeño Empujón” (*Nudge Unit*) oficialmente denominada “Equipo de Conocimiento del Comportamiento” (*Behavioural Insight Team*). Enlace: <https://www.theguardian.com/society/2010/sep/09/cameron-nudge-unit-economic-behaviour>

⁹⁰⁴ LANGEVOORT, D: “Behavioral Ethics, Behavioral Compliance”, págs. 277-278. KILLINGSWORTH, S: “Behavioral Ethics...”, págs. 1 y ss. SEZER, O; GINO, F; BAZERMAN, M. H: “Ethical Blind Spots...”, pág. 79. GINO, F; ORDOÑEZ, L.D; WELSH, D: “How Unethical Behavior Becomes Habit”, págs. 1-2. También, aunque con ciertos reparos, HAUGH, T: “The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics”, págs. 6 y ss.

⁹⁰⁵ HAUGH, T: “Harmonizing Governance...”, págs. 889-890. SEZER, O; GINO, F; BAZERMAN, M. H: “Ethical Blind Spots...”, pág. 77.

⁹⁰⁶ Justo eso mismo acontece cuando el juez solicita al testigo jurar o prometer decir la verdad con carácter previo a su declaración.

⁹⁰⁷ Vid. SHU, L. L; MAZAR, N; GINO, F; ARILEY, D; BAZERMAN, M. H: “Signing at the Beginning Makes Ethics Salient and Decreases Dishonest Self-Reports in Comparison to Signing at the End”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Vol. 109, nº 38, 2012, págs. 15.197-15.200, *passim*.

Otro ejemplo de pequeño empujón en cumplimiento normativo, esta vez relacionado con la explotación del Sistema Uno, consistiría en colocar imágenes de ojos observadores en las dependencias del centro de trabajo⁹⁰⁸. Según investigaciones recientes, la presencia de esta clase de imágenes permitiría reducir la probabilidad de comisión de comportamientos no deseados al generar una sensación de vigilancia en el agente⁹⁰⁹. Aun así, tengo la impresión de que este pequeño empujón parecería estar situado a caballo entre la cultura de cumplimiento y el sistema de pura vigilancia y control. Bien es cierto que el método empleado guarda relación con la modificación del contexto corporativo por medio de la introducción de estímulos visuales a fin de aprovecharse de la tendencia psicológica asociativa del agente emergida de forma irreflexiva en su Sistema Uno. Es decir, la herramienta empleada es puramente conductual. Sin embargo, el efecto que se obtiene es una sensación de vigilancia, puesto que el empleado percibe estar siendo monitorizado de igual modo que si la dirección corporativa hubiese colocado una cámara de seguridad en el centro de trabajo.

No pasa inadvertido que la extrapolación de la teoría del pequeño empujón a la empresa adolece de alguna que otra limitación. Se dice que los pequeños empujones en cumplimiento normativo han de ser aplicados con una precisión quirúrgica, en el momento preciso y siempre que se den una serie de circunstancias concretas⁹¹⁰. A esto último se le añade que su influencia podría llegar a ser contrarrestada por las racionalizaciones de comportamientos delictivos a las que suelen recurrir los delincuentes de cuello blanco⁹¹¹. Pero estos puntos flacos, en realidad, no tendrían por qué representar un obstáculo para su integración. Ningún elemento del CMS es enteramente efectivo. De ahí que sea necesario asegurar una debida sincronización entre todos los componentes que configuran el sistema. Lo que sí que genera mayores reparos es si aprovechar por las empresas los resultados de la teoría paternalista-libertaria del pequeño empujón – concretamente aquellos pequeños empujones que aprovechan el lado irracional del ser humano – socava o no la autonomía individual que dignifica a las personas⁹¹². Esta es una profunda polémica filosófico-moral aún en boga sobre esta

⁹⁰⁸ HAUGH, T: “The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics”, pág. 9, nota a pie de página nº 50.

⁹⁰⁹ Vid. ERNEST-JONES, M; NETTLE, D; BATESON, M: “Effects of Eye Images on Everyday Cooperative Behavior: A Field Experiment”, *Evolution and Human Behavior*, Vol. 32, 2011, págs. 172-178, *passim*.

⁹¹⁰ KILLINGSWORTH, S: “Behavioral Ethics...”, pág. 3.

⁹¹¹ HAUGH, T: “The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics”, pág. 13.

⁹¹² Sobre las implicaciones éticas derivadas del empleo de pequeños empujones, vid. BOVENS, L: “The Ethics of Nudge”, *passim*.

teoría que ni sus impulsores⁹¹³ ni expertos en ética conductual⁹¹⁴ ignoran. Resolverla deviene capital a efectos de desentrenar si, independientemente de los resultados arrojados, los pequeños empujones en cumplimiento normativo deberían ser integrados en la *praxis* empresarial.

Con todo lo expuesto adviértase que la idea de base no variaría ni un milímetro: los distintos aportes del *behavioral compliance* han de acabar por verse reflejados en medidas de *compliance* concretas, sean éstas innovadoras (por ejemplo, utilizar pequeños empujones en cumplimiento normativo justo a tiempo (*just-in-time compliance nudges*), como firmar un compromiso ético momentos antes de emprender una operativa expuesta a riesgo⁹¹⁵) o bien convencionales (por ejemplo, obligar a los directivos y empleados a asistir a cursos de formación orientados a la prevención, detección y neutralización de sesgos cognitivos⁹¹⁶). A fin de cuentas, eso es lo que la cultura de cumplimiento representa: un compendio de utensilios útiles para prevenir la criminalidad corporativa.

Propuestas como la descrita abren, en fin, un nuevo y desafiante horizonte en la cultura de cumplimiento. Junto a la función informativa y la ético-social debería ser incluida otra vertiente más, que podría ser acuñada tentativamente función inhibitoria de tendencias conductuales nocivas, destinada a contrarrestar los perniciosos efectos surgidos a propósito de los sesgos cognitivos, racionalizaciones y demás patrones de comportamiento habitualmente concurrentes en la esfera corporativa⁹¹⁷. Esta vertiente

⁹¹³ THALER, R. H; SUNSTEIN, C. R: *Nudge...*, págs. 11, 237, 243 y ss.

⁹¹⁴ HAUGH, T: "The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics", págs. 14 y ss.

⁹¹⁵ Estudios en psicología demuestran que lanzar recordatorios sobre moralidad justo antes de embarcarse en una actividad riesgosa disminuye posibles actos deshonestos al dar pie a reflexiones éticas. Cfr. HAUGH, T: "Harmonizing Governance...", pág. 904.

⁹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M; VARELA, L: "Responsabilidades individuales en estructuras de empresa...", pág. 282.

⁹¹⁷ Esto no tendría por qué traducirse necesariamente en una completa eliminación de los patrones de comportamiento descritos sino que bastaría con disminuirlos hasta niveles socialmente tolerados. Al respecto, advierte en relación con los sesgos cognitivos CIGÜELA SOLA: "Hay que tener en cuenta, no obstante, que igual que sucede en la actividad humana cotidiana, la eliminación total de estos sesgos en el ámbito organizativo no sólo resultaría imposible sino de hecho contraproducente: para ello habría que eliminar completamente la actividad rutinaria, automatizada o de baja reflexividad en todos los miembros de la organización, lo que sería totalmente disfuncional, como también establecer un perfecto sistema de control de los comportamientos, lo que convertiría a la empresa en una especie panóptico vigilante, desplazando el problema a cómo controlar a los controladores, y así indefinidamente. En otras palabras, también en los sesgos y en las características potencialmente criminógenas hay espacios de riesgo permitido, y la tarea es entonces determinar cuándo ese espacio se ha excedido y en qué momento el estado de la organización ha pasado a ser demasiado defectuoso como para suponer que no se está

seguramente ayude a complementar ese otro par de funciones señaladas, dada su parcial satisfactoriedad. Instruir en doctrinas académicas, reformas legislativas o giros jurisprudenciales sirve para que los trabajadores conozcan bien el panorama jurídico que les rodea. Pero ni la formación estrictamente normativa tiene en cuenta el intuitivo y automatizado Sistema Uno que predomina en la toma de decisiones o el peligroso lado racionalizador del Sistema Dos ni tampoco la empresa puede esperar razonablemente que todos los empleados recuerden, comprendan debidamente o siquiera muestren interés con el conjunto de contenidos jurídicos impartidos, por muy sencillos, entendibles e interesantes que resulten a juicio de quien los transmite⁹¹⁸. Inculcar valores ético-sociales quizás sea de utilidad frente aquellas personas que necesiten ser reconducidas moralmente, si es que las hay, o siquiera para apuntalar la brújula moral del resto, en caso de que verdaderamente haga falta. Pero, en realidad, eso no es lo que debería preocuparnos. A diferencia de otros campos, como la bioética, en los negocios basta con repasar someramente el articulado penal para hacerse una idea de qué es lo correcto a hacer⁹¹⁹. La filosofía moral no tiene tanto que resolver en esta sede: los patrones de conducta están bastante claros. Aparte, los valores de buena parte de los trabajadores, adquiridos a lo largo de su vida gracias a la escuela, el entorno familiar, la religión o la cultura del lugar, no tienden a diferir respecto a aquellos promovidos por la organización. Lo que explica la realización de un injusto penal no suele ser tanto la disposición por el agente de un sistema moral deficiente como el modo en que opera el comportamiento humano en aquel contexto institucional en el que se desenvuelve⁹²⁰: los humanos somos seres frágiles porque nuestra moral es dinámica y maleable bajo determinadas circunstancias⁹²¹. Consecuentemente, parece que sería más provechoso mostrar cómo articular el entorno corporativo de cara a promover conductas ajustadas a Derecho antes que invitar a los trabajadores a experimentar una catarsis que les haga replantearse su sistema de valores⁹²².

facilitando o incentivando la comisión de delitos”. Cfr. CIGÜELA SOLA, J: “*Compliance* más allá de la ciencia penal”, *Indret* 4/2019, págs. 1-35, pág. 26.

⁹¹⁸ HAUGH, T: “Harmonizing Governance...”, pág. 904.

⁹¹⁹ HEATH, J: “Business Ethics and Moral Motivation...”, pág. 596.

⁹²⁰ Comenta que el contexto institucional es mucho más importante que el carácter del agente HEATH, J: “Business Ethics and Moral Motivation...”, pág. 611.

⁹²¹ Vid. BAZERMAN, M. H; GINO, F: “Behavioral Ethics...”, pág. 92. Expresa PRENTICE, “más comúnmente, las elecciones éticas pobres no son adoptadas porque la gente haya leído poco a Kant sino porque ignoran las influencias psicológicas, organizativas y sociales que pueden causarles tomar menos decisiones éticas óptimas”. Cfr. PRENTICE, R. A: “Behavioral Ethics...”, pág. 59.

⁹²² En este sentido, haciendo referencia a los cursos de ética de los negocios, HEATH, J: “Business Ethics and Moral Motivation...”, pág. 611.

2.3.3. El papel desempeñado por el *compliance officer* en el fomento e integración de una cultura de cumplimiento en la empresa

Subraya SILVA SÁNCHEZ que la posición del CO excede a la de un mero delegado de vigilancia⁹²³. Y no le falta razón cuando expresa eso. Más allá de ocuparse de incorporar sistemas de doble firma para controlar el flujo de dinero en la organización o de integrar murallas chinas con tal de evitar fugas de información reservada, en el CO pesa además la responsabilidad de contribuir a promocionar una cultura de respeto por el Derecho. Él es, a fin de cuentas, quien, conforme al compromiso de garante libremente asumido, vela por el control del riesgo de inoperatividad del conjunto de medidas de *compliance* destinadas a fomentar e integrar una tal cultura de *compliance*⁹²⁴. Como hemos repetido ya unas cuantas veces, la cultura de *compliance* no deja de ser, en el fondo, el producto de la suma de una serie de políticas y medidas de cumplimiento normativo concretas⁹²⁵. Y su óptimo funcionamiento, según se ve, depende en buena parte de que el CO haga bien su trabajo. Lo conveniente será examinar, entonces, cuán diligente fue éste a la hora de manejar esta serie de herramientas de *compliance* específicas a efectos de explorar las posibles repercusiones jurídicas generadas a propósito de sus deficientes comportamientos.

Empezando con la redacción y ulterior difusión del código de conducta⁹²⁶ así como de las diversas políticas de empresa que de éste emanan (política anticorrupción, por ejemplo)⁹²⁷, cuesta creer que la omisión de alguno de sus contenidos normativos posibilite una imputación penal del CO. La normativa interna de la empresa representa una simple extrapolación de las normas jurídico-penales preexistentes, por lo cual, dejar de incluir alguna disposición equivaldría a omitir transmitir de forma genérica entre todos los integrantes de la organización y si acaso afianzar aquello que el ordenamiento jurídico prescribe. A duras penas va a ser eso suficiente como para justificar la imposición de una pena al CO.

⁹²³ SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, pág. 243.

⁹²⁴ Vid. Capítulo III. Apartado 3.2.2.a.

⁹²⁵ Vid. Capítulo IV. Apartado 2.3.1.

⁹²⁶ En más detalle, sobre el concepto y contenido de los códigos de conducta, vid. NIETO MARTÍN, A: “Código ético, evaluación de riesgos y formación”, *passim*.

⁹²⁷ Explica que, precisamente por su abstracción y simplicidad, el código de conducta normalmente no será capaz de ofrecer a sus destinatarios pautas de comportamiento específicas, razón por la cual, surge la necesidad de complementar sus disposiciones con políticas internas de empresa que regulen sectores de riesgo concretos NIETO MARTÍN, A: “Código ético, evaluación de riesgos y formación”, pág. 141.

Continuando ahora con el fundamental cometido formativo de los trabajadores, cuanto menos de aquellos que encarnan perfiles de riesgo, es importante comenzar por dejar constancia de que dicha tarea debería ser calificada como una obligación de medios más que de resultados. El CO tiene que emplear los recursos puestos a su alcance a fin de hacer saber a los trabajadores donde radica la frontera del riesgo permitido de la actividad social que desarrollan y cuáles son las conductas que el Derecho Penal castiga, con independencia de que luego realmente interioricen aquellos conocimientos que la empresa espera que adquieran. Controlar esto último desbordaría el radio de alcance de la labor que al CO le incumbe satisfacer. Lo esencial es que el CO o bien aquel tercero externo oportunamente seleccionado y ulteriormente supervisado⁹²⁸ hagan uso de herramientas eficaces que les permitan garantizar, dentro de lo razonable, la debida superación y aprovechamiento por los empleados de los cursos teórico-prácticos impartidos: exigir un porcentaje mínimo de asistencia, verificar mediante un sistema de registro la satisfacción del porcentaje de asistencia, someter a los trabajadores a un examen o un trabajo al final del curso, etc⁹²⁹. Tal vez luego alguno de los empleados burle el control de asistencia implementado, copie en el examen o plagie el trabajo escrito. Parece sensato esperar que, cuando tales circunstancias acontezcan, el CO tome las medidas que estime pertinentes contra aquel empleado involucrado en los hechos descritos (por ejemplo, obligarle a repetir el curso), pese a que, todo sea dicho, una omisa reacción profesional en tales circunstancias, a lo sumo, podría conllevarle meras sanciones laborales pero difícilmente responsabilidad penal frente a una eventual infracción penal futura: faltaría que se colmasen los requisitos de tipicidad objetiva y subjetiva necesarios para ello. En principio, si la diligencia preside la tarea de formación descrita, no habrá forma de fundamentar satisfactoriamente responsabilidad en el CO alguna, ni penal ni laboral.

Otra cuestión no menos trascendente es cómo se supone que debería enjuiciarse la falta de inclusión en el curso de formación (*online* o presencial) de específicas temáticas de trascendencia penal. Es decir, ¿y si el CO, por ejemplo, omite exponer las recientes

⁹²⁸ No es necesario que el CO se responsabilice de impartir personalmente los cursos de formación. Tal rol lo puede asumir un tercero. Lo que sí queda bajo su manto de competencias es verificar, con el apoyo del departamento de recursos humanos, que quien está al mando de los ciclos formativos es alguien competente y que los empleados asisten a los mismos y reciben la formación adecuada. Sobre esta alternativa, vid. NIETO MARTÍN, A: “La institucionalización del sistema de cumplimiento”, pág. 201.

⁹²⁹ Vid. BOWER, J: “How effective is your compliance training?”, pág. 40.

reformas operadas en materia de prevención de blanqueo de capitales o las prohibiciones en materia de regalos de cortesía (líneas rojas)? ¿Sería acertado dotar a una tal omisión de relevancia típica en caso de que uno de los empleados acabe por cometer un hecho antijurídico respecto al cual no fue oportunamente instruido? Lo veo francamente complicado⁹³⁰, bien sea en grado de participación o, mucho menos, a título de autor mediato por un eventual error de prohibición mitigante de la culpabilidad del empleado⁹³¹. Formar no es lo mismo que asesorar⁹³²: el grado de concreción es bien distinto. No se trata de que uno de los integrantes de la corporación acuda al CO para que le informe acerca de los riesgos anudados a una determinada operativa que pretende llevar a cabo sino que son una multitud de trabajadores (decenas o tal vez cientos) los que recaban al mismo tiempo formación sobre eventuales comportamientos susceptibles de generar responsabilidad penal tanto individual como en la persona jurídica. De nuevo, creo que el Derecho Laboral sería el que tendría ocuparse de estos asuntos.

Igualmente podría suceder que el CO, en lugar de omitir incluir alguna información de trascendencia penal, transmita conocimientos erróneos. Por análogas razones a las previamente expuestas, veo complicado poder apreciar aquí responsabilidad penal de algún tipo. Y máxime si la incorrección tiene lugar en controvertidas temáticas de reciente introducción en el Derecho positivo o en materias en las que existen líneas jurisprudenciales o doctrinales contrapuestas u oscuros pasajes en el texto legal carentes de una pacífica y consensuada interpretación. El mero suministro defectuoso de conocimientos a terceros de una determinada situación jurídica de ningún modo *ex ante facto* ostentaría objetivamente la virtualidad suficiente como para superar el umbral del riesgo permitido, siempre y cuando el análisis jurídico haya sido emprendido por el CO

⁹³⁰ De esta opinión, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, págs. 227-228. MONTIEL, J. P: “Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del *Compliance Officer*...”, págs. 5-6. BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, págs. 404-405.

⁹³¹ De hecho, la admisión de la autoría mediata por error de prohibición ya de por sí es problemática. Vid. BOLEA BARDON, C: *Autoría mediata en derecho penal*, págs. 202 y ss.

⁹³² Desde luego al CO se le podrían llegar a asignar también labores de asesoramiento jurídico. Pero este cometido, en puridad, no tendría por qué recaer necesariamente en su abanico de deberes al poder descargarse en otras instancias de la corporación (por ejemplo, el departamento legal). Ofrecen un exhaustivo análisis de la responsabilidad penal del asesor jurídico ROBLES, R: “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, *DLL*, nº 7015, 2008, *passim*. LUZÓN PEÑA, D. M: “Responsabilidad penal del asesor jurídico”, *RD*, nº 15, 2011, págs. 45-72, *passim*.

de forma razonable y consistente desde el prisma de la exégesis del Derecho y la información hubiese sido canalizada de forma completa y comprensible⁹³³.

Vistas así las cosas, parece extraño hallar algún supuesto en el que al CO se le pueda llegar a sancionar penalmente por un resultado lesivo producido como corolario del comportamiento de alguno de los empleados deficientemente instruidos, sin perjuicio de las eventuales sanciones laborales anudadas al incumplimiento contractual en el que el CO incurriría. A lo sumo, tal vez podría señalarse una sola excepción algo esotérica: que el CO, en infracción flagrante de su rol, forme a los empleados en un sentido antijurídico. Es decir, que les muestre, por ejemplo, cómo defraudar a la Hacienda Pública sin levantar ningún género de sospecha. Casos como el descrito, pertenecientes a los del género de laboratorio, seguramente podrían dar pie a discutir una posible participación si es que alguno de los empleados se valiese de las tácticas transmitidas. Pero insisto: será extremadamente raro que algo así acontezca.

Pocas dudas plantea, por otro lado, el examen de las acciones de sensibilización que al CO se le suelen asignar: colgar carteles en las dependencias del centro de trabajo, organizar charlas informales con los empleados, enviar por e-mail durante la época navideña recordatorios acerca del contenido de la política anticorrupción de la entidad, etc⁹³⁴. Por su lejanía respecto a la lesión del bien jurídico, sería un tanto inverosímil pretender entender la omisión de alguna de estas medidas como expresión de una omisa contribución a la contención de algún curso de riesgo lesivo. Regiría, en fin, una plena autorresponsabilidad del sujeto activo del delito.

Ya, para terminar, debe traerse a colación lo desarrollado acerca de los funestos resultados derivados de la habitual aparición en la empresa de heurísticos, sesgos cognitivos, racionalizaciones y otros tantos factores sociales y psicológicos favorables a la comisión delictiva. El flamante campo del *behavioral compliance* da pie a pensar si acaso el órgano de administración delegaría asimismo en el CO el deber de neutralizar patrones de conductas como los apuntados capaces de redundar en perjuicio de

⁹³³ Si bien en relación con el asesoramiento jurídico, ROBLES, R: “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, pág. 8. LUZÓN PEÑA, D. M: “Responsabilidad penal del asesor jurídico”, pág. 62. KUDLICH, H: *Die Unterstützung fremder Straftaten durch beruflbedingtes Verhalten*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2008, pág. 484.

⁹³⁴ Vid. ENSEÑAT DE CARLOS, S: *Manual del Compliance Officer...*, págs. 106-107.

terceros⁹³⁵. De ser eso así, el CO, tomando prestada la expresión de THALER y SUNSTEIN, sería quien, entre otras cosas, integraría el rol de arquitecto de decisiones⁹³⁶, al incumbirle organizar el contexto corporativo en el que los agentes adoptan sus decisiones de una forma tal como para conseguir encauzarlos hacia el cumplimiento del Derecho.

Sea o no eso cierto, basta con echar un rápido vistazo a la norma UNE 19601 para darse cuenta de que el *behavioral compliance* es una rama del cumplimiento normativo de rabiosa actualidad pero, en cualquier caso, ausente en la norma técnica citada que, como sabemos, recopila las mejores prácticas consensuadas por los expertos en este campo. Da la sensación de que sus disposiciones todavía se encuentran focalizadas en las otras dos vertientes de la cultura de cumplimiento: informar sobre el panorama legal e inculcar valores ético-sociales. Es más, diría que es especialmente en esta última donde se pone mayor énfasis⁹³⁷. El estado de la materia parece que aún se encuentra en nuestro país (y en el de unos cuantos otros) en una fase, si no incipiente, cuanto menos, pendiente de un extenso desarrollo. La distancia que separa los progresos teóricos de la comunidad científica y el entorno práctico empresarial es notable. Ni siquiera han sido resueltas muchas de las importantes cuestiones ligadas a la eficacia y legitimidad de algunas potenciales herramientas de prevención delictiva examinadas, como los pequeños empujones en cumplimiento normativo⁹³⁸. Los espacios de riesgo permitido seguramente se vayan acotando cada vez más a medida que la sofisticación del *compliance* se consolide y sea cada vez más razonablemente exigible para las empresas o acaso para aquellas con una complejidad más acentuada introducir herramientas de *behavioral compliance*, circunstancia ésta que quizás acabe por verse reflejada en la norma técnica citada. Ello evidentemente repercutirá en el modo en el que la función de

⁹³⁵ Piensan que el deber de neutralizar sesgos cognitivos podría integrarse en la posición de garantía de un tercero que tuviera deberes de control sobre los riesgos generados a través del agente que padece el sesgo SILVA SÁNCHEZ, J. M.; VARELA, L: “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa...”, pág. 272.

⁹³⁶ THALER, R. H; SUNSTEIN, C. R: *Nudge...*, págs. 3 y ss.

⁹³⁷ El Apartado 3 de la norma UNE 19601 define el término “cultura” del siguiente modo: “Valores, ética y creencias que existen en una organización y que interactúan con las estructuras y sistemas de control de la organización para producir normas de comportamiento que conducen a obtener los objetivos derivados de la aplicación de esta norma UNE”.

⁹³⁸ Vid. Capítulo IV. Apartado 2.3.2.

compliance ha de ser concebida. A fin de cuentas, sus contornos no dejan de ser definidos a partir del entendimiento del cumplimiento normativo en la empresa⁹³⁹.

Por el momento, me parece que la omisa introducción por el CO de medidas como las examinadas no podría llegar a ser catalogada como típicamente relevante por mucho de que quede acreditada su fulminante eficacia para prevenir fenómenos criminalmente relevantes. Incluso si en un futuro consensuásemos que el compromiso de garante del CO abarca igualmente cometidos de tal envergadura, tampoco queda del todo claro cuáles podrían ser las repercusiones jurídico-penales derivadas de la transgresión de un deber de neutralización de semejantes contornos. Pareciese que si patrones conductuales tales como los sesgos cognitivos o las racionalizaciones erosionan la percepción cognitiva de la realidad en su dimensión social-valorativa⁹⁴⁰, contribuir a la creación o aprovecharse de un sesgo cognitivo debería permitir considerar una imputación en autoría mediata por error de tipo⁹⁴¹. Mayores interrogantes suscita, en cambio, la afectación del plano volitivo-emocional por las dinámicas de grupo⁹⁴². Todavía falta por recorrer, en fin, un largo y sinuoso camino.

Con lo expuesto se ha intentado delimitar, en mayor o menor medida, cuál sería la responsabilidad del CO en contribuir a establecer en la empresa una cultura de cumplimiento. Pero, independientemente de ello, debe saberse que para eso ocurra hace falta algo más que la diligencia de este profesional. El moldeamiento de una tal cultura corporativa trae cuenta en gran parte del compromiso con el cumplimiento normativo que tanto el órgano de administración como la alta dirección demuestren con el resto de integrantes de la organización (*tone from the top*⁹⁴³)⁹⁴⁴. Se estima crucial, en efecto, que estos exhiban un constante apoyo a las diversas acciones de *compliance* – adjuntando

⁹³⁹ ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”, pág. 320.

⁹⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M; VARELA, L: “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa...”, págs. 278-279.

⁹⁴¹ De esta opinión, si bien en relación sólo con los sesgos cognitivos, *Ibidem*, pág. 281.

⁹⁴² Vid. *Ibidem*, págs. 280-281.

⁹⁴³ En ocasiones, en vez de hacerse uso de la expresión *tone from the top*, se ha empleado la de *tone at the top*. Opino que es preferible la primera. *Tone at the top* parece incluir el solo compromiso de la cúpula directiva, cuando lo acertado es que dicho compromiso provenga de la máxima dirección y fluya a través de cada uno de los niveles de la organización, que es a lo que mejor se ajusta la expresión acogida.

⁹⁴⁴ Véase, por ejemplo, el Apartado 5.1 de la norma ISO 19600, el Apartado 7.1 de la norma UNE 19601 o el Apartado 5.6 de la CFGE 1/2016. En la doctrina, sin ánimo de exhaustividad, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración...”, pág. 50. PAINE, L. S: “Managing for Organizational Integrity”, pág. 113. KILLINGSWORTH, S: “Modeling the Message...”, págs. 980-982. MILLER, G. P: *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, pág. 197.

un mensaje de respaldo en la página inicial del código de conducta o atendiendo debidamente a los reportes recabados – y que prediquen con el ejemplo dentro de las fronteras del cumplimiento legal – fundamentalmente no perpetrando ellos mismos delitos o tolerando aquellos de los que obtengan noticia –, siendo innecesario, por lo demás, que se conviertan en figuras modélicas fuera del centro de trabajo, tal como algún que otro autor ha sugerido⁹⁴⁵. En definitiva, *walk the talk*⁹⁴⁶.

Lo expuesto conecta con uno de los factores pilares capaces de motivar a los trabajadores a actuar en una dirección ajustada a la legalidad, a saber, la legitimidad percibida⁹⁴⁷, definida ésta, siguiendo a TYLER, como “la creencia de que aquellos que están en el poder merecen gobernar y tomar decisiones que influyen en la vida de los demás así como en la percepción de que estos han de ser obedecidos”⁹⁴⁸. Toda exigencia de cumplir con las normas debe partir de la premisa de que los órganos de gobierno corporativo son los primeros que han de demostrar que eso es lo correcto o adecuado a hacer – en suma: liderazgo –, fortaleciendo, así, tanto la voluntad de los trabajadores a actuar conforme a Derecho como su compromiso e identificación con la compañía. De lo contrario, poca o ninguna credibilidad dispondrán frente al resto⁹⁴⁹.

3. La omisión de reporte del *compliance officer* sin competencias ejecutivas

3.1. La interacción comunicativa entre el *compliance officer* y el órgano de administración

La empresa, en tanto estructura organizativa altamente compleja y mayoritariamente descentralizada, acoge una auténtica constelación de procesos comunicativos entre sus distintos integrantes a niveles absolutamente dispares: desde descendentes (emisión de

⁹⁴⁵ Incluye entre los atributos de un “líder ético” el dirigir su vida personal de una forma ética WEAVER, G. R: “Encouraging Ethics in Organizations...”, *American Criminal Law Review*, Vol. 51, n° 1, 2014, págs. 293-316, pág. 309.

⁹⁴⁶ Esta expresión significa probar con acciones aquello que se prometió que se haría.

⁹⁴⁷ Sobre la crucial trascendencia de que quienes dirigen la empresa recaben legitimidad frente a sus empleados si es que desean que estos satisfagan las normas jurídicas, vid. TYLER, T. R: “Reducing Corporate Criminality...”, págs. 268 y ss. KILLINGSWORTH, S: “Modeling the Message...”, págs. 974 y ss. LANGEVOORT, D: “Behavioral Ethics, Behavioral Compliance”, pág. 271.

⁹⁴⁸ TYLER, T. R: “Reducing Corporate Criminality...”, págs. 268-269.

⁹⁴⁹ Por ilustrarlo con un ejemplo algo más prosaico: si unos padres desean que su hijo adquiera unos hábitos alimenticios saludables, ¿cómo se supone que lo conseguirán si constantemente piden a domicilio comida basura o desacreditan las campañas de fomento de una vida sana promocionadas por el Gobierno?

una orden a un subordinado) hasta ascendentes (sugerencias propuestas por los empleados en aras de mejorar el rendimiento laboral) pasando por horizontales (conversaciones y diálogos mantenidos entre los miembros de una concreta subunidad de trabajo a fin de alcanzar un propósito común)⁹⁵⁰. Su complejidad se intensifica a medida que lo hacen factores de naturaleza divergente: la dispersión espacial de los puestos de trabajo o bien la parcelación de cada uno de los segmentos de responsabilidad son un buen par de ejemplos.

No es de extrañar, a la vista de lo señalado, que la instauración de una estable interacción comunicativa en la díada formada por el CO y el órgano de administración no represente un hecho aislado en la empresa e implique que ambas figuras debiesen de encarnar, al igual que en cualquier otra situación comunicativa, los roles de emisor y receptor de la información trasvasada, respectivamente. El primero, como garante de información, ha de mantener actualizado al segundo en lo tocante a los eventos contrarios a Derecho que tengan lugar en la organización por vías diversas, como pueden ser, por ejemplo, el envío de memorias e informes con una frecuencia previamente acordada, la celebración de reuniones mensuales o el reporte adecuado a través de los canales corporativos usuales (correo electrónico, línea telefónica, etc.). Uno de los aspectos esenciales de semejante relación de intercambio de información radica precisamente en el valor de corte comunicativo que podría tener el silencio proveniente del CO desprovisto de competencias ejecutivas frente a aquellas circunstancias de incumplimiento alertadas en relación con su interlocutor y principal obligado a impedirlos, a saber, el órgano de administración. Atendiendo al papel principal que el silencio podría jugar en un tal proceso de intercambio de información entre dos sujetos ubicados en una misma corporación y con unas funciones claramente vinculadas, hace falta profundizar en los próximas páginas sobre el mismo.

3.2. El silencio comunicativo del *compliance officer*: un esbozo desde la óptica de la pragmática lingüística

Antes de nada, conviene iniciar estas líneas precisando, a fin de no dar pie a ulteriores malinterpretaciones, que, en lo que sigue, la expresión “silencio comunicativo” que da

⁹⁵⁰ Vid. INFESTAS GIL, A: *Sociología de empresa*, págs. 124-127.

titulo al presente apartado será utilizada en un sentido distinto al usualmente empleado por la doctrina jurídico-penal en el marco del engaño por actos concluyentes contemplado en el delito de estafa. La jurisprudencia española define el acto concluyente como aquel que no de un modo expreso, pero sí implícito, lleva consigo la afirmación falsa de un hecho⁹⁵¹.

Pueden tomarse como ejemplos el acto de sentarse en la mesa de un restaurante y pedir un plato de comida, dando a entender que el comensal dispone de dinero suficiente como para pagar luego la cuenta, o bien situar un automóvil de segunda mano entre los automóviles nuevos⁹⁵².

En supuestos como los descritos se entiende que el silencio, esto es, el abstenerse de proporcionar una información veraz para formar debidamente la voluntad, acaba por insertarse en una maquinación positiva precedente que, debido a su significación social, es interpretada erróneamente por su destinatario en el concreto marco circunstancial⁹⁵³. No puede pasarse por alto, entonces, que hacer uso de la expresión “silencio comunicativo” puede conducir a confusión: el silencio, por mucho de que pueda ser reconducido a un tal acto concluyente, *per se* nada comunica, toda vez que lo que da a pie al engaño es ese acto social que, en un contexto comunicativo determinado, cobra un significado específico. Sea como fuere, lo determinante es que este “no decir algo”, por su reconducción a “actos concluyentes”⁹⁵⁴, lejos de configurar un engaño omisivo, equivale plenamente a la producción de un engaño por vía activa^{955 956}, que es lo que comúnmente identificamos con el concepto de afirmación falsa sobre determinados

⁹⁵¹ STS de 16 de junio de 2016 (RJ 2016/2792).

⁹⁵² Este último ejemplo lo extraigo de ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í: “Selección de bienes jurídico-penales conforme a la Constitución: el caso de la protección de la competencia”. En SILVA SÁNCHEZ, J. M; QUERALT JIMÉNEZ, J. J; CORCOY BIDASOLO, M; CASTIÑEIRA PALOU, M. T., (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Un homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de f, Argentina-Montevideo, 2017, págs. 1.119-1.130, pág. 1.130.

⁹⁵³ Estima errónea, sin embargo, la concepción del engaño concluyente como “silencio acompañado de actos” MAYER LUX, L: “El engaño concluyente en el delito de estafa”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, n° 3, págs. 1.017-1.048, pág. 1.032.

⁹⁵⁴ La STS de 16 de junio de 2016 (RJ 2016/2792) previamente citada postula que los silencios pueden ser reconducidos a comportamientos concluyentes antecedentes.

⁹⁵⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, págs. 448-450. IZQUIERDO SÁNCHEZ, C: *Estafas por omisión...*, págs. 117-121. VALLE MUÑIZ, J. M: “Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa”, *ADPCP*, Vol. 39, n° 3, 1986, págs. 863-876, pág. 867. En la jurisprudencia, vid. STS de 13 de diciembre de 2010 (RJ 2011/2370).

⁹⁵⁶ Por ello, MAYER LUX cree que estamos ante una conducta ubicada *prima facie* a caballo entre la acción y la omisión, pese a inclinarse finalmente a favor de la primera. Cfr. MAYER LUX, L: “El engaño concluyente en el delito de estafa”, pág. 1.021.

hechos. Su único rasgo distintivo respecto al engaño activo expreso, esto es, comunicar una información que dista de la realidad y que satisface el requisito de “bastante” como para provocar un estado de error en otro, es su carácter indirecto, puesto que la aserción, en palabras de MAYER LUX, “se encuentra implicada en los elementos que definen la relación comercial de que se trate y sin los cuáles esta dejaría de tener sentido o perdería su razón de ser”⁹⁵⁷.

Efectuada esta aclaración, pasemos a concretar la noción de silencio comunicativo que aquí se acoge. El acto silencioso, con arreglo a la pragmática lingüística, representa, pese a su carácter físico de elemento negativo, esto es, ausente de habla, un signo cargado de amplias dosis de información con una alta fuerza ilocucionaria capaz de enviar mensajes entre uno y otro interlocutor⁹⁵⁸. El maestro de la retórica, Marco Tulio Cicerón, ya lo calificaba en su época como uno de los más grandes artes de conversación. Y es que, desde luego, el silencio tiene un auténtico valor comunicativo cuando se presenta como alternativa al uso de la palabra⁹⁵⁹.

Si bien el silencio es un signo ambiguo⁹⁶⁰ que destaca, para mayor abundamiento, por su rasgo plurifuncional⁹⁶¹, dentro de un concreto contexto comunicativo es posible hacerlo avanzar hacia la precisión lingüística⁹⁶², como sucede con los actos de habla en sentido estricto. El silencio no aclara intrínsecamente cuál de los posibles significados inferibles del mismo es el acertado, por ello, son factores lingüísticos verbales y no verbales (previos, simultáneos o posteriores) y extralingüísticos (las circunstancias en las que se

⁹⁵⁷ *Ibidem*, pág. 1.031.

⁹⁵⁸ MÉNDEZ GUERRERO, B: “La interpretación del silencio en la interacción. Principios pragmáticos, cognitivos y dinámicos”, *Pragmalingüística*, nº 24, 2016, págs. 169-186, págs. 170-171, 175. JAWORSKI, A: *The Power of Silence. Social and Pragmatic Perspectives*, Sage, London, 1993, págs. 28 y ss. En profundidad, acerca de la ingente variedad de taxonomías del silencio, vid. KURZON, D: “Towards a Typology of Silence”, *Journal of Pragmatics*, nº 39, 2007, págs. 1.673-1.688, págs. 1.673-1.676. EPHRATT, M: “The Functions of Silence”, *Journal of Pragmatics*, nº 40, 2008, págs. 1.909-1.938, págs. 1.913 y ss.

⁹⁵⁹ ESCANDELL, M. V: *Introducción a la pragmática*, Ariel, Barcelona, 2013, pág. 37.

⁹⁶⁰ JAWORSKI, A: *The Power of Silence...*, pág. 69. Cfr. MÉNDEZ GUERRERO, B: “Los actos silenciosos en la conversación en español”, Tesis doctoral, 2014, pág. 57. Enlace: www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/284238/tbmg1de1.pdf?sequence=1

⁹⁶¹ Vid. CAMARGO FERNÁNDEZ, L; MÉNDEZ GUERRERO, B: “Silencio y prototipos: la construcción del significado pragmático de los actos silenciosos en la conversación”, *Diálogo de la Lengua*, nº 5, 2015, págs. 33-53, págs. 35-36.

⁹⁶² MÉNDEZ GUERRERO, B: “La interpretación del silencio en la interacción...”, págs. 172-173, 178-180. KURZON, D: “Towards a Typology of Silence”, pág. 1.675. MATEU SERRA, R. M: *El lugar del silencio en el proceso comunicativo*, Tesis doctoral, 2001, pág. 130. Enlace: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/8173/trms2de3.pdf>

produce el silencio, la relación entre los interlocutores, etc.) los que, por lo general, ayudan a concretarlo⁹⁶³. Sólo de este modo al receptor del silencio le resulta factible emprender una operación mental de inferencia del mensaje adjunto.

El contexto o entorno que rodea el silencio representa uno de los puntales maestros en la interpretación de su significado⁹⁶⁴, hasta el punto de que su carencia imposibilita construir debidamente la situación comunicativa junto al resto de componentes materiales del proceso de intercambio de la información, a saber, el emisor, el receptor y el enunciado⁹⁶⁵. Por ese motivo, el silencio suele ser calificado como un signo contexto-dependiente⁹⁶⁶, necesitado de concreción en función del espacio y el tiempo en el que opera. Sin este elemento, no es viable que el destinatario evalúe las circunstancias ni que, junto a ello, inquiera el mensaje anexo⁹⁶⁷.

Bajo estas premisas, debe llamarse la atención en que el silencio del CO también se inserta en un particular contexto comunicativo. Desde el momento en que por la vía de la delegación de competencias el CO asume el compromiso de garante de recopilar, filtrar y reportar toda aquella información referida a la comisión de delitos de empresa, en el órgano de administración brota una legítima expectativa respaldada por el Derecho de recabarla cuando proceda para así poder reaccionar en consecuencia. Su riesgo de desorientación, relativo al desconocimiento sobre los eventos penales acaecidos en la empresa, queda bajo el control del CO en tanto garante de la información. En ese caso, callarse o, si se prefiere, mantener silencio – repito: en el marco de este específico contexto comunicativo – da pie a que el órgano de administración infiera un mensaje

⁹⁶³ Vid. MÉNDEZ GUERRERO, B: “La interpretación del silencio en la interacción...”, págs. 181-182. LA MISMA: “Los actos silenciosos en la conversación en español”, págs. 54-55. JAWORSKI, A: *The Power of Silence...*, pág. 8.

⁹⁶⁴ CAMARGO FERNÁNDEZ, L; MÉNDEZ GUERRERO, B: “Silencio y prototipos...”, pág. 34.

⁹⁶⁵ Vid. ESCANDELL, M. V: *Introducción a la pragmática*, págs. 31-32.

⁹⁶⁶ CAMARGO FERNÁNDEZ, L; MÉNDEZ GUERRERO, B: “La larga ausencia del silencio en la historia de la lingüística hispánica”, *Estudios de Lingüística del Español*, nº 36, 2015, págs. 431-448, págs. 435-436, 443.

⁹⁶⁷ Particularmente ilustrativo es el ejemplo ofrecido por MÉNDEZ GUERRERO: “(...) si ante una enunciación del tipo “a ver cuándo empiezas a tomarte las cosas un poco más en serio”, realizada por nuestra madre, guardamos silencio; esa madre tratará de dar sentido a nuestro silencio. Podrá pensar que, tal vez, estamos de acuerdo con sus palabras y que por eso callamos; o que, quizá, no lo estamos, pero que – en un ejercicio de prudencia ante el temor a una posible reacción iracunda – nos decantamos por el silencio como opción lingüística. Asimismo, puede que no piense nada de eso, y que interprete, simplemente, que no la hemos oído. En cualquier caso, su interpretación dependerá, fundamentalmente, del contexto y de los supuestos conocidos que tenga sobre su hijo”. Cfr. MÉNDEZ GUERRERO, B: “Los actos silenciosos en la conversación en español”, pág. 64.

tranquilizador de que todo va bien⁹⁶⁸. Es decir, el silencio del CO dota de base para entender, en contra del estado real de las cosas, que en la empresa ningún evento antijurídico se ha llegado a perpetrar, condicionando indefectiblemente el modo en el que el órgano de administración va a intervenir.

A una tal argumentación seguramente podría objetársele que el estado de error concurrente en el órgano de administración, lejos de ser generado por esta suerte de valor comunicativo del silencio del CO, sería posible como consecuencia lógica de su desconocimiento de los hechos. Pero lo cierto es que ambas proyecciones forman parte de un todo complejo. El proceso de inferencia que el órgano de administración emprende mentalmente a partir del acto silencioso, esto es, el mensaje que éste extrae del mismo – uno contrario a la realidad – tiene lugar gracias a su ignorancia sobre lo sucedido, puesto que de ser plenamente conocedor acerca de la comisión de delitos en el marco de la actividad de negocio, ningún mensaje sería inferido y, en consecuencia, no podría seguir siendo ya objeto de engaño. En otras palabras, el desconocimiento de los hechos no es incompatible con el proceso mental de inferencia del mensaje portado por el silencio sino que, bien mirado, lo condiciona⁹⁶⁹.

En suma, cabría sintetizar el esquema que regiría en una tal relación comunicativa hilada entre el CO y el órgano de administración del siguiente modo⁹⁷⁰. El CO omite reportar al órgano de administración, en infracción de su compromiso de garantía, que en la organización un empleado ha delinquido. Como consecuencia, el órgano de administración infiere de su silencio, dado su desconocimiento acerca del evento delictivo acaecido, que el estado de cosas en la organización está sujeto a control y, por consiguiente, que su intervención para poner freno a cursos de riesgos no se estima necesaria. Por ello, continúa con sus tareas genéricas de gestión social, y, como

⁹⁶⁸ Los líderes y aquellos que toman las decisiones pueden llegar a presumir que la ausencia de noticias es sinónimo de buenas noticias. Cfr. MORRISON, E. W: “Employee Voice and Silence”, *The Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, Vol. 1, n° 1, 2014, págs. 173-197, pág. 175.

⁹⁶⁹ Según BOLEA BARDON, tanto puede constituir error la falsa representación que el sujeto se hace de unos hechos como el simple desconocimiento de los mismos. Pero, bien mirado, lo segundo siempre acaba por determinar lo primero. Por ejemplo, quien desconoce que en su maleta de viaje alguien ha introducido 1 kg de cocaína para ser transportada de un lado a otro de la frontera, cree falsamente que todo el contenido de su equipaje está en regla y que no existe motivo alguno para que el oficial de aduanas le inspeccione. Cfr. BOLEA BARDON, C: *Autoría mediata en derecho penal*, pág. 175.

⁹⁷⁰ En lo que sigue, acojo el diagrama interpretativo propuesto por MÉNDEZ GUERRERO, asentado sobre la teoría de los actos de habla de AUSTIN. Cfr. MÉNDEZ GUERRERO, B: “Los actos silenciosos en la conversación en español”, pág. 59.

correlato, no evita el hecho antijurídico que iba a producirse o que se estaba produciendo⁹⁷¹.

3.3. ¿Cómo se origina la omisión de reporte del *compliance officer*?

3.3.1. A partir del propio *compliance officer*

a. Imputación dolosa

Como primera posibilidad, la omisión de reporte del CO podría responder a una deliberada ocultación de la información al órgano de administración. Es decir, el CO, pese a contar con conocimiento preciso acerca de la realización en la corporación de los elementos objetivos de uno o varios tipos penales, opta por omitir el inicio de una investigación interna o bien, una vez iniciada e incluso concluida, decide dejar de comunicar el delito descubierto al órgano de administración.

Independientemente de que sea concebible una tal omisión de reporte dolosa por parte del CO, no siempre dicho tipo de ocultaciones deliberadas de la información van a tener por qué quedar circunscritas a una pura ausencia de transmisión de la información sino que podrán venir acompañadas también de conductas activas precedentes o sucesivas:

Un ejemplo del primer fenómeno: el CO acopia conocimiento de la comisión de una específica conducta delictiva, sin embargo, cierra la investigación interna iniciada y luego omite atender las solicitudes de información del órgano de administración.

Un ejemplo del segundo fenómeno: el CO omite reportar al órgano de administración la comisión de una conducta penalmente relevante y, a efectos de camuflarla, tergiversa con posterioridad la memoria anual de cumplimiento mediante la incorporación de datos falsos⁹⁷².

⁹⁷¹ Se aborda el proceso de inferencia y reacción sucesiva en un sentido unitario. Es decir, presumimos que todos los miembros del órgano de administración han inferido el mismo mensaje del silencio del CO. Este aspecto desaparece en aquellas empresas de menores dimensiones en las que sólo existe la figura del administrador único, toda vez que con esta forma de articulación el curso de comunicación no se establece entre un órgano colegiado y un sujeto individual sino entre un sujeto individual y otro.

⁹⁷² Estas conductas de engaño activo, a su vez, tanto pueden articularse como engaños plenos o como medias verdades. Un ejemplo de la primera modalidad: el CO refleja en la memoria anual de cumplimiento que, gracias a la integración de unos robustos controles financieros y un seguimiento

Lo descrito se corresponde esencialmente con los denominados supuestos de sucesión temporal entre comisiones activas y omisiones (o viceversa) en los que resulta controvertido definir si la conducta antijurídica queda encuadrada en una realización típica comisiva o bien omisiva⁹⁷³. No cabe duda de que si el título de imputación subjetiva entre omisión y acción se rompe (la omisión es imputable por imprudencia mientras que la comisión activa lo es por dolo, o viceversa) deberíamos decantarnos por el comportamiento penal más grave⁹⁷⁴. Pero si resulta que ese título se mantiene “estático” por ser tanto la comisión activa como la omisión cualitativamente equivalentes⁹⁷⁵ nos veríamos obligados a poner el punto de mira en la enconada discusión acerca del superior nivel de injusto de los comportamientos activos frente a las omisivos o, lo que es lo mismo, a la prevalencia de la infracción de un deber de omitir respecto a la infracción de un deber de actuar⁹⁷⁶.

Aparentemente resultaría incorrecto inclinarse a favor de esa prevalencia en términos de gravedad de los comportamiento activos respecto a los omisivos⁹⁷⁷. COCA VILA desarrolla la categórica intercambiabilidad de los operadores deónticos que acompañan a los deberes⁹⁷⁸, restándole importancia a su distinción, habida cuenta de que la interpelación que la norma penal realiza a lo largo del hipotético diálogo mantenido con el ciudadano tanto puede llegar a adoptar un tono de prescripción como de prohibición. Lo fundamental, a parecer de este autor, es que, desde la óptica jurídico-penal, la

permanente de los cursos formativos ofrecidos, la entidad ha conseguido mantener un nivel de tolerancia cero contra la corrupción, a pesar de que, en realidad, tres semanas antes a la emisión de este informe, el director general había sobornado al alcalde del ayuntamiento del municipio donde opera la empresa en aras de asegurar a favor de la entidad el proceso de adjudicación de un contrato público de servicios. Esta circunstancia era conocida por el CO pero fue tolerada. Ahora un ejemplo de la segunda: el CO hace constar en la contabilidad de la empresa la entrega de un regalo valorado en 50 euros a un funcionario público extranjero. Al encontrarse dentro de los umbrales permitidos por la política de regalos y hospedajes de la corporación, no se toman cartas en el asunto. Sin embargo, el valor de mercado del regalo entregado alcanzaba, en realidad, los 1.000 euros.

⁹⁷³ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El delito de omisión...*, págs. 342 y ss.

⁹⁷⁴ *Ibidem*, pág. 346.

⁹⁷⁵ *Ibidem*, pág. 343.

⁹⁷⁶ En detalle, vid. COCA VILA, I: *La colisión de deberes en Derecho penal*, págs. 200 y ss.

⁹⁷⁷ Y ello dejando de lado que la acción pueda ser considerada más grave que la omisión en virtud de sesgos como el criterio de la acción (provocar un daño por acción se suele entender más grave que hacerlo por omisión) o el criterio del contacto (infligir un daño por medio de un contacto directo con el cuerpo se suele percibir más grave que hacerlo sin dicho contacto). Al respecto, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración...”, pág. 44. ASHWORTH, A: *Positive Obligations in Criminal Law*, págs. 78 y ss.

⁹⁷⁸ COCA VILA, I: *La colisión de deberes en Derecho penal*, págs. 198-200. También, acerca de una tal intercambiabilidad, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El delito de omisión...*, págs. 196-197. ROBLES PLANAS, R: “Deberes positivos y negativos en derecho penal”, págs. 4 y ss.

infracción se ha producido por realizar algo distinto a lo deseado por la norma⁹⁷⁹. Consecuentemente, a modo de conclusión, postula COCA VILA, “si resulta que no es posible establecer una asociación general entre el mandato y el deber positivo y entre la prohibición y el deber negativo, parece evidente que tampoco puede fundamentarse una prevalencia general del deber de omitir frente al de actuar amparándose en el mayor carácter liberal del primero”⁹⁸⁰.

Pese a la innegable fortaleza del argumento anterior, parece que el motivo que subyacería en tal predilección por el actuar positivo en vez de por el omisivo no sería dicho desnivel de gravedad, sino otro de corte más práctico. En coyunturas como las descritas tendemos a valorar la acción y la omisión como una sola unidad de acto, en lugar de desglosarlas⁹⁸¹ y, casi por automatismo, solemos fijar nuestra atención antes en la primera que en la segunda. Podría decirse que la acción tiende a ganar protagonismo, pese a que en términos de gravedad sea equivalente a la omisión, lo cual supone que esta última pase a veces incluso desapercibida. Es decir, la secuencia típica es vista de forma conjunta y unitaria, en lugar de partida, siendo mucho más plausible reconducir la imputación del resultado a la realización activa que a la omisiva. Y semejante reconducción tanto puede producirse cuando la sucesión temporal se refiere a una comisión precedente y a una omisión subsiguiente como, en sentido opuesto, a una omisión precedente y a una comisión correlativa⁹⁸².

Lo anterior recaba plena plausibilidad desde el momento en que nos percatamos de que hay acciones que por sí mismas representan los modos más flagrantes de vulnerar un compromiso de garantía. Me refiero a aquellos casos en los que el garante no sólo no mejora a través de los medios oportunos el *status* de un tercero sino que lo empeora, injiriéndose en su esfera personal. Ejemplo claro de ello es el del padre que estrangula a su hijo: a pesar de que evidentemente transgrede su compromiso de protección del modo más extremo posible – dando muerte al menor – ni siquiera se plantea su

⁹⁷⁹ COCA VILA, I: *La colisión de deberes en Derecho penal*, pág. 199.

⁹⁸⁰ *Ibidem*, pág. 210.

⁹⁸¹ Habla de un “único desvalor de comportamiento complejo” HAVA GARCÍA, E: “Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos...”, pág. 22.

⁹⁸² En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M: *El delito de omisión...*, pág. 347. También, aunque centrada en las sucesiones temporales entre omisiones y comisiones imprudentes, HAVA GARCÍA, E: “Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos...”, pág. 23.

responsabilidad por omisión, pues la acción de matar ya engloba el injusto de su conducta.

Asentado lo anterior, tampoco conviene descartar del abanico de hipótesis imaginables aquellos otros escenarios en los que la institución del dolo eventual aparezca reflejada en el marco de la tipicidad subjetiva del CO. Pues puede que en la situación específica el CO, en lugar de disponer de un conocimiento preciso y seguro acerca de una realización típica ajena, se represente concretamente la comisión de un comportamiento típico por un miembro de la compañía y, pese a ello, opte por omitir investigarlo o bien reportarlo al órgano de administración, en tanto sujeto capacitado para ponerle fin.

b. Imputación imprudente

Distinto del supuesto examinado en el epígrafe anterior es que la omisión de reporte al órgano de administración tenga origen en la falta de emprendimiento por el CO de las medidas de cuidado requeridas en su respectivo ámbito de trabajo en aras de actuar dentro de la esfera del riesgo permitido, cuyo contenido, recordemos, no siempre tendrá por qué coincidir con el dispuesto por aquellas reglas técnicas disponibles en la materia⁹⁸³. Su omisión respondería, en tal caso, a un comportamiento carente de la diligencia exigible. Los ejemplos que pueden ofrecerse son abundantes, estando algunos vinculados con supuestos de desconocimiento de la situación típica y otros tantos con la adopción de una acción debida subóptima, esto es, con menos perspectivas de éxito que otra también disponible⁹⁸⁴. Siendo algo más exhaustivos, cada uno de ellos cabría ubicarlo en un estadio distinto del proceso de recepción, gestión y remisión de la información emprendido por el CO:

En primer lugar, podría ocurrir que el CO ni siquiera examine la denuncia canalizada por las líneas de *whistleblowing* fruto de un olvido surgido en el marco de un estresante contexto de realización simultánea de múltiples tareas anudadas a su profesión⁹⁸⁵ (deber

⁹⁸³ Vid. Capítulo III. Apartado 9.2.1.

⁹⁸⁴ Vid. Capítulo III. Apartado 9.2.3.

⁹⁸⁵ El olvido es identificado como la génesis de la omisión imprudente del garante. Un ejemplo al que se suele acudir con frecuencia es el de la madre que deja a su hijo solo en casa para ir a hacer unas compras y se olvida de cerrar la llave del gas antes de salir. Como consecuencia, el menor muere asfixiado. Estos casos suelen ser tratados como supuestos de culpa inconsciente, toda vez que el garante, fruto de su olvido o descuido, ni siquiera percibe su conducta como riesgosa, pese a que el Derecho ello hubiese sido

de detección). O bien tal vez que el CO compruebe las denuncias recabadas pero, aun así, no se percate de la trascendencia criminal de la información cursada por faltarle, desde un inicio, los conocimientos técnicos necesarios para ello, lo cual nos remitiría a la figura de la culpa por asunción⁹⁸⁶ (deber de diagnóstico precedente al de indagación).

Igualmente, cabe imaginar que el CO inicie una investigación interna a fin de indagar en mayor profundidad unos sucesos alertados pero, en infracción de su deber objetivo de cuidado, omite desplegar una medida de control decisiva para esclarecer los hechos, como podría ser, por ejemplo, una búsqueda de información a partir de herramientas forenses de rastreo (deber de indagación).

Quizás, por otro lado, el CO, después de contrastar informaciones y de llevar a cabo ciertas pesquisas en la organización, no se dé cuenta, como consecuencia de un deficiente análisis de las circunstancias, de que el riesgo de incumplimiento en cuestión pertenece al grupo de los categorizados como de evolución rápida y, con base en ello, opte por acudir finalmente al procedimiento de reporte ordinario, en lugar del de emergencia, imposibilitando su pronta evitación por haberse consumado el ilícito penal antes de informar sobre el mismo⁹⁸⁷. Es decir, el CO acabaría por informar acerca del hecho antijurídico, si bien de forma tardía fruto de su indebido examen (deber de diagnóstico posterior al de indagación).

Particular atención ameritan, en último término, aquellas otras situaciones en las que el CO por imprudencia omite finalmente reportar al órgano de administración el ilícito penal interceptado (deber de reporte). Según SCHROTT, lo normal será que la infracción de un tal deber de reporte fundamente una responsabilidad dolosa, cuanto menos

exigible. Sobre ello, vid. MAYER, M. E: *Derecho Penal. Parte General* (Traducción a cargo de POLITOFF LIFSCHITZ, S.), B de f, Argentina-Montevideo, 2007 (1915), pág. 171. JIMÉNEZ DE ASÚA, L: *Tratado de Derecho Penal. Volumen III*, 3ª edición, 1977, págs. 402-404. Emprende un interesante análisis acerca de este grupo de casos desde su propia concepción de la imprudencia GONZÁLEZ LILLO, D: “(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia inconsciente”, *Indret* 2/2019, págs. 1-42, págs. 25-34.
⁹⁸⁶ Vid. Capítulo II. Apartado 5.2.

⁹⁸⁷ Junto al procedimiento de reporte ordinario existe la posibilidad de contemplar adicionalmente un procedimiento de reporte urgente pensado para la gestión de incidentes de evolución rápida con una alta probabilidad de materialización y un gran potencial dañino para la empresa. Se trata de riesgos que tienden a evolucionar de forma más acelerada que otros y sobre los que procede dar una respuesta inmediata con tal de evitar un desarrollo tal que desborde los límites de la gestión interna. Vid. CASANOVAS YSLA, A: “Evaluación de los reportes de cumplimiento”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2015, págs. 1-20, págs. 13-14. Enlace: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Test_Compliance_6.pdf

eventual, en el CO, toda vez que dicho quebrantamiento presupone que este profesional haya adquirido previamente conocimiento sobre el injusto penal ajeno⁹⁸⁸. En contra de semejante pensamiento, creo que SCHROTT yerra en su planteamiento, al confundir dos planos distintos: el riesgo de comisión de un delito por un integrante de la empresa, en tanto situación típica, y la omisión de reporte del CO *per se*, en tanto expresión de la falta de adopción de la acción debida idónea, necesaria y posible a emprender frente al delito. Pese a que el conocimiento del CO, sin lugar a dudas, quedaría proyectado en el primer presupuesto del tipo objetivo del injusto omisivo, cabría concebir perfectamente un comportamiento imprudente en relación con el segundo. Dicho de otro modo, es factible que el CO albergue conocimiento acerca del ilícito penal ajeno pero negligentemente escoja una vía de reporte inadecuada con tal de evitar su materialización. Me refiero, pues, a aquellos casos en los que el garante intenta actuar en consonancia con la norma de mandato pero, sin embargo, no consigue impedir el resultado desvalorado por el Derecho, bien por el defectuoso modo en el que ejecuta la acción debida, bien por elegir una alternativa de acción que en términos comparativos goza, desde una óptica *ex ante*, de menos perspectivas de éxito que otra distinta⁹⁸⁹.

Visto así, parece del todo razonable rechazar lo defendido por el citado autor alemán y, con tal de ofrecer mayor sustento al pensamiento defendido, cabría aportar adicionalmente un ejemplo práctico mediante el cual quedaría acreditada la posibilidad de que se produzcan omisiones de reporte del CO originadas a partir de la infracción de su deber objetivo de cuidado. Considérese el siguiente ejemplo práctico: el CO, una vez alcanzado el convencimiento acerca de la comisión por el trabajador de un hecho delictivo, opta por escoger un canal alternativo de reporte con menos perspectivas de éxito que otro. Es decir, este profesional, en lugar de ponerse en contacto por teléfono con el órgano de administración, le envía un e-mail en un periodo durante el cual el canal de envío y recepción de correos electrónicos no funciona correctamente debido a un fallo general en el sistema. Tal vez esta circunstancia haya resultado inadvertida para el CO por no haber leído una nota informativa transmitida por el departamento de informática de la empresa que alertaba sobre dicho fallo. Como correlato, el órgano de

⁹⁸⁸ SCHROTT, T: *Unterlassungszurechnung bei drittvermittelten Rettungsgeschehen...*, pág. 303. A favor, ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 298.

⁹⁸⁹ Vid. Capítulo III. Apartado 9.2.3.

administración no recibe el e-mail hasta pasada una semana y, por tanto, cuando el delito ha conseguido ya consumarse.

3.3.2. A partir del comportamiento de terceros integrados en la corporación

a. El silencio de los miembros de la empresa

Ante la perpetración de un ilícito penal en la esfera corporativa, los empleados tienen en sus manos la decisión de adoptar alguna de las dos siguientes alternativas: o bien ponerse en contacto con una instancia de control capaz de intervenir de algún modo contra el injusto penal alertado o bien guardar silencio⁹⁹⁰. La psicología social aplicada a los entornos empresariales se ha ocupado profusamente de dar respuesta a por qué los empleados, en más de una ocasión, tienden a escoger la segunda de las opciones aludidas, dando lugar al reinado en el seno de la entidad del pernicioso fenómeno del silencio organizativo⁹⁹¹, esto es, la reticencia generalizada a informar sobre aquellos aspectos controvertidos interceptados en el ámbito del trabajo. Este campo de estudio ha demostrado que en el contexto corporativo, al de por sí problemático efecto MUM⁹⁹², se le suma la presencia de múltiples factores inhibidores que impiden que el curso comunicativo de los empleados fluya como se desearía, inclinando, al final, la balanza hacia el lado del silencio. Sin afán de exhaustividad, pueden mencionarse, entre muchos otros, los elementos emocionales (por ejemplo, el miedo a las repercusiones negativas derivadas de los actos de reporte o la sensación de futilidad de las denuncias tramitadas) o el comportamiento reactivo de los líderes (por ejemplo, muestras de falta de interés o adopción de actitudes abusivas o represivas)⁹⁹³.

Paralelamente, resulta, además, que la toma de conocimiento por varios empleados sobre la comisión de un ilícito penal paradójicamente puede propiciar que cada cual esté

⁹⁹⁰ Al mismo tiempo, pueden darse otro tipo de reacciones: dejar el puesto de trabajo, confrontarse con el delincuente, comentar lo sucedido con los compañeros, etc. Pero, para los propósitos de este texto, sólo nos interesan este par de alternativas.

⁹⁹¹ MORRISON, E. W; MILLIKEN, F. J: "Organizational Silence: A Barrier to Change and Development in a Pluralistic World", *The Academy of Management Review*, Vol. 25, nº 4, 2000, págs. 706-725, pág. 707.

⁹⁹² Del inglés "mum" (silencio), es el nombre que en psicología social se le da a la reticencia de las personas a comunicar malas noticias debido a la incomodidad que supone ser el mensajero de las mismas. Cfr. ROSEN, S; TESSER, A: "On Reluctance to Communicate Undesirable Information: The MUM Effect", *Sociometry*, Vol. 33, nº 3, 1970, págs. 253-263, *passim*.

⁹⁹³ Vid. MORRISON, E. W: "Employee Voice and Silence", págs. 179-187. MORRISON, E. W; MILLIKEN, F. J: "Organizational Silence...", págs. 708 y ss.

menos predispuesto a interponer una denuncia en comparación a cuando se obtiene noticia del delito individualmente. Este fenómeno se conoce en psicología social como el efecto del espectador (*bystander effect*): cuantas más personas presencian un hecho que requiere de atención (por ejemplo, un accidente o la comisión de un delito), menor es la probabilidad de que alguna de ellas intervenga por pensar que corresponde al resto hacer lo propio. La responsabilidad acaba por diluirse entre todos los presentes porque ningún dedo acusador apunta a un solo omitente, de modo que cada cual se descarga de su culpa individual al pensar que cualquiera otro podría haber hecho algo para evitar el funesto incidente⁹⁹⁴.

A la larga, esta suerte de dinámicas proclives a la consolidación de un silencio sistémico resultan muy perjudiciales para la compañía⁹⁹⁵, pues no sólo impiden que la información alcance el acervo cognitivo de aquellos sujetos competentes para ofrecer soluciones a los problemas interceptados, sino que, además, distorsionan gravemente el estado real de las cosas. Por eso, la integración de una consolidada cultura de cumplimiento que blinde un compromiso de los puestos superiores con la legalidad, elimine las etiquetas peyorativas usualmente anudadas a los actos de denuncia, fomente la comunicación de los eventos contrarios a Derecho y proteja a los informadores deviene capital con tal de asegurar la predominancia de la voz de los empleados en la organización⁹⁹⁶.

A fin de cuentas, piénsese que la era del *compliance* ha dado pie a la institucionalización en la empresa de la expresión “si ves algo, di algo”⁹⁹⁷. Es decir, sobre todos los integrantes de la organización pesaría un deber de denunciar internamente aquellas conductas ilícitas sobre las que recaben conocimiento, lo cual calza bien con uno de los presupuestos que el legislador español reclama en el artículo 31 bis. 5. 4º CP a la hora de medir la eficacia del CMS de la organización, a saber, el relativo a la imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos.

⁹⁹⁴ Vid. DARLEY, J. M; LATANÉ, B: “Bystander Intervention in Emergencies: Diffusion of Responsibility”, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 8, nº 4, 1968, págs. 377-383, *passim*.

⁹⁹⁵ MORRISON, E. W: “Employee Voice and Silence”, pág. 177.

⁹⁹⁶ En este sentido, KILLINGSWORTH, S: “‘C’ is for Crucible...”, págs. 22-23.

⁹⁹⁷ Originariamente esta expresión ha sido empleada como eslogan de la campaña iniciada por el Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos en aras de promover entre sus ciudadanos la denuncia de actividades sospechosas de terrorismo. Enlace: <https://www.dhs.gov/see-something-say-something>

Si bien en estos últimos años no ha existido pleno consenso en la doctrina sobre si es posible imponer con carácter general un tal deber de denuncia *ad intra* en los empleados⁹⁹⁸ cuyo quebrantamiento pueda dar lugar a una sanción disciplinaria fundamentada en la transgresión de la buena fe contractual (artículo 54.2 ET)⁹⁹⁹, la jurisprudencia laboral lo ha empezado a admitir recientemente, tal como lo abona la sugerente STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2018 (JUR 2018/273298):

En el supuesto de hecho enjuiciado por el tribunal el responsable de relaciones institucionales de una compañía farmacéutica notificó por correo electrónico al departamento legal y de recursos humanos de su empresa la obtención presuntamente fraudulenta y el posterior uso en la organización de una serie de delicados documentos con datos de carácter personal (informes y comunicaciones internas de las Administraciones Públicas sanitarias, recetas, visados de pacientes, etc.), sin contar, para ello, con la autorización ni de las instituciones sanitarias implicadas ni de los individuos afectados¹⁰⁰⁰. Frente a una situación tan espinosa, la entidad solicitó al empleado que aportara más detalles de la conducta denunciada por medio del “Canal de comunicación de presuntos incumplimientos en materia de *compliance*” habilitado al efecto. Sin embargo, el trabajador hizo caso omiso de las diversas misivas que la empresa le trasladó, por lo cual, tras diversos infructuosos intentos para recabar la información, ésta acabó por imponerle una sanción disciplinaria consistente en la suspensión de empleo y sueldo por un periodo de 45 días.

El caso llegó hasta el TSJ de Andalucía y fue ahí cuando el tribunal *ad quem* tuvo oportunidad de manifestar que al trabajador le era obligado elevar a los órganos directivos las irregularidades empresariales con tal de que las conociesen y actuasen en consecuencia, no bastando “imputar generalidades”, sin concretar cuales son así como

⁹⁹⁸ Menos dudas ha planteado la posibilidad de imponer un deber de denuncia a aquellas instancias de la empresa con facultades de vigilancia y control, como podrían ser, por ejemplo, la Auditoría Interna o el *Data Protection Officer*. Cfr. GARCÍA MORENO, B: “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 206-230, pág. 221.

⁹⁹⁹ Vid. GARCÍA MORENO, B: “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, págs. 221-223.

¹⁰⁰⁰ Si bien en la sentencia no aparece explicitado, de la lectura del caso parece que se trataría de la comisión de un delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.1 CP.

sus fuentes de procedencia. En vista de lo anterior, no es de extrañar que el TSJ asevere, sin atisbo de duda, que “todo trabajador tiene un deber de ‘fidelidad’ para con su empresa de forma tal que, conocedor de presuntas irregularidades, disfunciones o malas prácticas cometidas en el seno de la misma, está obligado a ponerlo en conocimiento de los superiores pues, tal vez de la subsanación de las mismas dependa el buen nombre de la empresa, su competitividad o en generar expectativas en el devenir de sus actuaciones comerciales”. Por eso mismo, a su juicio, la orden emitida por la dirección corporativa de poner a su disposición más información acerca del comportamiento infracción tenía que ser satisfecha, toda vez que, como puntualiza, no es dable que quien ostenta un alto cargo exprese la existencia de unos conocimientos que le han sido puestos de manifiesto sin concretar los datos y circunstancias que puedan poner en alerta a los órganos directivos y decisores sobre los que recae, de ser ciertas tales irregularidades, su corrección. En conclusión, la desobediencia de semejante orden empresarial comportaría, a ojos del TSJ, la transgresión de la buena fe contractual, razón por la cual, el trabajador podría ser perfectamente sancionado.

Aclarado este extremo, conviene puntualizar que la conculcación por los trabajadores de un deber de reporte *ad intra* difícilmente permitiría fundamentar, más allá de sanciones laborales, una intervención delictiva de corte omisivo en el hecho ajeno. A diferencia de la posición de garante de la información ocupada por el CO sin competencias ejecutivas¹⁰⁰¹, el reporte interno de hechos típicamente relevantes representa para el resto de integrantes de la organización un deber genérico de naturaleza jurídico-laboral ligado más a su condición de miembros de la empresa que al específico rol profesional asignado del que no cabe predicar una condición de garantía y que mucho menos permite constatar respecto a estos últimos un efectivo dominio normativo en torno al riesgo de desorientación del órgano de administración o de cualquier otra instancia de control a efectos de comisión por omisión. Aparte, el deber que alcanza a los miembros de la empresa quedaría ceñido a informar sobre aquellos hechos antijurídicos sobre los cuales lleguen a tener noticia durante el desarrollo de sus funciones, no siendo de su incumbencia esforzarse por obtener conocimiento acerca de la comisión de ilícitos penales en la empresa o indagar en mayor profundidad aquellos sucesos aparentemente delictivos alertados, intervenciones éstas que propiamente constituirían actos

¹⁰⁰¹ Vid. Capítulo III. Apartado 3.2.2.b.

inequívocos de contención desplegados en cumplimiento del compromiso de garantía acogido expresa e inequívocamente por el CO.

Parece más cauto colegir que la infracción de un tal deber de denuncia *ad intra*, bien por un empleado respecto al delito cometido por un compañero ubicado en un mismo nivel horizontal de jerarquía, bien, con más razón aún, por un subordinado respecto al ilícito de su superior jerárquico, traería aparejada, a lo sumo, una sanción laboral disciplinaria proporcionada y, por tanto, evidentemente menos lesiva que aquella impuesta al sujeto transgresor del Derecho¹⁰⁰². Distinto sería que el integrante de la organización que omite reportar el delito sea un superior jerárquico que ostente deberes de vigilancia y control sobre la actividad del empleado infractor, en cuyo caso, su comportamiento, dada su posición jurídica, sí podría llegar a acarrearle responsabilidad penal.

b. El engaño de los miembros de la empresa

La necesidad de asegurar el cumplimiento del Derecho en la empresa deriva en que los trabajadores, directivos y demás integrantes de la compañía mantengan un contacto periódico o, cuanto menos, puntual con el CO a través de canales diversos (líneas de *whistleblowing*, charlas informales, reuniones periódicas, intercambio de correos electrónicos, entrevistas, etc.), bien sea por iniciativa propia o a petición de este profesional. Cabe imaginar que en el marco de una tal interrelación comunicativa el contenido de la misiva transmitida por uno de los integrantes de la organización esté tergiversada por contener datos que distorsionen el estado real de las cosas en aras de mantener fuera del foco de conocimiento del CO la realización propia o ajena de determinadas actividades antijurídicas. Consecuentemente, el CO dejaría de reportar al órgano de administración el ilícito penal en cuestión por haber sido él mismo víctima de un engaño.

¹⁰⁰² Desde la óptica del blanqueo de capitales, niega que el empleado que omite comunicar a su superior una operación sospechosa realizada por un compañero situado en una misma posición jerárquica pueda responder en comisión por omisión CARLOS DE OLIVEIRA, A. C: *Lavagem de Dinheiro...*, pág. 246.

En el Derecho comparado el caso *In the Matter of Carl D. Johns, Advisers Act Release No. 3655 (August 27, 2013)* demuestra que en la experiencia corporativa no es completamente imposible toparse con este tipo de manipulaciones cognitivas¹⁰⁰³:

Carl D. Johns (en adelante. Mr. Johns), gestor de carteras por cuenta de *Boulder Investment Advisers LLC* (en adelante, BIA) y una empresa asesora afiliada, *Rocky Mountain Advisers LLC*, tuvo que afrontar el pago de cientos de miles de dólares en concepto de enriquecimiento injusto y sanciones así como la prohibición de ejercer una profesión en el mercado de valores durante cinco años no sólo por haber transgredido el código de ética de su organización sino también por haber obstruido la labor de su CCO.

El código de ética de BIA, en consonancia con la *Rule 17j-1(d)* de la *Investment Company Act* de 1940, imponía entre sus empleados la obligación de comunicación previa al CCO de todas aquellas transacciones que pretendieran realizarse así como un requerimiento de presentación anual de un certificado de aceptación y cumplimiento de las disposiciones contenidas en el citado código. Durante el periodo comprendido entre los años 2006 y 2010, Mr. Johns incumplió su deber de reporte en cientos de operaciones y, además, alteró tanto el contenido de la certificación anual de cumplimiento del código de ética como otros documentos acreditativos de la legalidad de sus transacciones, entre ellos, las solicitudes previas de operaciones supuestamente aprobadas que luego eran presentadas con total normalidad.

En el momento en el que el CCO se dispuso investigar al final del año 2010 algunas de las irregularidades detectadas en los documentos presentados, Mr. Johns, en violación de lo prescrito por la *Rule 38a-1(c)* de la *Investment Company Act* de 1940¹⁰⁰⁴, le engañó, afirmándole que determinadas cuentas de corretaje ya estaban cerradas, cuando, en realidad, seguían abiertas y reflejaban numerosas transacciones que no fueron previamente aclaradas en línea con los requerimientos del código de ética de la compañía. Por si fuese poco, Mr. Johns falseó además los informes presentados con anterioridad a fin de encubrir sus actos de incumplimiento y aparentar su conformidad con el Derecho.

¹⁰⁰³ <https://www.sec.gov/litigation/admin/2013/ia-3655.pdf>

¹⁰⁰⁴ Esta norma prohíbe a cualquier oficial, directivo o empleado de un fondo de inversiones, o a su asesor, directa o indirectamente, coaccionar, manipular, engañar o influir fraudulentamente al CCO de la compañía durante el cumplimiento de su campo de deberes.

3.4. ¿Autor mediato o partícipe? Depende

En una de sus frases lapidarias Marco Tulio Cicerón remarcó que “la verdad se corrompe tanto con la mentira como con el silencio”¹⁰⁰⁵. Y es que, en el fondo, en poco cambia que el error en el órgano de administración sea provocado a partir de una misiva en la que consten datos que tergiversen el estado de las cosas o a raíz de la omisión de reporte de una información sobre la que existía una expectativa juridificada de recepción y que era necesaria para conocer el estado real de las cosas. Expresan tanto la STS de 15 de octubre de 2008 (RJ 2008/6434) como la STS de 27 de marzo de 2017 (RJ 2017/1270), a propósito del elemento típico “engaño bastante” apreciable en el delito de estafa, que “aunque generalmente la maquinación engañosa se construye sobre la aportación de datos o elementos no existentes, dotándoles de una apariencia de realidad que confunde a la víctima, es posible también que consista en la ocultación de datos que deberían haberse comunicado para un debido conocimiento de la situación por parte del sujeto pasivo, al menos en los casos en los que el autor está obligado a ello. No solamente engaña a un tercero quien le comunica algo falso como si fuera auténtico, sino también quien le oculta datos relevantes que estaba obligado a comunicarle, actuando como si no existieran, pues con tal forma de proceder provoca un error de evaluación de la situación que le induce a realizar un acto de disposición que en una valoración correcta, de conocer aquellos datos, no habría realizado”.

En nuestro ámbito, ambas vías originan en el órgano de administración una errónea representación acerca del estado de cosas en la empresa¹⁰⁰⁶, a saber, que en todos los niveles de la organización se está actuando en consonancia con el Derecho¹⁰⁰⁷, de modo

¹⁰⁰⁵ En esta cita se utiliza indistintamente el concepto de mentira como engaño activo. No puede pasarse por alto, sin embargo, que la simple mentira, aunque induzca efectivamente a error, no puede reputarse como un engaño “bastante” a efectos de tipicidad. Así lo destaca IZQUIERDO SÁNCHEZ, C: *Estafas por omisión...*, pág. 123. En un plano distinto, diferencia la mentira del engaño, otorgándole al primer concepto un componente moral o religioso inexistente en el segundo, sin embargo, los iguala materialmente en lo tocante a su suficiencia para generar un estado de error típicamente relevante en otra persona. Cfr. MAYER LUX, L: “El engaño concluyente en el delito de estafa”, pág. 1.024.

¹⁰⁰⁶ Alude a la intercambiabilidad entre acción y omisión cuando el CO incumple sus deberes de reporte, puesto que, a su sazón, desde una óptica penal, es indiferente que el CO “hurte” la información al órgano de administración de forma activa u omisiva DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer...*”, pág. 220.

¹⁰⁰⁷ Esta circunstancia la advierte MAYER LUX en el marco del delito de estafa: “Si el resultado del engaño activo y del engaño por omisión es idéntico, a saber, la disposición patrimonial perjudicial determinada por error, no se advierte entonces qué diferencia de fondo podría existir entre quien daña el patrimonio ajeno porque efectuó una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes y quien daña el patrimonio

que tanto da que el CO mienta flagrantemente en un informe o que lo omita completamente cuando proceda. En el fondo, la omisión de reporte del CO, de igual modo que la emisión de una afirmación falsa, desemboca en un déficit de valoración por el órgano de administración que le impide cumplir satisfactoriamente con su compromiso material de evitar directamente los eventos antijurídicos.

Vistas las cosas así, pienso, con carácter general, que una tal falta de reporte podría dar lugar a un estado de error en el órgano de administración que acabe por articular una instrumentalización configuradora de un título de responsabilidad en autoría mediata¹⁰⁰⁸ si es que la sola vía de traspaso de la información fuese el CO, bien por tratarse del exclusivo canal de comunicación sobre cuestiones de cumplimiento urdido con el órgano de administración, bien por haber sido el único garante que ha tenido acceso a la información referida dada su particular posición de deber en la organización¹⁰⁰⁹. Esto último quizás llegue a suceder, por ejemplo, cuando los protocolos internos de la entidad prescriban que las denuncias sobre la comisión de delitos han de ser canalizadas a través de una línea de *whistleblowing* centralizada y gestionada en exclusiva por el CO, de tal forma que sólo éste obtendría conocimiento, en calidad de garante, de las circunstancias alertadas. O bien, cuando haya sido el CO quien en exclusiva haya

ajeno porque no proporcionó información típicamente relevante que debía y podía entregar”. Cfr. MAYER LUX, L: “El engaño concluyente en el delito de estafa”, pág. 1.029.

¹⁰⁰⁸ Evidentemente, aquí no entrarían en consideración aquellos tipos penales que por sus características excluyan una responsabilidad penal del CO a título de autor, como, por ejemplo, los delitos especiales o los delitos de mera actividad, en cuyo caso, a lo sumo, cabría apreciar una participación necesaria omisiva. Vid. Capítulo III. Apartado 4.3.2.

¹⁰⁰⁹ Completamente de acuerdo con ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”, pág. 328. Aceptan que el CO pueda ser hecho responsable como autor mediato por omisión BERMEJO, M. G; PALERMO, O: “La intervención delictiva del *compliance officer*”, págs. 200, 204. Estiman un título de responsabilidad penal como autor mediato para cuando el CO informa falsamente a la dirección de la empresa, determinando su inactividad frente al ilícito penal, comportamiento éste que, como justificamos previamente, en poco variaría de una instrumentalización omisiva GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, pág. 137. BOLEA BARDON, C: “Deberes del administrador y prácticas de kick-back”, *RECPC*, nº 17, 2015, págs. 1-31, pág. 22. En otro plano distinto, SCHÜNEMANN ya alertó acerca de esta clase de dinámicas en el marco de las relaciones verticales entabladas entre los niveles directivos y los puestos rectores: “Investigaciones modernas de la sociología y la psicología han confirmado (...) que los órganos de dirección de una organización en numerosos casos carecen de la posibilidad de adoptar una decisión realmente puesta a prueba y meditada, pues sólo reciben una pequeña fracción de las informaciones que sí son necesarias y, por ello, frecuentemente actúan como instrumentos del *management* intermedio, de quien reciben sólo una información previamente seleccionada y de ese modo son manipulados sin notarlo”. Cfr. SCHÜNEMANN, B: “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación” (Traducción a cargo de SPÍNOLA TÁRTALO, B; SACHER M.), *ADPCP*, Vol. 55, 2002, págs. 9-38, págs. 11-12.

descubierto *motu proprio* la comisión del delito a partir de la gestión proactiva de los riesgos de incumplimiento mediante herramientas 2.0., tales como el *data analytics*.

En tal caso, dejar de transmitir, estando obligado a ello, una información que sólo puede llegar a ser conocida por un concreto medio y que, para mayor abundamiento, resulta decisiva a efectos de comprender entera y debidamente el estado real de las cosas, comporta imposibilitar que el principal responsable de impedir la materialización de los riesgos penalmente relevantes emanados de la actividad de negocio intervenga. Por medio de este proceder, el CO omitente acabaría por arrebatar al órgano de administración su posición de controlador directo e inmediato de los riesgos jurídico-penales para situarse consecuentemente en ella¹⁰¹⁰.

Distinto sería que el quebrantamiento de semejante compromiso de garante ofrezca base, como buena parte de la doctrina lo ha sugerido, para hacer responsable al CO de un modo meramente auxiliar, esto es, como partícipe omisivo¹⁰¹¹. Algo así ocurriría cuando existan otras vías mediante las cuales el órgano de administración pueda ser conocedor de la información sobre la comisión de un ilícito o bien si las situaciones de riesgo pueden llegar a conocerlas fácilmente mediante el mero cumplimiento de sus deberes de vigilancia y control residuales¹⁰¹². En las coyunturas descritas seguiría dándose, como en las anteriores, una omisión de reporte del CO. Sin embargo, ésta solamente perturbaría la intervención del órgano de administración frente al ilícito penal, omitiendo contribuir a impedir así su materialización, pero no la bloquearía completamente.

¹⁰¹⁰ ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”, pág. 328.

¹⁰¹¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Posición de garante del *compliance officer*...”, págs. 352-354. EL MISMO: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, págs. 220-221. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: “La responsabilidad individual en los delitos de empresa”, págs. 101-102, 126-127. ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”, pág. 329. MONTIEL, J. P: “Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del *Compliance Officer*...”, págs. 5-6. LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 112. BOLEA BARDON, C: “Deberes del administrador...”, pág. 24. GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, pág. 137.

¹⁰¹² ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”, pág. 329. Cree, no sin razón, que no es lo mismo que el CO se erija como la única fuente de información de la que dispone el empresario a los efectos de conocer el estado de cumplimiento normativo en su empresa a que la información que obtenga el empresario del encargado de cumplimiento la reciba (o pueda recibirla) por otras vías MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance*...”, págs. 767-768. De esta misma opinión, GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, pág. 137.

Nótese como ni en uno ni en otro caso cabría predecir cómo hubiese actuado el órgano de administración de haber sido actualizado por el CO acerca de la comisión de un ilícito penal en la organización, incluyéndose entre las opciones de reacción o bien tolerar el hecho, por resultar su producción más beneficiosa que su evitación, o bien, de forma radicalmente opuesta, decidir poner fin a la continuación delictiva mediante el emprendimiento de las medidas de contención oportunas¹⁰¹³. Topamos con el profundo problema de la demarcación de la causalidad hipotética en las denominadas omisiones sucesivas, caracterizadas por la concurrencia de una sucesión de realizaciones omisivas por parte de más de un sujeto ubicado en una posición de responsabilidad agravada¹⁰¹⁴. En particular, la intervención de un garante (órgano de administración) con el objeto de evitar el resultado típico vendría condicionada por la omisión precedente de otro garante (CO).

En Alemania han sido abundantes los casos que han planteado un reto dogmático de estas magnitudes. Estos son dos de los más trascendentes:

Primero, el caso del spray para el cuero (BGH de 6 de julio de 1990 – 2 StR 549/89): una empresa fabricante introdujo en el mercado un spray para el cuero que resultó ser dañino para la salud e integridad de los consumidores. La dirección corporativa, pese a conocer su potencialidad lesiva, acordó por unanimidad omitir avisar a los distribuidores para que estos retirasen el producto nocivo. Como correlato, se produjeron una serie de menoscabos en el sistema respiratorio de quienes lo emplearon.

Segundo, el caso del gimnasio de los deportes de invierno (BGH de 12 de enero de 2010 – 1 StR 272/09): un perito omitió, en contra de deber, examinar el estado de un gimnasio de deportes y, como correlato, no trasladó a la Administración Pública un informe de evaluación en el que se hubiese dejado constancia de peligros concretos o señales de alarma que hubiesen detonado la reacción de esta última por medio de la emisión de una orden de cierre hasta su debida reparación. El gimnasio siguió funcionando con normalidad y un día las tejas cedieron debido al peso de la ingente cantidad de nieve acumulada fruto

¹⁰¹³ En este sentido, LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, págs. 86-87.

¹⁰¹⁴ GRECO, L: *Problemas de causalidade e imputação objetiva...*, págs. 71 y ss. ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, págs. 265 y ss.

de las fuertes ventiscas, cayendo encima de una multitud de personas y causando, en total, quince muertos y seis heridos.

A este respecto, PUPPE entiende, no sin razón, que parece inconcebible que los primeros garantes infractores aleguen, con tal de obtener una exoneración penal ante los eventos resultantes, que los segundos garantes, en el supuesto de que hubiesen sido informados, no habrían, de todos modos, actuado conforme a la legalidad¹⁰¹⁵. A su parecer, debe presuponerse *iuris et de iure* que estos últimos habrían intervenido según lo dictado por la norma de mandato¹⁰¹⁶. Si bien, como GRECO, simpatizo con el núcleo del pensamiento de PUPPE, no puedo compartir la dimensión ficticia erigida sobre una presunción no desvirtuable de la que esta autora parte¹⁰¹⁷. En un Estado de Derecho es cierto que debe presumirse el comportamiento de las personas en línea con las normas jurídico-penales¹⁰¹⁸: se trata, tal como subraya GRECO, de una regla de experiencia¹⁰¹⁹. Sin embargo, no siempre y en todo caso será posible extraer una conducta ajustada a la legalidad. En consonancia con el pensamiento de este autor, creo que lo más acertado es presumir *iuris tantum*, en lugar de *iuris et de iure*, que el órgano de administración habría actuado conforme a Derecho de haber recabado el reporte del CO a no ser que concurren indicios concretos en el caso en cuestión que evidencien lo contrario¹⁰²⁰.

3.4.1. La solución de la autoría mediata

En este epígrafe analizaremos con mayor exhaustividad aquel abanico de casos en los que el CO se erige como el exclusivo canalizador de la información por medio del cual el órgano de administración consigue actualizarse acerca del suceso delictivo ocurrido,

¹⁰¹⁵ Se utiliza la expresión primer y segundo garante en un sentido puramente cronológico. Cfr. ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 265, nota a pie de página n° 121.

¹⁰¹⁶ PUPPE, I: “Vor § 13 StGB”. En KINDHÄUSER, U; NEUMANN, U; PAEFFGEN, H.U., (dirs.): *Strafgesetzbuch. Vol. I*, Nomos Kommentar, Baden-Baden, 5ª ed., 2017, págs. 513-650, págs. 579-580, 583 y ss., Nm. 123, 133 y ss. En este sentido, también, SOFOS, T: *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1999, págs. 262-263.

¹⁰¹⁷ GRECO, L: *Problemas de causalidade e imputação objetiva...*, pág. 78.

¹⁰¹⁸ Así, FEIJOO SÁNCHEZ, B: “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal...”, pág. 38. En concreto, aduce JAKOBS: “Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola”. Cfr. JAKOBS, G: “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo”. En JAKOBS, G; CANCIO MELIÁ, M: *Derecho penal del enemigo*, Aranzadi, Navarra, 2ª ed., 2006, págs. 21-56, pág. 37

¹⁰¹⁹ GRECO, L: *Problemas de causalidade e imputação objetiva...*, págs. 78-79.

¹⁰²⁰ *Ibidem*, págs. 78-79.

bien por tratarse de la única instancia de control competente en este ámbito, bien por haber sido el único garante que ha tenido acceso a esa concreta información. Ya avanzamos que la omisión de reporte del CO en tales circunstancias daría lugar a una instrumentalización del órgano de administración. Sin embargo, todavía falta por dotar de fundamento a semejante aseveración.

Por ello, en las próximas páginas, focalizaremos nuestros esfuerzos en analizar en mayor profundidad la figura de la autoría mediata por provocación de error de tipo en el instrumento a fin de poder extrapolarla al objeto de estudio, pues ésta es la modalidad de autoría que por la casuística que se nos plantea debe captar nuestra atención. Fruto de las particularidades de los supuestos de hecho a examinar, tendremos que explorar no sólo los criterios que otorgan sustento a esta forma de autoría sino también la admisibilidad dogmática de la autoría mediata imprudente, la omisiva así como ambas conjugadas a la vez.

a. La autoría mediata dolosa

En la figura de la autoría mediata por error de tipo la persona de delante actúa de forma penalmente relevante, sin embargo, bajo el sufrimiento de un déficit de libertad imputable a otro sujeto autorresponsable que identificamos con la persona de atrás. Es este último el que provoca el estado de error en el instrumento, por lo cual, parece razonable catalogarle como competente respecto al riesgo penalmente relevante, precisamente por haberlo creado¹⁰²¹. Con esta postulación inicial no pretendo, sin embargo, mostrar mi acuerdo con SÁNCHEZ LÁZARO en que la competencia o posición normativa frente a la fuente de peligro, según la denomina este autor¹⁰²², sea el único criterio válido en esta sede. Una posición normativista tan extrema dejaría de lado otro elemento clave que, en mi opinión, no sólo resulta compatible con el primero sino que la combinación entre ambos aporta el criterio más satisfactorio en esta sede. Me refiero al dominio normativo en torno al curso de riesgo¹⁰²³.

¹⁰²¹ Sobre el criterio de competencia en tanto criterio clave en el marco de la autoría tanto dolosa como imprudente, vid. CORCOY BIDASOLO, M: “Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente”, pág. 195.

¹⁰²² SÁNCHEZ LÁZARO, F. G: *Intervención delictiva e imprudencia*, pág. 255.

¹⁰²³ BOLEA BARDON, C: *Autoría mediata en derecho penal*, págs. 155, 160, 179, 181.

No puede obviarse que la generación por la persona de detrás de una tergiversada proyección de la realidad acarrea una merma o incluso una anulación de la capacidad de decisión del sujeto instrumentalizado que acaba por provocarle un déficit en su autonomía individual¹⁰²⁴ cuya concurrencia fundamenta una minorada o inexistente responsabilidad penal ante los hechos, dependiendo de si su error es etiquetado como vencible o invencible. En efecto, arrebatar al instrumento un recto conocimiento de aquellas circunstancias que le rodean también representa, cuanto menos, un modo de privarle de su completa libertad, pues no parece que éste, fruto del estado de error provocado por el autor mediato, siga siendo absolutamente autónomo para tomar sus propias decisiones.

Por ejemplo, quien en una partida de *paintball* dispara contra su contrincante en la creencia errónea de que su pistola contiene cartuchos de tinta, cuando otra persona ha cargado previamente la recámara del arma con balas, no es consciente del sentido antijurídico de su comportamiento y, en consecuencia, atraviesa un deficitario proceso de deliberación, a tenor del cual, resulta justificado no imputarle plenamente las consecuencias lesivas derivadas de semejante resolución viciada.

Con todo, no debemos caer en la desacertada conclusión de que la persona de delante ha de ser considerada un simple mecanismo automatizado. Ésta sigue contando con un mínimo de voluntariedad en su comportamiento¹⁰²⁵. De lo contrario, deberíamos remitirnos a la autoría directa¹⁰²⁶, como en el siguiente ejemplo:

Supongamos que tres montañistas caminan por un sendero. El montañista situado en el extremo izquierdo empuja al que está ubicado en el medio para así provocar la caída del que está ubicado en el extremo derecho por un precipicio. La *vis absoluta* ejercida convertiría al segundo montañista en una “fuerza inanimada” carente de toda voluntad, por lo cual, quien lo empujó tendría que ser castigado como autor directo.

¹⁰²⁴ En esta línea, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U: *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, págs. 172 y ss.

¹⁰²⁵ Sobre la voluntariedad de la acción en el Derecho Penal, vid. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 196, Nm. 28. RAGUÉS I VALLÉS, R: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pág. 31.

¹⁰²⁶ Al respecto, vid. BOLEA BARDON, C: *Autoría mediata en derecho penal*, pág. 149. DE OLIVEIRO MONTEIRO, L: *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 392-394.

Visto así, parece desafortunada la calificación del instrumento como un mero eslabón en la cadena causal¹⁰²⁷. No cabe duda de que éste ignora o, cuanto menos, no conoce suficientemente el potencial lesivo de su comportamiento. Ello le impide tomar total partido en el rumbo de sus actuaciones. Pero, como aún reside en él un ápice de voluntariedad, todavía subsiste la posibilidad de que salga de su estado de error o bien de que emprenda una conducta distinta a la prevista y esperada por el hombre de atrás¹⁰²⁸. Justamente es aquí donde radica la línea de distinción que separa la autoría mediata de la directa. Al instrumento, propio de la primera, no se le priva de su voluntariedad pero sí de su autonomía, dado que ésta se encuentra mermada o incluso anulada a raíz de la manipulación que el autor mediato emprende en su psique. En cambio, el objeto, característico de la segunda, sí puede ser entendido como una herramienta mecánica cuya conducta no puede ser ni siquiera valorada como una acción en un sentido jurídico-penal. Por consiguiente, ya no es sólo que el legislador penal haya querido distinguir positivamente sendos títulos de responsabilidad penal en el artículo 28 CP sino que a uno y otro les separa una trascendente disonancia estructural¹⁰²⁹.

Entonces, pese a que el instrumento controle físico-naturalmente el devenir de las cosas, acabamos por considerar responsable principal al autor mediato, habida cuenta de que sólo a éste le corresponde el dominio del riesgo típico por su posición de preponderancia o hegemonía. No se trata simplemente de que el autor mediato conozca más que el instrumento sino que, como convincentemente explica BOLEA BARDON, “su intervención asume un especial protagonismo al ser la única que se lleva a cabo consciente del peligro”¹⁰³⁰. Consiguientemente, aunque sea la persona de delante quien por error mata o lesiona, esto es, la que ejecuta materialmente los actos típicos, aun desconociendo las circunstancias en las que actúa, el suceso antijurídico es atribuido al

¹⁰²⁷ De otra opinión, ALCÁCER GUIRAO, R: *Tentativa y otras formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Edisofer, Madrid, 2001, pág. 176.

¹⁰²⁸ Vid. BOLEA BARDON, C: *Autoría mediata en derecho penal*, pág. 180, nota a pie de página nº 15.

¹⁰²⁹ En una línea opuesta, entiende que carece de sentido distinguir entre autoría directa y mediata bajo la premisa de que lo relevante no es quién realiza la conducta sino quién tiene el control sobre el riesgo, es decir, la competencia CORCOY BIDASOLO, M: “Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente”, pág. 195. Considera irrelevante tal distinción, asimismo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J: “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica trascendencia”, *ADPCP*, Vol. 51, 1998, págs. 319-363, págs. 345-346, 362.

¹⁰³⁰ BOLEA BARDON, C: *Autoría mediata en derecho penal*, pág. 182.

autor mediato como propio¹⁰³¹, pues es éste quien realiza, aunque por mano ajena, el correspondiente tipo penal¹⁰³².

Este desnivel cognitivo imputable al autor mediato y constatado en su vinculación con la persona de delante representa una de las cuestiones capitales de la autoría mediata. Tan relevante es la situación de hegemonía ostentada por el primero como el déficit personal concurrente en el segundo. De hecho, no puede ser comprendida correctamente la realización de un tipo penal en autoría mediata sin efectuar un enfoque holístico sobre esta relación, dada la interrelación entre el comportamiento del instrumento y el de la persona de detrás. Por eso, no puede compararse con SÁNCHEZ LÁZARO la apreciación de esta forma de autoría cuando la persona de delante advierte la peligrosidad de su conducta en igual o incluso mayor medida que el de detrás, pese a ser este último competente respecto a la fuente de riesgo¹⁰³³. Semejante forma de ver las cosas acaba por desvirtuar la naturaleza que le es propia a la autoría mediata, asentada sobre la base de una instrumentalización del ejecutor inmediato de la mano del hombre de atrás en los términos expuestos.

b. La autoría mediata imprudente

b.1. Admisibilidad de *lege lata*

El artículo 28 CP describe la autoría mediata de la forma que a continuación se reproduce: “son autores quienes realizan el hecho (...) por medio de otro del que se sirven como instrumento”. Atendiendo a las palabras empleadas por el legislador penal español, entiendo que es posible sostener una exégesis mediante la cual se dé cabida a la autoría mediata imprudente, sin hacer temblar, mediante este procedimiento interpretativo, los cimientos del principio de legalidad. Es decir, no detecto óbice

¹⁰³¹ Al autor mediato no se le imputa una conducta ajena (la del instrumento) sino un hecho propio, razón por la cual esta figura no transgrediría el principio de autorresponsabilidad. De esta opinión, BOLEA BARDON, C: *Autoría mediata en derecho penal*, pág. 160. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U: *La autoría mediata en Derecho Penal*, pág. 125. ALCÁ CER GUIRAO, R: *Tentativa y otras formas de autoría...*, pág. 120. JAKOBS, G: *Derecho penal. Parte General...*, pág. 785, Nm. 105.

¹⁰³² Con gran acierto, ALCÁ CER GUIRAO pone de relieve la necesaria bifurcación – no aceptada por las corrientes de pensamiento objetivo-formales clásicas – entre la ejecución de los actos típicos (instrumento) y la realización del tipo (autor mediato). Cfr. ALCÁ CER GUIRAO, R: *Tentativa y otras formas de autoría...*, pág. 136.

¹⁰³³ SÁNCHEZ LÁZARO, F. G: *Intervención delictiva e imprudencia*, pág. 252.

significativo alguno en el articulado penal que imposibilite estimar una autoría mediata en la que la persona de atrás incurra en imprudencia y provoque, mediante su proceder contrario a cuidado, un resultado típico no deseado a través del instrumento.

Para empezar, no debe soslayarse la concurrencia de cierto prejuicio subjetivista – alentado especialmente por la propia casuística empleada recurrentemente por la doctrina penal¹⁰³⁴ – en torno a la autoría mediata, conforme al cual, esta forma de autoría quedaría restringida sólo a los delitos dolosos, al entenderse, como expone HERNÁNDEZ PLASENCIA, que del verbo “servirse” parecería extraerse cierta intencionalidad en la utilización de otra persona para cometer el delito¹⁰³⁵. Lejos de ser esta interpretación acertada, creo que el precepto que otorga cobertura legal a la autoría mediata, el artículo 28 CP, reviste, por el contrario, un corte neutro, vacío de elementos subjetivos¹⁰³⁶.

La expresión “servirse de un instrumento” refleja simplemente un dato objetivo, como es el de realizar los elementos del tipo por medio de otra persona, esto es, que el agente de atrás, verdadero dueño del curso de riesgo, no ejecuta de propia mano el hecho punible sino que, para ello, emplea un ejecutor material sumido en un déficit de libertad. Se hace referencia, por tanto, a un denominador común objetivo que tanto está presente en la autoría mediata dolosa como en la imprudente¹⁰³⁷. Es, al contrario, en el aspecto subjetivo donde radica su diferencia de trato. Esta óptica parece estar afianzada en el § 25.1 StGB cuya redacción recorta tanto el verbo “servirse” como el sustantivo “instrumento” para acoger una expresión neutra que da cabida, sin problemas, tanto a la modalidad dolosa como a la imprudente: “cometer el hecho a través de otro”.

¹⁰³⁴ No pasa inadvertido que los ejemplos clásicos sobre autoría mediata suelen destacar por su marcado componente doloso, como el caso del médico que a fin de matar a su paciente entrega a la enfermera una inyección letal para inoculársela, siendo ésta desconocedora de su contenido, o el del cocinero que vierte veneno en una sopa que luego es servida por un camarero a uno de los comensales del restaurante.

¹⁰³⁵ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U: *La autoría mediata en Derecho Penal*, págs. 61, 353-354.

¹⁰³⁶ De esta misma opinión, PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, pág. 72. ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, pág. 545, nota a pie de página nº 100. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, pág. 38. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: “Autoría mediata. Un estudio a la luz del concepto significativo del delito (y del CP español)”, *EPC*, Vol. 38, 2018, págs. 131-244, págs. 141-142, nota a pie de página nº 12. Sostiene que la redacción de los tipos imprudentes permite entender que las conductas previstas en el art. 28 no exigen necesariamente dolo MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 388, Nm. 43. Cree que los artículos 28 y ss., CP describen con neutralidad las distintas formas de autoría y participación SÁNCHEZ LÁZARO, F. G: *Intervención delictiva e imprudencia*, págs. 384-385.

¹⁰³⁷ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U: *La autoría mediata en Derecho Penal*, págs. 333-334. LUZÓN PEÑA, D. M: *Derecho Penal de la Circulación*, 2ª ed., 1990, Barcelona, pág. 103. Tal exégesis resulta del todo coherente con el pensamiento aquí compartido de que los delitos dolosos y los imprudentes comparten entre sí un mismo tipo objetivo.

Tampoco puede pasarse por alto el sistema de *numerus clausus* en torno al castigo de las acciones y omisiones imprudentes asentado en nuestro ordenamiento jurídico mediante el artículo 12 CP¹⁰³⁸. Con la presencia de semejante cláusula de cierre en la legislación penal queda claro que existen determinados tipos penales de la Parte Especial – formulados, como los dolosos, tanto en clave de autoría como en un sentido neutral, esto es, sin descripción de una conducta concreta de autoría¹⁰³⁹ – en los que se prevé el castigo de un concreto comportamiento imprudente. Siendo esto así, hay motivos para pensar que necesariamente, a ojos del legislador, todas las formas de autoría legalmente admisibles, entre ellas la autoría mediata, podrían materializarse fruto de la infracción del cuidado exigible. Es decir, si por disposición expresa del artículo 12 CP cabe la sanción excepcional de una serie de tipos imprudentes interpretables, de igual modo que los dolosos, en tono de autoría y en un sentido neutral, ello ha de querer significar *a fortiori* que la modalidad imprudente de la autoría mediata, como forma de autoría que es, tiene cabida asimismo en el Derecho positivo.

b.2. Fundamentación doctrinal

Concluido que el articulado penal no pone trabas a la admisión de una autoría mediata imprudente, en este epígrafe analizaremos con mayor detenimiento cuál es la capacidad de rendimiento de la modalidad imprudente de este título de autoría. Buena parte de la doctrina penal ha mostrado su respaldo a dicha posibilidad, tanto en España¹⁰⁴⁰ como en Alemania¹⁰⁴¹, pero, aun así, no puede obviarse el rechazo manifestado por otro autorizado sector de pensamiento.

¹⁰³⁸ Vid. Capítulo III. Apartado 9.2.4.

¹⁰³⁹ Vid. Capítulo III. Apartado 4.1.2.

¹⁰⁴⁰ Entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, G: “El autor mediato en el Derecho Penal español”, págs. 485-487. LUZÓN PEÑA, D. M: *Derecho Penal de la Circulación*, págs. 100-106. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U: *La autoría mediata en Derecho Penal*, págs. 338-343. ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, págs. 543-561.

¹⁰⁴¹ Entre otros, RENZIKOWSKI, J: *Restriktiver Täterbegriff...*, págs. 262 y ss. HAAS, V: *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2008, pág. 144. SCHUMANN, H: *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1986, págs. 107-108. OTTO, H: “Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich”. En SEEBODE, M., (ed.): *FS für Günter Spendel zum. 70 Geburtstag am 11. Juli 1992*, De Gruyter, Berlin, 1992, págs. 271-288, págs. 286-288. HEINE, G; WEIBER, B: “Vor § 25 StGB”. En SCHÖNKE, A; SCHRÖDER, H: *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, München, 30^a ed., 2019, págs. 476-517, págs. 507-508, Nm. 109.

La principal objeción contra la admisión de la autoría mediata imprudente ha sido la de su prescindibilidad, pues hay quien entiende que cuando los sujetos quebrantan independientemente unos de otros sus respectivos deberes de cuidado estos ya podrían ser castigados como autores accesorios imprudentes del hecho penal¹⁰⁴², por lo cual, la autoría mediata imprudente sería, en este sentido, dogmáticamente superflua¹⁰⁴³. A este razonamiento creo que cabría reprobarle la errada presunción de que en todos los supuestos de autoría mediata tanto la persona de detrás como el instrumento infringen un deber de cuidado. Pues hay situaciones en las que este último puede llegar a obrar fortuitamente fruto de un error de tipo invencible provocado por otro sujeto autorresponsable ubicado en una posición de hegemonía, siendo la autoría mediata imprudente el título de responsabilidad penal mejor amoldado a esta constelación de casos¹⁰⁴⁴. Pero incluso cuando el instrumento ha de responder por su propio injusto imprudente, la autoría mediata, a mi parecer, sigue explicando con mayor corrección que la accesoria la instrumentalización articulada fruto del posicionamiento de superioridad que caracteriza al autor mediato. Lo antedicho, sin embargo, no obsta para que la autoría accesoria posea cierta capacidad de rendimiento allá donde el *status* del autor mediato, en comparación con el del instrumento, se ubique en un plano de igualdad, tal como se tendrá ocasión de examinar.

Aclarado este aspecto, son merecedoras de atención determinadas situaciones en las que la autoría mediata imprudente encarna un innegable rol protagonista. Me refiero a aquellos casos en los que una persona traslada descuidadamente a otra una información que condiciona su ulterior actuación penalmente relevante. Pues ciertamente los consejos, directrices, órdenes o informaciones en general pueden constituir el motor que conduzca a otro hacia el ataque de un bien jurídico¹⁰⁴⁵, como bien lo demuestra el siguiente caso planteado por SCHUMANN:

¹⁰⁴² En más detalle, sobre la autoría accesoria imprudente, vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, págs. 181 y ss. CORCOY BIDASOLO, M: “Participación y autoría accesoria...”, pág. 77 y ss. “§ 25 StGB”. En JÄHNKE, B; LAUFHÜTTE, H. W; ODERSKY, W., (dirs.): *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, De Gruyter Recht, Berlin, 11ª ed., 2003, págs. 10-102, pág. 101, Nm. 222-223.

¹⁰⁴³ JESCHECK, H.H; WEIGEND, T: *Lehrbuch des Strafrechts...*, págs. 664-665, Nm. 2. HÜNERFELD, P: “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland”, *ZgS*, Vol. 99, nº 2, 1987, págs. 228-250, pág. 235. Próximo a estas ideas ROXIN, C: “§ 25 StGB”, pág. 100, Nm. 220.

¹⁰⁴⁴ De esta opinión, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U: *La autoría mediata en Derecho Penal*, pág. 329.

¹⁰⁴⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G: “El autor mediato en el Derecho Penal español”, pág. 487.

Una madre acude a su vecino, médico de profesión, para pedirle consejo sobre la medicina que ha de suministrarle a su hijo enfermo. El médico, sin antes realizar una serie de comprobaciones y, por lo tanto, contraviniendo la *lex artis*, le receta una medicina que, una vez suministrada, acaba provocando la muerte del menor¹⁰⁴⁶.

Evidentemente el consejo del médico, que ha sido transmitido sin emprender antes una serie de proceder exigidos por la *lex artis* (por ejemplo, el médico se olvida de preguntarle a la madre la edad del menor aun a sabiendas de que el medicamento prescrito no es apto para el consumo por menores de dos años), no lesiona directamente la vida del menor. Pero lo decisivo es que condiciona la actuación de la madre quien, en confianza de su pericia y experiencia profesional, sigue puntualmente sus dictados, de modo que resulta razonable entender la muerte de su hijo como obra suya. Es el médico quien pone en marcha el curso de riesgo y quien se halla en mejores condiciones para ponerle freno, por mucho de que sea una persona distinta quien ejecute materialmente el tipo imprudente.

Particularmente ilustrativo se presenta, por otro lado, el caso enjuiciado por la STS de 5 de junio de 1957 analizado ampliamente por RODRÍGUEZ MOURULLO¹⁰⁴⁷:

En el supuesto examinado por la Sala II el conductor de un camión tuvo que realizar una serie de maniobras de marcha atrás bajo las instrucciones dictadas por otro sujeto, toda vez que, desde su posición, carecía de una buena visualización sobre la parte posterior debido a la carga que llevaba consigo. El agente instructor, sin tomar las medidas de precaución necesarias, ordenó al conductor que reculara, pero, justo en ese momento, un transeúnte, pensando que el camión no avanzaría más o que no ocuparía parte de la acera, continuó su camino y acabó siendo aplastado contra una pared ubicada en ese tramo.

Nótese que la proximidad estructural que el supuesto de hecho descrito guarda con respecto a nuestro objeto de estudio es manifiesta. El órgano de administración podría

¹⁰⁴⁶ SCHUMANN, H: *Strafrechtliches Handlungsunrecht...*, págs. 107-108.

¹⁰⁴⁷ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G: "El autor mediato en el Derecho Penal español", págs. 485 y ss. Aparte de este pronunciamiento judicial, posteriormente se han planteado otros, especialmente en el ámbito médico, sobre los que un sector de la doctrina jurídico-penal ha discutido, si bien con poca intensidad, la posibilidad de articulación de una autoría mediata imprudente, pese a que en la mayoría de casos el TS ni siquiera lo tenga presente. Con amplias referencias, vid. ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, págs. 466-477.

ser identificado con la figura del conductor. Sólo él es la persona que dirige el vehículo y decide qué dirección tomar, esto es, quien en la organización controla el rumbo de las actuaciones a ejercer a fin de paralizar los cursos de riesgo interceptados. Sin embargo, sus decisiones están en buena medida condicionadas por las informaciones entregadas por el CO, quien, por su parte, haría sus veces de copiloto que orienta al conductor desde fuera del vehículo, de tal forma que la traslación de una deficiente directriz comportaría una insatisfactoria respuesta del primero.

Conforme a lo examinado, entiendo que en este campo son predicables los mismos criterios que dan sustento a la autoría mediata dolosa, si bien estos tendrían que adaptarse lógicamente a la fisonomía del delito imprudente, por lo cual, unos y otros acabarían por no coincidir plenamente¹⁰⁴⁸. En el ámbito de la imprudencia cabría extrapolar igualmente la idea de que, pese a que el instrumento controle físico-naturalmente el devenir de las cosas bajo el padecimiento de un déficit de autonomía, el responsable del hecho penal sigue siendo el autor mediato. Y ello, según creo, porque es a este sujeto a quien le compete el riesgo jurídico-penalmente desaprobado por serle achacable la generación del estado de error concurrente en la persona de delante a raíz de la infracción del deber objetivo de cuidado que le incumbe respetar. Pero asimismo debido a que en la persona de atrás no decae el dominio normativo en torno al actuar riesgoso del ejecutor material del hecho típico¹⁰⁴⁹ siempre y cuando siga siendo constatable una situación de desigualdad a favor del primero. Es decir, como en toda relación señor-instrumento, el autor mediato imprudente ha de seguir ubicándose en un *status* de hegemonía en términos de conocimiento que, en esta sede, le permita, en comparación con la persona de delante, cuanto menos, prever la producción del resultado típico¹⁰⁵⁰ y contar, en consecuencia, con un mayor poder para evitarlo¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁸ En este sentido, ponen de relieve que la autoría mediata imprudente no se fundamenta en los mismos presupuestos que la dolosa RENZIKOWSKI, J: *Restriktiver Täterbegriff...*, pág. 273. HEINE, G; WEIBER, B: ““Vor § 25 StGB”, pág. 508, Nm. 109. OTTO, H: “Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich”, pág. 286.

¹⁰⁴⁹ De forma similar, afirma acerca del autor mediato que interviene en imprudencia consciente, que éste actúa con dominio del hecho y tiene control de la situación que desemboca en la lesión del bien jurídico HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U: *La autoría mediata en Derecho Penal*, pág. 341.

¹⁰⁵⁰ Si bien no acepta la extrapolación del concepto de dominio a la imprudencia, hace referencia a la creación o aumento de un riesgo penalmente relevante por el instrumento imputable, con todo, a la persona de atrás por ser éste quien estaba en las mejores condiciones para poder prever OTTO, H: “Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich”, págs. 287-288.

¹⁰⁵¹ En este sentido, opina que el fundamento de la autoría mediata imprudente reside en el mayor poder de evitación del hecho penal por la persona de atrás frente al de delante RENZIKOWSKI, J: *Restriktiver Täterbegriff...*, pág. 273.

Por lo dicho, me parece que la realización imprudente del autor mediato debería venir inexorablemente enmarcada, desde una óptica psicológica, en la culpa consciente¹⁰⁵². Es éste el grado de representación necesario para constatar en este sujeto un mínimo reconocimiento de la peligrosidad de la situación¹⁰⁵³, al contrario que la culpa inconsciente, caracterizada por la falta de percepción del riesgo jurídico-penal originado, pese a que el Derecho Penal exija el haber debido representárselo¹⁰⁵⁴. No habrá espacio para considerar, en cambio, la autoría mediata como el título de responsabilidad preferible allá donde la percepción de los factores de riesgo que envuelven las circunstancias de hecho sea equiparable entre la persona de atrás y el instrumento (culpa consciente) o bien cuando ambos ni siquiera los adviertan (culpa inconsciente), al desaparecer la posición de hegemonía que debe encarnar necesariamente al primero¹⁰⁵⁵. En tal caso, aludir a un dominio del riesgo jurídico-penalmente desaprobado sería, a mi juicio, incorrecto, puesto que cesaría una tal status de preponderancia del autor mediato respecto al instrumento. Bien mirado, uno y otro se hallarían en una esfera de práctica igualdad. Luego, seguramente para estos supuestos sí que resultaría conveniente dar acogida a la figura de la autoría accesoria imprudente, toda vez que el resultado típico podría explicarse a partir de la adición de las respectivas conductas quebrantadoras del respectivo deber objetivo de cuidado. Por eso, tiene su importancia examinar la tipicidad subjetiva tanto en la persona de delante como en la de detrás, al tratarse de un extremo puntal a efectos de esclarecer qué título de responsabilidad penal es, en uno u otro caso, apreciable.

¹⁰⁵² RENZIKOWSKI, J: *Restriktiver Täterbegriff...*, pág. 275. En cambio, admite también la culpa inconsciente ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, pág. 558.

¹⁰⁵³ Vid. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 294, Nm. 7. CORCOY BIDASOLO, M: *El delito imprudente...*, pág. 224.

¹⁰⁵⁴ Vid. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 294, Nm. 7. CORCOY BIDASOLO, M: *El delito imprudente...*, pág. 223.

¹⁰⁵⁵ RENZIKOWSKI, J: *Restriktiver Täterbegriff...*, pág. 274. ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, pág. 554.

c. La autoría mediata omisiva

c.1. Debate acerca de su aceptación

¿Puede una persona instrumentalizar a otra por omisión? Lo cierto es que este interrogante no ha sido foco de demasiadas atenciones en la dogmática jurídico-penal de habla hispana, aunque sí, en mayor medida, en la alemana. Al respecto, se advierte una clara división de pensamiento, concurriendo un sector doctrinal que acepta esta posibilidad^{1056 1057} – respaldado, a su vez, por pronunciamientos del BGH en un sentido favorable (por ejemplo, la sentencia del BGH de 14 de septiembre de 1994 – 1 StR 357/94¹⁰⁵⁸ o la sentencia del BGH de 6 de noviembre de 2002 – 5 StR 281/01) – y otra línea de opinión que halla razones de peso para rechazarla^{1059 1060}. Pasemos a analizar los principales argumentos esgrimidos en contra de la modalidad omisiva de la autoría mediata con el fin de examinar su pertinencia:

Algunos casos aportados por autores como MAURACH o MEZGER, ambos proclives a la autoría mediata omisiva, no parecen haber ayudado a ganar más adeptos sino sólo a recolectar críticas fundadas del sector de opinión adverso, al confundir gravemente los

¹⁰⁵⁶ En la literatura de habla hispana, entre otros, MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 397, Nm. 77. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º del Código Penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”. En *Derecho de la Circulación (aspectos civiles y penales)*, Cursos del Centro de Estudios Judiciales, Vol. 11, Madrid, 1993, págs. 147-179, pág. 173. MAÑALICH RAFFO, J. P: “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, nº 2, 2014, págs. 225-276, págs. 251-259. Matiza que no existe, en principio, ningún obstáculo para admitir la autoría mediata omisiva desde una postura proclive a la teoría del dominio del hecho pero no, en cambio, sobre la base de una construcción de la comisión omisiva asentada en una infracción del deber de actuar RODRÍGUEZ MESA, M. J: “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho...”, págs. 116-117.

¹⁰⁵⁷ En la literatura alemana, sin ánimo de exhaustividad, JAKOBS, G: *Derecho penal. Parte General...*, pág. 1.030, Nm. 110. VOGEL, J: *Norm und Pflicht...*, pág. 288. HAAS, V: “Die Beteiligung durch Unterlassen”, págs. 396-397. BOTTKE, W: *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, págs. 144-145. BRAMMSEN, J: “Bemerkungen zur mittelbaren Unterlassungstäterschaft”, *NZS*, nº 7, 2000, págs. 337-344, págs. 338 y ss.

¹⁰⁵⁸ Según BRAMMSEN, es la primera sentencia en la que el BGH se pronuncia acerca de la autoría mediata omisiva. Cfr. BRAMMSEN, J: “Bemerkungen zur mittelbaren Unterlassungstäterschaft”, pág. 343.

¹⁰⁵⁹ En la literatura de habla hispana, entre otros, BACIGALUPO, E: *Principios de derecho penal...*, pág. 413. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U: *La autoría mediata en Derecho Penal*, págs. 348-350. EDUARDO ABOSO, G: *Los límites de la autoría mediata*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2012, págs. 405-432.

¹⁰⁶⁰ En la literatura alemana, sin afán de exhaustividad, ROXIN, C: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, págs. 453-454. KAUFFMAN, A: *Dogmática de los delitos de omisión*, pág. 203. HERZBERG, R: *Die Unterlassung im Strafrecht...*, págs. 260-261. MOSENHEUER, A: *Unterlassen und Beteiligung*, págs. 115 y ss. GAEDE, K: “§ 13 StGB”, págs. 671-672. Nm. 27. JESCHECK, H. H: “§ 13 StGB”. En JÄHNKE, B; LAUFHÜTTE, H. W; ODERSKY, W., (dirs.): *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Vol. 1*, De Gruyter Recht, Berlin, 11ª ed., 2003, págs. 59-86, pág. 85. Nm. 59.

términos. Pienso en aquella constelación de casos en los que se ocasiona por vía activa la omisión de otro sujeto. Concretamente ROXIN saca a colación un ejemplo formulado por MEZGER en el que una persona impide que actúe el obligado a hacerlo narcotizándolo. Con razón, hay quienes no identifican en esta clase de supuestos de hecho omisión alguna¹⁰⁶¹ sino sólo un hacer activo que neutraliza la actuación positiva de otro, impidiendo su intervención conforme a lo prescrito por la norma de mandato. De hecho, en el ejemplo del narcótico no habría forma de fundamentar una autoría mediata sino sólo una autoría directa, pues la *vis absoluta* ejercida impediría atribuir la muerte o las lesiones al sujeto narcotizado, del mismo que si se le hubiese aturdido con un golpe. Una vez más, la distinción entre objeto (autoría directa) e instrumento (autoría mediata) se revela como un punto de crucial importancia a tener necesariamente en cuenta.

En consonancia con esta línea crítica, ROXIN reprocha igualmente a la construcción de la autoría mediata omisiva la inexistencia de un impulso que, por naturaleza, falta en la omisión¹⁰⁶². Tal razonamiento, sin embargo, no convence esta vez. Mediante su razonamiento ROXIN parece pretender trasladar a la autoría mediata omisiva los mismos requisitos que en la activa. Pero ello no resulta ni conveniente ni posible, precisamente por tratarse de dos formas de realización típica divergentes. Por eso mismo, el argumento de la falta de causación activo-naturalística de la situación de error no puede tener cabida¹⁰⁶³, toda vez que la instrumentalización en sede omisiva viene a ser configurada de un modo apreciablemente distinto. Se trata, en esencia, de que un garante de la información, pese a no provocar activamente una merma en la libertad de decisión de la persona de delante, incumple el compromiso previamente asumido de mantener bajo control su riesgo de desorientación en relación con el estado de las cosas, lo que desemboca en una errónea representación de los hechos.

Otra de las objeciones que se le han reprochado a la autoría mediata omisiva es la falta de dominio por el garante de la voluntad del instrumento¹⁰⁶⁴. Sucede, sin embargo, que

¹⁰⁶¹ ROXIN, C: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, pág. 453. KAUFFMAN, A: *Dogmática de los delitos de omisión*, pág. 203. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U: *La autoría mediata en Derecho Penal*, pág. 340.

¹⁰⁶² ROXIN, C: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, pág. 453.

¹⁰⁶³ De esta opinión, BRAMMSEN, J: “Bemerkungen zur mittelbaren Unterlassungstäterschaft”, pág. 339.

¹⁰⁶⁴ Con abundantes referencias, vid. BRAMMSEN, J: “Bemerkungen zur mittelbaren Unterlassungstäterschaft”, págs. 339-340.

es erróneo entender que la persona de detrás es dominada por el autor mediato, puesto que ésta, además de controlar el devenir de las cosas desde una óptica físico-naturalística, sigue contando con un ápice de voluntariedad en su acción. Más bien, superado el filtro de la competencia, que tanto cabe apreciar en el autor mediato activo como en el omisivo – el primero por generar el curso de riesgo y el segundo por no mantenerlo bajo su control en contra del compromiso de garantía asumido –, el dominio que nos ha de interesar ha de ser uno normativo, esto es, vinculado al curso de riesgo. Y dicho riesgo jurídico-penalmente desaprobado puede estar perfectamente bajo el ámbito de dominio del autor mediato omisivo en la medida en que sea apreciable una posición de hegemonía respecto al sujeto que ejecuta materialmente el hecho.

Finalmente la superficialidad de la autoría mediata omisiva ha sido otro importante motivo aducido por un trascendente sector de autores reacios a su admisión, toda vez que, se suele apuntar, que quien no evita la producción de un resultado típico, estando obligado a ello, ya responde penalmente como autor directo omisivo¹⁰⁶⁵. En principio, habría que darle la razón a esta línea de pensamiento, pues es cierto que existen casos en los que la transgresión del compromiso de garante ya podría dar lugar a una responsabilidad como autor directo omisivo, siendo altamente discutible la apreciación de un título de intervención como autor mediato.

Un ejemplo que tiende a aportarse con frecuencia es el del enfermero que, en contra de su posición de garantía de vigilancia, no impide que el paciente inimputable al que debía vigilar ataque a otro¹⁰⁶⁶.

Lo anterior, sin embargo, no obsta para que quepa localizar otro grupo de supuestos, menos común en la práctica pero no por ello excluyente, con una estructura

¹⁰⁶⁵ HERZBERG, R: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, pág. 261. GAEDE, K: “§ 13 StGB”, pág. 671-672, Nm. 27. JESCHECK, H. H: “§ 13 StGB”, pág. 85, Nm. 59. EDUARDO ABOSO, G: *Los límites de la autoría mediata*, pág. 432. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U: *La autoría mediata en Derecho Penal*, págs. 349-350.

¹⁰⁶⁶ Se inclinan a favor de la autoría directa JESCHECK, H. H: “§ 13 StGB”, pág. 85. Nm. 59. HOFFMAN-HOLLAND, K: “Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff...”, pág. 635. Si bien admite que hay casos en los que puede proyectarse la figura de la autoría mediata omisiva, no la considera necesaria para este supuesto HAAS, V: “Die Beteiligung durch Unterlassen”, págs. 396-397. A diferencia de los autores antecitados, aprecian en este caso una autoría mediata omisiva en relación con un delito comisivo MAÑALICH RAFFO, J. P: “Omisión del garante e intervención delictiva...”, pág. 253. ROBLES PLANAS, R: *Garantes y cómplices*, pág. 76.

sustancialmente divergente a la de los anteriores¹⁰⁶⁷, en los que cabe apreciar una imputación del resultado a título de autor mediato omisivo en virtud de error, siempre y cuando se siga constatando, como en la autoría directa, una identidad material y estructural en el plano normativo con su homóloga activa¹⁰⁶⁸. Justo eso ocurre en nuestro supuesto de estudio:

El CO sin competencias ejecutivas se erige por la vía de la asunción¹⁰⁶⁹ como garante de la información en cumplimiento normativo¹⁰⁷⁰. Es decir, el compromiso que este profesional acoge expresa e inequívocamente gravita en torno al control del riesgo de desorientación del órgano de administración en relación con la comisión de hechos penales en la organización. Como correlato, en este último sujeto nace una expectativa juridificada de recibir toda aquella información vinculada con este campo específico, hasta el punto de depender de las misivas que le transmita el CO a efectos de mantenerse actualizado sobre los sucesos penalmente relevantes que tengan lugar en la esfera corporativa.

La omisión de reporte del CO, esto es, su silencio, comportará que el órgano de administración ignore una información decisiva para formar debidamente su voluntad, dando lugar en el marco de este particular contexto comunicativo hilado entre uno y otro sujeto un proceso mental inferencial mediante el cual este último colija, en contra de la realidad, un estado de cosas alineado con el Derecho que le hará permanecer inactivo frente al delito¹⁰⁷¹. En la medida en que el único canal de obtención de la información sea el CO, su falta de reporte al órgano de administración permite fundamentar una instrumentalización en este último, arrebatándole, con ello, su posición de deber originada basada en el control de los cursos de riesgos¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁷ En este sentido, BRAMMSEN, J: “Bemerkungen zur mittelbaren Unterlassungstäterschaft”, págs. 339-340.

¹⁰⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º del Código Penal”, pág. 173.

¹⁰⁶⁹ Vid. Capítulo III. Apartado 3.1.2.

¹⁰⁷⁰ Vid. Capítulo III. Apartado 3.2.2.b.

¹⁰⁷¹ Vid. Capítulo IV. Apartado 3.2.

¹⁰⁷² Vid. Capítulo IV. Apartado 3.4.

c.2. La autoría mediata omisiva dolosa

A diferencia de la autoría mediata activa, en la omisiva, la competencia de la persona de detrás en relación con el curso de riesgo no responde a la provocación activa del estado de error en el instrumento. Su fundamento gravita en torno a la falta de control de aquel riesgo jurídico-penal que a tenor de su compromiso de garantía tenía que haber contenido. Concretamente hacemos alusión a un garante de la información que quebranta el compromiso expreso e inequívoco previamente asumido de contener el riesgo de desorientación de otro sujeto acerca de unas circunstancias de hecho específicas.

Pese a concurrir tal palpable diferencia en sede de competencia, ambos, el autor mediato activo y el omisivo, convergen en un trascendente punto de conexión: tanto uno como otro disponen de un idéntico dominio normativo del curso de riesgo a tenor de su posición de hegemonía respecto a la persona de delante cuya libertad de autonomía yace mermada o incluso neutralizada. En efecto, el autor mediato omisivo, como el activo, ocupa, en comparación con la persona de delante, una *status* de superioridad en términos de conocimiento de la situación penalmente relevante, a partir del cual, resulta posible apreciar la articulación de un esquema de instrumentalización.

Evidentemente si el garante quebranta su compromiso de garantía, aun contando con conocimiento, siquiera eventual, acerca del riesgo penalmente relevante en torno al cual omite actualizarse como barrera de contención, su omisión podrá ser catalogada como dolosa. Tal comportamiento permitirá fundamentar una autoría mediata omisiva siempre y cuando quepa constatar un desnivel cognitivo en comparación con la persona de delante por sufrir esta última un error vencible que dote de base para una responsabilidad penal por imprudencia (artículo 14.1 inciso primero CP) o uno invencible que impida apreciar siquiera responsabilidad penal frente a los hechos (artículo 14.1 inciso segundo CP).

Adentrándonos en nuestro objeto de estudio, ya se tuvo ocasión de razonar que no existe razón de peso para descartar que la omisión de reporte del CO al órgano de administración acabe por verse enmarcada en la modalidad de imputación subjetiva

dolosa¹⁰⁷³, bien porque dicho profesional omite investigar o reportar el delito aun conociendo de forma prácticamente segura la realización típica ajena, bien debido a que algo así ocurra albergando en la situación específica una representación concreta del riesgo penalmente relevante. Quizás el examen de un ejemplo práctico nos ayude a concretar estas ideas:

El CO de una empresa de venta de ropa *online* concierta una reunión con los miembros del órgano de administración pocos meses después de la implementación del CMS en la organización a fin de detallarles los más recientes avances en materia de cumplimiento normativo. Durante el devenir del encuentro, el CO, respetando el orden del día previsto, informa a los miembros del órgano de administración sobre las últimas novedades: recientes políticas de empresa diseñadas y emitidas, controles reforzados, aspectos del código de conducta revisados y actualizados, etc. No obstante, omite comunicarles que justo el día antes de la reunión dio por finalizada una investigación interna iniciada hace meses que ha acabado por revelar el desarrollo de un *malware* por los máximos responsables del departamento de informática de la empresa que pretende ser utilizado al día siguiente con el objeto de provocar un ataque de datos a las páginas web de la competencia en aras de colapsarlas durante la época de rebajas navideñas.

Con arreglo al supuesto de hecho propuesto, el CO sin competencias ejecutivas, habiendo hecho suyo de forma expresa e inequívoca el compromiso material de actuar a modo de barrera de contención del riesgo de desorientación del órgano de administración, sabe o, cuanto menos, dispone de férreas sospechas acerca de la realización por los máximos responsables del departamento de informática de la empresa de unos actos preparatorios encaminados hacia la comisión inminente de un delito de daños informáticos. Pese a ello, el CO omite reportar al órgano de administración la circunstancia penal alertada, por lo cual, no cabe duda de que el CO amerita ser catalogado como competente en torno al curso de riesgo, pues debiendo controlarlo, no lo hace.

Los administradores sociales de la entidad, a raíz de la omisión de reporte del CO, no consiguen ubicarse en una posición de conocimiento tal como para poner en práctica aquellas medidas dirigidas hacia la devolución de la empresa a un estado cumplidor del

¹⁰⁷³ Vid. Capítulo IV. Apartado 3.3.1.a.

Derecho, toda vez que, en el marco del contexto comunicativo que les une con el primero, erróneamente infieren que ningún delito ha tenido lugar o va a producirse en la organización. Es decir, el CO, en calidad de exclusivo canalizador de la información en cumplimiento normativo en cuestión, acaba por instrumentalizar dolosamente al órgano de administración por medio de un engaño omisivo articulado en clave de silencio comunicativo. Dicha instrumentalización se asienta en el dominio normativo del curso de riesgo que el CO detenta fruto de la posición de hegemonía que le separa respecto al órgano de administración errado, bien sea de forma vencible o invencible, según tendremos que precisar¹⁰⁷⁴.

Los daños a los sistemas informáticos de las empresas competidoras acaban por materializarse por no haberse conseguido evitar. Esta circunstancia aporta a la persona jurídica un evidente beneficio indirecto, pues durante el lapso de tiempo en el que los servidores del resto de compañías se mantienen fuera de servicio, sus productos no pueden ofrecerse vía *online*, lo cual comporta a la empresa una evidente ventaja competitiva¹⁰⁷⁵. Cabe presumir *iuris tantum* que si el CO hubiese cumplido, como se esperaba, su deber de reporte, los administradores sociales habrían satisfecho sus respectivos deberes de vigilancia y control en aras de impedir la consumación del delito acaecido, a no ser que las circunstancias del caso permitan evidenciar lo contrario.

c.3. La autoría mediata omisiva imprudente

En el nivel estructural la autoría mediata omisiva imprudente preserva objetivamente una relación de identidad con la dolosa. En ambas el garante de la información es competente del curso de riesgo por omitir mantenerlo bajo control en infracción de su compromiso de garantía y, a su vez, cuenta, como en cualquier otra forma de autoría mediata, con un dominio normativo en torno a dicho riesgo jurídico-penalmente desaprobado a la luz de su posición de hegemonía. Sin embargo, su diferencia de trato radica lógicamente en sede de tipicidad subjetiva. El garante omite mantener bajo control, en infracción de su deber objetivo de cuidado, el riesgo de desorientación de otro sujeto, pese a seguir preservando un *status* de superioridad respecto a ese

¹⁰⁷⁴ Vid. Capítulo IV. Apartado 3.4.1.d.

¹⁰⁷⁵ El Apartado 2.4. de la CFGE 1/2016 califica expresamente la obtención de una ventaja competitiva como una forma de beneficio indirecto.

instrumento, ya que éste, cuanto menos, ha de prever en mayor medida la posibilidad de producción del resultado típico y contar correlativamente con un mayor poder para evitarlo.

En su momento, se aportaron abundantes ejemplos de omisiones imprudentes del CO ubicadas en distintos estadios de trabajo anudados con el incumplimiento o deficiente cumplimiento de sus deberes de indagación, de diagnóstico (precedentes y antecedentes) o de reporte *stricto sensu*¹⁰⁷⁶. Tanto en uno como en otro caso, la omisión imprudente del CO, quebrantadora de su compromiso de garante, impediría que el órgano de administración obtenga conocimiento acerca de la comisión presente o futura de un delito por un miembro de la organización, dando lugar a un título de responsabilidad penal como autor mediato, siempre y cuando quepa apreciar un esquema de instrumentalización en los términos asentados.

Podría ocurrir, no obstante, que la omisión de reporte no se haya producido por razones enteramente achacables al CO (por ejemplo, omite comprobar con diligencia la verosimilitud de las denuncias recabadas o bien omite ponerse en contacto con el órgano de administración dentro de un margen de tiempo prudencial) sino asimismo por circunstancias ajenas al mismo:

Primero, a partir del silencio organizativo imperante en la corporación¹⁰⁷⁷, esto es, cuando los empleados, en vez de hacer uso de los canales de *whistleblowing* u otras vías de transmisión de la información, permanecen impertérritos frente a la comisión de ilícitos penales en la empresa, dificultando la obtención de conocimiento por el CO. Ya se tuvo ocasión de justificar que la infracción por los trabajadores del deber de reporte *ad intra* impuesto por la organización solamente les comportaría sanciones laborales, no una responsabilidad omisiva respecto al injusto penal ajeno. En cuanto al CO, creo que en aras de dilucidar si su comportamiento resultaría encuadrable en el marco del riesgo permitido o bien si, por el contrario, cabría calificarlo como imprudente y, por tanto, contrario al deber objetivo de cuidado, tendría que analizarse casuísticamente hasta qué punto éste cumplió satisfactoriamente con sus deberes de indagación con tal de

¹⁰⁷⁶ Vid. Capítulo IV. Apartado 3.3.1.b.

¹⁰⁷⁷ Vid. Capítulo IV. Apartado 3.3.2.a.

desentrañar aquellos eventos antijurídicos que no fueron alertados por los trabajadores silentes.

Paralelamente cabe suponer que el CO haya sido víctima de un error generado a partir de una misiva engañosa transmitida activa y dolosamente por un trabajador¹⁰⁷⁸. Tal vez este profesional entrevistó a un empleado en el marco de una investigación interna y éste, a fin de encubrir un delito ajeno que aún se está produciendo, mienta y aporte datos falsos sobre el estado de las cosas, siendo preciso valorar, entonces, el grado de vencibilidad del error sufrido por el CO en aras de definir su responsabilidad penal ante los hechos. Para estos fines, habría que analizar, en una línea cercana a la del supuesto anterior, cuán diligente fue el CO en el cumplimiento su labor investigadora. Es decir, si éste confió ciegamente en la información trasladada por el tercero o bien si, por el contrario, emprendió pesquisas adicionales y, pese a ello, no consiguió destapar el ilícito. Al CO no se le podría hacer responsable penal en el supuesto de que su error fuese catalogable como invencible, cosa que sí procedería de ser éste vencible, lo que permitiría fundamentar una responsabilidad penal a título imprudente.

d. La dualidad entre el principio de desconfianza (modulado) y el principio de confianza (limitado) concurrente en las relaciones verticales entabladas en la empresa como criterio rector en aras de determinar la invencibilidad o vencibilidad del error de tipo apreciable en el órgano de administración

Demos unos cuantos pasos hacia atrás a fin de retomar un extremo que, en estos momentos, vuelve a retomar protagonismo. Como corolario del uso de la herramienta de la delegación de competencias, la responsabilidad como garante del órgano de administración más que desaparecer, acaba por modificarse. De buenas a primeras, el órgano de administración no puede desvincularse completamente de un ámbito de organización propio, por ello, le incumbe seguir respetando una serie de deberes secundarios de garantía tanto activos como pasivos que gravitan en torno a la comprobación del correcto desempeño de la labor que pesa sobre el CO¹⁰⁷⁹. Regiría, como justificamos, el principio de desconfianza (modulado). Sin embargo, una vez

¹⁰⁷⁸ Vid. Capítulo IV. Apartado 3.3.2.b.

¹⁰⁷⁹ Vid. Capítulo II. Apartado 6.

satisfechos los deberes residuales apuntados, podrían desplegarse sin problemas los efectos propios del principio de confianza (limitado)¹⁰⁸⁰.

Bajo este entendimiento, la imposibilidad del órgano de administración para ser conocedor de aquella información relativa a la comisión del ilícito penal, pese a haber supervisado con diligencia activa y pasivamente el recto cumplimiento por el CO de su campo de tareas y no haber albergado, aun así, sospecha alguno en torno a la realización de comportamientos antijurídicos en la empresa, ofrecería base suficiente, a mi juicio, para apreciar la invencibilidad de su estado de error¹⁰⁸¹. Parece razonable entender que una situación como la descrita tendrá lugar preferentemente fruto de la ocultación dolosa directa por el CO de la información referida, sin embargo, nada obsta para que ello ocurra asimismo, aunque quizás de forma un tanto más residual, en caso de que éste omita su acto de reporte a pesar de representarse concretamente la realización de los elementos objetivo de un tipo penal o incluso como producto de la infracción de su deber objetivo de cuidado. En los supuestos descritos nada impediría fundamentar una instrumentalización del órgano de administración que permita albergar un título de responsabilidad como autor mediato en el CO. El primero quedaría exento de responsabilidad penal, mientras que al segundo se le imputaría dolosa o imprudentemente por vía omisiva el resultado típicamente relevante producido. A estos efectos, vale la pena recordar, sin embargo, que, en relación con esta última modalidad de imputación subjetiva, la imprudente, solo entrarían en consideración en sede de punición, con arreglo al artículo 12 CP, un *numerus clausus* de conductas criminalmente relevantes, como el delito de blanqueo de capitales o el de insolvencia punible, por ejemplo.

¹⁰⁸⁰ Toman como parámetro el principio de confianza a efectos de delimitar el estado de error concurrente en la autoría mediata imprudente RENZIKOWSKI, J: *Restriktiver Täterbegriff...*, pág. 275. ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, pág. 558. Alude también a la confianza depositada por los administradores en las evaluaciones y pareceres de los expertos en la materia ESTELLITA, H: *Responsabilidad penal de dirigentes de empresas por omissão*, págs. 288-289.

¹⁰⁸¹ En relación con el vínculo que une al técnico especialista con los miembros del consejo de administración, PÉREZ CEPEDA manifiesta que el principio de confianza puede llegar a exonerar a estos últimos cuando no existan razones para que desconfíen de la información falsa trasladada por los primeros y, con base en ello, no sean adoptadas las medidas de protección a las que estaban supuestamente obligados. Si bien esta autora parte de un caso de comisión activa, su pensamiento cabría extrapolarlo perfectamente también a los supuestos omisivos, ya que, en definitiva, lo único que variaría sería la ausencia de traslación de una determinación información en contra del compromiso de garante asumido en lugar de una tergiversación positiva. Cfr. PÉREZ CEPEDA, A, I: “Criminalidad de empresa...”, pág. 113.

Más enrevesado todavía sería que el estado de error del órgano de administración fuese calificable como vencible por haber actuado él mismo de forma descuidada, bien por haber incumplido imprudentemente sus deberes de vigilancia y control residuales, bien por haber desatendido los indicios de incumplimiento que se le presentaban estando ya posicionado en un *status* tal como para poder confiar en la labor del CO. Ante ello, el órgano de administración propiamente quedaría desamparado del radio de operatividad del principio de confianza¹⁰⁸², siendo perfectamente apreciable un comportamiento contrario al deber objetivo de cuidado a observar.

Entonces, si hay cabida para predicar una imputación dolosa respecto al comportamiento del CO, la estructura de la autoría mediata podría seguir manteniendo su vigencia, con la particularidad de que el órgano de administración no se vería eximido de responsabilidad penal sino que seguiría afrontando las consecuencias sancionatorias anudadas a su propio injusto imprudente, bien sea por culpa consciente o inconsciente¹⁰⁸³. Mientras, en caso de poder apreciar a su vez en el CO una conducta imprudente, debería explorarse tanto en esta figura como en el órgano de administración el respectivo grado de cognoscibilidad en torno a la realización típica a efectos de determinar la previsibilidad en torno a la producción del resultado lesivo así como, por correlación, el grado de capacidad de evitación¹⁰⁸⁴. Sólo si se llega a la conclusión que éste resulta superior en el primero en comparación con el segundo (por ejemplo, culpa consciente/culpa inconsciente) cabría valorar la autoría mediata comisivo omisiva imprudente como el título de responsabilidad más oportuno, toda vez que la posición hegemónica que ha de caracterizar la persona de atrás en relación con la de delante seguiría manteniendo su vigencia. Por el contrario, en caso de que semejante representación del riesgo fuese idéntica (culpa consciente/culpa consciente) o bien si directamente faltase en ambos sujetos una tal representación (culpa inconsciente/culpa inconsciente), entiendo que sus omisiones típicas deberían ser castigadas a título de

¹⁰⁸² Haciendo referencia a los límites del principio de confianza, explica FEIJOO SÁNCHEZ: “Si alguien se comporta de forma descuidada ya no se puede decir que su injusto dependa exclusivamente del comportamiento defectuoso de un tercero. Esa persona está realizando ya un comportamiento antijurídico con indiferencia de que concurra con una conducta defectuosa de otra persona”. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B: “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal...”, págs. 57 y ss.

¹⁰⁸³ Afirma que, en general, se acepta la autoría del hombre de detrás, pese a que el ejecutor material tenga que responder por imprudencia, sea por culpa consciente o inconsciente BOLEA BARDON, C: *Autoría mediata en derecho penal*, pág. 182. De la misma opinión, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, pág. 23.

¹⁰⁸⁴ Vid. Capítulo IV. Apartado 3.4.1.b.2.

autoría accesoria imprudente, toda vez que no habría cabida para esquema de instrumentalización alguno sino que, bien mirado, entraría en consideración una concurrencia de conductas imprudentes de corte omisivo. Es decir, partiendo de la necesaria intervención cumulativa del CO (traslado de la información) y del órgano de administración (intervención contra el ilícito penal), la falta de impedimento de la actividad prohibida por el Derecho Penal se habría producido a resultas de la confluencia del quebramiento independiente de sus respectivos compromisos de garante por ausencia del debido cuidado¹⁰⁸⁵ sin mediar plan común alguno que permita fundamentar y limitar una imputación recíproca en coautoría¹⁰⁸⁶. El CO y el órgano de administración deberían ser considerados autores accesorios imprudentes de un injusto omisivo, mientras que el empleado infractor cabría enjuiciarlo como autor directo de su propio injusto activo.

Sobre esta última posibilidad, faltaría por concretar cómo tendrían que ser sancionados exactamente el CO y el órgano de administración con base en el título de autoría accesoria señalado. Tratándose de un aspecto profundamente controvertido, creo que vale la pena considerar, cuanto menos, un par de modelos de solución especialmente sugerentes¹⁰⁸⁷:

Conforme a la tesis de CORCOY BIDASOLO, no quedaría otra posibilidad que disminuir la gravedad del injusto penal del autor accesorio, cuando la legislación lo posibilite, o bien graduar la pena disminuyéndola en virtud de esa menor gravedad del injusto consumado¹⁰⁸⁸. Ocurre, sin embargo, que no queda realmente claro por qué debería disminuirse la gravedad del injusto penal del autor accesorio (de imprudencia grave a menos grave o bien de imprudencia menos grave a leve, quedando esta última adscrita al Derecho Civil) si la problemática suscitada por la autoría accesoria radica en el

¹⁰⁸⁵ Ven factible articular una autoría accesoria omisiva entre dos garantes MOSENHEUER, A: *Unterlassen und Beteiligung*, pág. 142. SCHWAB, H. J: *Täterschaft und Teilnehmen bei Unterlassungen*, pág. 214.

¹⁰⁸⁶ Los presupuestos de la coautoría serán desarrollados en detalle a la hora de examinar la responsabilidad del CO en el marco de su integración en un órgano colegiado de cumplimiento. Vid. Capítulo V. Apartado 3.2.1.b.1.

¹⁰⁸⁷ Los modelos de solución que a continuación analizaré someramente asumen de base una realización típica activa, no una realización típica omisiva. Por ello en las siguientes líneas me ceñiré a examinarlos desde la óptica en el que fueron formulados.

¹⁰⁸⁸ CORCOY BIDASOLO, M: “Participación y autoría accesoria...”, pág. 77. Aun con matices, sigue esta solución para cuando, pese a la otra imprudencia concurrente, la conducta imprudente del sujeto constituye autoría y también le es imputable objetivamente el resultado LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, pág. 304, Nm. 96-99.

segundo nivel de la imputación objetiva, a saber, el de la concreción del riesgo desaprobado en el resultado lesivo (relación de riesgo). Que los autores accesorios, independientemente uno de otro, no sean capaces de dar cuenta del resultado típico en nada tiene que ver con cuál haya sido, en el caso concreto, el tipo de deber de cuidado infringido por cada uno de ellos, que es, al fin y al cabo, el criterio que verdaderamente permite graduar la mayor o menor gravedad del comportamiento imprudente. Con esta propuesta nos vemos abocados a trabajar con una ficción, al atribuirse infracciones más leves del deber de cuidado allá donde, en realidad, no las hubo.

Más convincente dogmáticamente parece la formulación de SÁNCHEZ LÁZARO para quien los autores accesorios deberían ser castigados en grado de tentativa, habida cuenta de que, pese a haberse concretado cada riesgo jurídico-penalmente en el resultado típico, ninguno de estos, independientemente considerados, estarían en condiciones de dar cuenta completamente del mismo. Pero, como en nuestro ordenamiento jurídico la tentativa imprudente no se castiga¹⁰⁸⁹, este autor propone *de lege ferenda* contemplar expresamente en el articulado penal su punición¹⁰⁹⁰. Pese a su corrección dogmática, este planteamiento arroja, con todo, una innegable desventaja político-criminal: la impunidad de los autores accesorios hasta que la reforma legal reclamada se produzca, solución ésta, a todas luces, insatisfactoria.

3.4.2. La solución de la participación

La casuística a tener en cuenta en el presente epígrafe seguirá siendo la misma que aquella examinada en el apartado precedente. No obstante, un importante factor será objeto de modificación. En lo que sigue, vamos a presumir que el órgano de administración posee, por las circunstancias que detallaremos, de un más fácil acceso a la información relativa a aquellos asuntos de trascendencia penal cuya comisión pretende evitarse, de tal forma que la omisión de reporte del CO sin competencias ejecutivas constituiría, a lo sumo, un obstáculo que dificultaría la obtención por el primero de esta información con miras a intervenir ulteriormente para conjurar la materialización del ilícito. Dicho con otras palabras, la omisión del CO colmaría los

¹⁰⁸⁹ Vid. LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, pág. 293. Nm. 53. PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, pág. 110.

¹⁰⁹⁰ SÁNCHEZ LÁZARO, F. G: *Intervención delictiva e imprudencia*, págs. 317 y ss.

mismos presupuestos que en las coyunturas examinadas con anterioridad, sin embargo, debido a las peculiaridades del caso, acabaría por adquirir en este contexto una valoración jurídico-penal divergente, toda vez que el órgano de administración no dependería enteramente de su función para colmar sus deberes de vigilancia y control¹⁰⁹¹.

Particularmente las situaciones de hecho a considerar son, en esencia, las que a continuación se reproducen¹⁰⁹²:

En un primer escenario existirían en la organización otras vías de adquisición de la información distintas al CO. Es decir, en lugar de tratarse del único canalizador de la información, la dirección corporativa o bien estructuraría paralelamente otros canales hilados con determinados cargos de relevancia que habrían tenido acceso a la información sobre la comisión del ilícito (por ejemplo, control interno, auditoría interna o asesoría jurídica) o bien dispondría de otros medios a efectos de mantenerse actualizado sobre aquello que ocurre en el seno de la entidad (por ejemplo, el órgano de administración recibe automáticamente en su correo electrónico una alerta cada vez que en el sistema informático de la empresa aparecen palabras claves tales como “riesgo significativo”, “irregularidad” o “regalo de cortesía”).

A modo de segunda hipótesis, cabe imaginar también que el órgano de administración sea capaz de obtener por sí mismo la información de interés mediante el mero cumplimiento de los deberes de garante residuales que le siguen incumbiendo respetar fruto del acto de delegación de competencias desplegado. Podría darse el caso, en efecto, de que, aunque el CO sea el único mecanismo de obtención de la información, al órgano de administración le resulte, de todos modos, sencillo hacerse con la misma.

Tanto en una como en otra coyuntura la omisión de reporte del CO no podría fundamentar, a diferencia de antes, un título de responsabilidad penal en autoría mediata dada la imposibilidad de articular un esquema de instrumentalización en los términos desarrollados con anterioridad. Bien mirado, el CO, a lo sumo, podría ser castigado a

¹⁰⁹¹ En este sentido, MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance*...”, pág. 768.

¹⁰⁹² Las propone ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”, pág. 329.

título de partícipe omisivo, toda vez que el reproche que se le dirigiría versaría en haber omitido contribuir en estas circunstancias al impedimento de la producción del hecho antijurídico fruto del quebrantamiento de sus deberes de acopio, gestión y reporte de la información en relación con el gestor principal de los riesgos, en cuyo caso, el estado de error concurrente en órgano de administración, concretado en la creencia de que en el seno de la organización ningún ilícito penal ha tenido lugar, no sería entera y exclusivamente achacable al primero. Bien mirado, la omisión del CO entorpecería su recto conocimiento de aquel delito ejecutado por un tercero autorresponsable, dificultando, en mayor o menor medida, su intervención a efectos de interrumpir el curso de riesgo. Semejante comportamiento equivaldría, en fin, a haber facilitado la comisión del delito por el empleado transgresor del Derecho.

De otro modo, sería el órgano de administración quien correría el riesgo de recabar una pena como autor omisivo al haber seguido reteniendo, en calidad de delegante, la competencia de evitar directamente el injusto penal ajeno, bien mediante su neutralización personal, bien a través de la emisión de órdenes vinculantes¹⁰⁹³. Dos son las situaciones en las que ello podría ocurrir: o bien cuando el órgano de administración infrinja dolosa o imprudentemente sus deberes de vigilancia y control residuales, dada la imposibilidad de avanzar de la desconfianza a la confianza en la adecuada llevanza de la labor que al CO le corresponde desempeñar, o bien cuando, pese a haberlos satisfecho, recabe indicios acerca del deficiente comportamiento del CO y los desatienda, lo que, desde luego, le imposibilitará seguir escudándose en la confianza sobre el correcto desempeño de su función.

A la luz de lo señalado, procedería resolver, por lo demás, el grado de responsabilidad penal que el CO tendría que soportar, esto es, si a la luz de su omisión típicamente relevante debería responder a título de cooperador necesario o bien como cómplice. La respuesta a esta cuestión depende, en lo fundamental, de cuán esencial resultaba en el caso concreto su labor de acopio, tratamiento y traspaso de la información a fin de posibilitar el ulterior cumplimiento por el órgano de administración de su deber de impedir directamente el delito, extremo éste que, desde luego, vendrá condicionado, en

¹⁰⁹³ En sentido general, SILVA SÁNCHEZ, J. M: “La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración...”, pág. 47.

gran parte, a cuán laborioso se presentaba para este último hacerse con la información que le interesaba conocer.

Según creo, si son varios los profesionales que han tenido acceso a la información sobre cumplimiento normativo o si existen en la empresa otros mecanismos a efectos de actualizar el conocimiento del órgano de administración (primera variante), tendría que comprobarse, entre otros extremos, el número de encargados de una labor de tales magnitudes así como los concretos cometidos asignados a cada cual en comparación a la función de cumplimiento o bien, de otro modo, las características de los medios restantes incorporados en la empresa a fin de conocer su nivel de trascendencia en el proceso de acopio de datos.

Mientras, en caso de que el CO fuese el único medio de obtención de la información pero el órgano de administración pudiese acceder de todos modos a la misma de forma especialmente fácil (segunda variante), debería someterse a examen crítico cuán sencillo resultaba para este último ese acceso, cuestión ésta que podrá dilucidarse a partir de la verificación de los pasos que tuvo que emprender para ello. No será lo mismo que bastase con una comprobación de su correo electrónico a que tuviese que iniciar una pesquisa un tanto más laboriosa.

Desde una óptica estrictamente abstracta, no creo que resulte problemático colegir, de todos modos, que, cuando en el supuesto de hecho en cuestión hayan sido configurados diversos canales de reporte y, junto a ello, el órgano de administración esté en condiciones de acceder fácilmente a la información, la omisión del CO ostentaría una relevancia sensiblemente menor en la evitación del hecho penal, por lo cual, cabrá presumir, sin perjuicio de un ulterior análisis centrado en la situación específica, su responsabilidad en grado de cómplice omisivo.

Sabido esto, conviene puntualizar, para terminar, que si el CO obra con conocimiento de que, en infracción de su compromiso de garante, está omitiendo contribuir a impedir la comisión de un específico delito ajeno de un modo estructural y valorativamente equiparable a su favorecimiento¹⁰⁹⁴, su comportamiento sería constitutivo de una

¹⁰⁹⁴ Vid. Capítulo IV. Apartado 3.3.1.a.

participación omisiva dolosa. En cambio, al CO cabría catalogarlo como partícipe omisivo imprudente si lo anterior ocurre fruto de un comportamiento negligente proyectado en alguna de las etapas del proceso de acopio, gestión y reporte de irregularidades al órgano de administración¹⁰⁹⁵. En conexión con esto último, vale la pena recordar que, si bien conceptualmente es admisible la participación imprudente tanto en un hecho imprudente como en uno doloso¹⁰⁹⁶, desde una óptica respetuosa con el principio de legalidad, no cabría su punición ex artículo 12 CP¹⁰⁹⁷, razón por la cual, en dichos casos, el CO no podría ser objeto de sanción penal alguna.

3.5. El órgano de administración ignorante (deliberado) y el *compliance officer* ignorado

La selección de un CO capaz y dotado de la suficiente autonomía para hacerse cargo de las distintas cuestiones de *compliance* en la empresa suscita un serio riesgo de que en la *praxis* el órgano de administración busque desentenderse del cumplimiento de sus deberes residuales de garante tanto activos como pasivos en aras de colocarse deliberadamente en una posición de ceguera sobre extremos respecto a los cuales concurre una obligación de conocer¹⁰⁹⁸. Y ello con el fin de poder alegar como excusa su desconocimiento acerca de los resultados desvalorados ocurridos en la organización empresarial para hacer así recaer en el CO, a modo de chivo expiatorio, todo el peso del aparato del Derecho Penal^{1099 1100}.

¹⁰⁹⁵ Vid. Capítulo IV. Apartado 3.3.1.b.

¹⁰⁹⁶ Vid. Capítulo III. Apartado 9.2.5.a.

¹⁰⁹⁷ Vid. Capítulo III. Apartado 9.2.5.b.

¹⁰⁹⁸ Comenta ROBLES PLANAS: “la infracción de la competencia de la vigilancia puede producirse precisamente por colocarse en disposición de no recibir la información del delegado que, de haberse recibido, hubiera permitido al delegante detectar el riesgo y actuar neutralizándolo”. ROBLES PLANAS, R: “Principios de imputación en la empresa”, pág. 498.

¹⁰⁹⁹ La expresión es de MONTIEL, J. P: “Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del *Compliance Officer...*”, pág. 1.

¹¹⁰⁰ MILLER alerta que para una compañía es relativamente sencillo emplear al CO como un chivo expiatorio con tal de diluir las responsabilidades de aquellas personas posicionadas en puestos de mayor poder en la organización. Cfr. MILLER, G. P: *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, pág. 263. En algunos recientes pronunciamientos de organismos estadounidenses como la SEC, el CO ha sido, de hecho, el único sujeto profesional contra el que se ha interpuesto una *enforcement action*, dando lugar a lo que GOLUMBIC bautiza como “factor de aislamiento”. Cfr. GOLUMBIC, C. E: “The Big Chill...”, págs. 83-85. En términos generales, sobre la capacidad de la empresa para trasladar injustamente el foco de responsabilidad del *top management* al *management* intermedio, vid. BROWN, D. K: “The Problematic and Faintly Promising Dynamics of Corporate Crime Enforcement”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 1, 2004, págs. 521-549, pág. 536.

En efecto, tal vez ocurra que el órgano de administración opte por maquinarse una estratagema mediante la cual consiga blindar su esfera informativa ante circunstancias referentes a dichas infracciones típicamente relevantes que desiste conocer (*screening actions*¹¹⁰¹)¹¹⁰². Ello podría concretarse en ignorar los reportes, informes y memorias remitidas por el CO, desistir convocar una reunión a fin de valorar el estado de cosas en la empresa (bien por medio de una negativa frontal, bien a través de aplazamientos constantes) o derivar la labor de gestionar el asunto a puestos directivos inferiores. El propósito perseguido no sería otro que mantenerse al margen de forma estable en el tiempo para estar en condiciones de apelar luego a su desconocimiento en caso de iniciarse un procedimiento penal, con tal de eludir, en la medida de lo posible, una eventual responsabilidad criminal. Es decir, el órgano de administración, en las situaciones descritas, invertiría significativos esfuerzos a efectos de obtener, en pos de su propio beneficio punitivo¹¹⁰³, todo lo contrario a aquello que se espera que obtenga el CO: un estado de desinformación respecto a los eventos delictivos lesivos producidos en el seno de la corporación. Su desconocimiento tendría origen en la mecánica o estratagema que él mismo habría urdido, no en una deficiente intervención del CO quien, de hecho, cumpliría satisfactoriamente con su espectro de deberes.

Tal forma de proceder, apodada por LUBAN “modelo de los zorros”, en contraposición al “modelo de las avestruces”¹¹⁰⁴, podría llegar a encajar en la figura anglosajona de la ignorancia deliberada (*willful blindness*)¹¹⁰⁵, pese a existir situaciones específicas que, dado el grado de representación constatable en el órgano de administración respecto al injusto penal, ya constituirían auténticos supuestos de dolo eventual, de forma que el

¹¹⁰¹ LUBAN, D: “Contrived Ignorance”, págs. 969-970.

¹¹⁰² El uso de este término resulta algo desacertado, pues, siguiendo a RAGUÉS I VALLÉS, tal estratagema puede llegar a estar compuesta tanto por acciones como por omisiones. Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, R: *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 151.

¹¹⁰³ Beneficio punitivo que tanto podría concretarse en obtener aquella pena inferior contemplada para la infracción imprudente como en conseguir directamente la impunidad en caso de no existir modalidad imprudente para el delito en cuestión.

¹¹⁰⁴ LUBAN distingue dos modelos de ignorantes deliberados en función de la razón que subyace para optar por no conocer: el de las “avestruces” y el de los “zorros”. Las avestruces son débiles morales que prefieren no enfrentarse a dilemas de difícil resolución, por lo cual, dicho de forma metafórica, esconden la cabeza en la tierra ante los problemas que les conciernen. En cambio, los astutos zorros se corresponden con aquellos calculadores estrategas que deliberadamente orden una mecánica a fin de escudarse en su ignorancia y evitar, de este modo, responder por sus actos ilícitos. Cfr. LUBAN, D: “Contrived Ignorance”, *Georgetown University Law Center*, Vol. 87, 1999, págs. 957-980, pág. 968.

¹¹⁰⁵ Aunque, en honor a la verdad, el origen de este concepto se remonta a la *ignorantia affectata* formulada por TOMÁS DE AQUINO.

recurso a esta teoría resultaría superfluo¹¹⁰⁶. Interesa abordar, más bien, otro tipo de escenarios de ignorancia deliberada mucho más problemáticos para la teoría del delito dadas sus peculiaridades en sede de imputación subjetiva¹¹⁰⁷. Concretamente centraremos nuestra atención en los dos siguientes:

(a) *El órgano de administración se sitúa conscientemente en una posición de ceguera a pesar de disponer de indicios fundados acerca de la comisión de un concreto delito. Al final, la infracción penal que acaba por cometerse es inesperadamente una de naturaleza divergente y más grave.*

Por poner un ejemplo:

El órgano de administración detecta en los asientos contables una serie de pagos sospechosos con aparentes fines de corrupción. De ahí colige que uno de los directivos, conocido en la empresa por sus tácticas comerciales certeras pero dudosamente legales, ha invertido una parte de los recursos económicos para sobornar a diversos funcionarios con el objetivo de conseguir un amaño en un concurso público al que la empresa se va a presentar en breve. Pese a esta sospecha, el órgano de administración opta por desentenderse. Más adelante, se descubre que, en realidad, el dinero iba destinado a financiar una red de tráfico de seres humanos.

Tales divergencias entre la representación del agente y el estado real de las cosas, pese a cobrar un innegable protagonismo en la criminalidad de empresa, han solido ser examinadas en el marco de los delitos de tráfico de estupefacientes. Puede tomarse como referencia el siguiente supuesto de hecho:

¹¹⁰⁶ MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresarial...”, págs. 224-225. FEIJOO SÁNCHEZ, B: “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, *Indret* 3/2015, págs. 1-29, pág. 18. GRECO, L: “Comentario al artículo de Ramón Ragués”, *Discusiones*, nº 13, 2013, págs. 67-78, págs. 68-70. RAGUÉS I VALLÉS, R: “A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría de la imputación subjetiva”, *Discusiones*, nº 13, 2013, págs. 139-166, págs. 142, 145.

¹¹⁰⁷ Explica RAGUÉS I VALLÉS: “si bien ciertos ejemplos de desconocimiento provocado parecen suscitar una necesidad de castigo no inferior a la propia del dolo eventual, existen otros supuestos que, sin embargo, no merecen mayor sanción que la prevista para situaciones de imprudencia, lo que obliga a efectuar distinciones dentro de los propios supuestos de ignorancia deliberada”. Cfr. RAGUÉS I VALLES, R: “La responsabilidad penal del testaferrero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva”, *Indret* 3/2008, págs. 1-28, pág. 19. En idéntico sentido, MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresarial...”, pág. 222.

Un mulero, que lleva colaborando desde hace varios años con un cartel de droga colombiano en el transporte de cocaína, recibe, como de costumbre, el encargo de entregar un maletín en España. Por costumbre, omite revisar el contenido del doble fondo del maletín en el momento que se le entrega, aunque es consciente que lo que va a transportar es algo prohibido (en principio, un alijo de cocaína). El mulero es detenido en el aeropuerto de Barajas en el transcurso de una operación contra el tráfico de drogas. Cuando la policía abre el maletín se descubre que en su interior hay armas biológicas dispuestas para ser usadas en un ataque terrorista¹¹⁰⁸.

Pues bien, pese a ser constatable un deliberado posicionamiento en un estado de ceguera a causa de una intuición fundamentada acerca de la perpetración de una actividad prohibida por el Derecho, el ignorante deliberado yerra, al representarse una conducta penal totalmente distinta a la verdaderamente cometida, no albergándose, respecto a esta última, ni una sospecha ni mucho menos conocimiento en torno al riesgo efectivamente creado. La apreciación en el órgano de administración de responsabilidad dolosa (eventual) en lo tocante a la falta de impedimento de esa conducta imprevisible (en el ejemplo propuesto, el delito de tráfico de personas) resultaría ciertamente difícil de cimentar¹¹⁰⁹, salvo que se opte por acoger una discutible postura proclive a un indeterminado *dolus generalis* que abarque todo el suceder típico¹¹¹⁰. Más atinada se antoja la solución de la imprudencia comisivo omisiva en concurso ideal con una tentativa inidónea dolosa en relación con la falta de evitación del tipo penal inicialmente representado pero finalmente no cometido (en el ejemplo propuesto, el delito de cohecho activo), aunque se reconozca abiertamente, respecto al primer comportamiento imprudente, que su actitud frente al cumplimiento de la legalidad merecería un plus de reproche en comparación a aquel otro que por descuido no descubre semejantes circunstancias contrarias a Derecho.

(b) *El órgano de administración vertebró una compleja estructura para neutralizar, desde un inicio, cualquier información vinculada con la comisión de infracciones*

¹¹⁰⁸ Se ha tomado como fuente de inspiración el problemático grupo de casos manejado por FEIJOO SÁNCHEZ en su crítica al carácter versarista de la ignorancia deliberada. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B: “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal...”, pág. 7.

¹¹⁰⁹ De esta opinión, FEIJOO SÁNCHEZ, B: “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal...”, pág. 7.

¹¹¹⁰ Acerca de los problemas de considerar suficiente un dolo genérico para cimentar una imputación a título doloso, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Aberratio ictus e imputación objetiva”, *ADPCP*, Tom. 37, Fasc. 2, 1984, págs. 347-386, págs. 354 y ss.

penales en la organización. A raíz de ello, sospecha que empleando semejante mecánica podría llegar a cometerse algún delito en la empresa sin que sea impedido convenientemente, sin embargo, en ese instante, no se representa en concreto ninguno en particular.

RAGUÉS I VALLÉS califica a supuestos como el descrito de “ignorancia deliberada *stricto sensu*”¹¹¹¹ y ofrece como ejemplo, entre otros¹¹¹², el siguiente:

Un individuo instruye a su empleado del hogar para que no acepte ninguna notificación oficial proveniente de la Administración con tal de evitar conocer su contenido. Como resultado, se le notifica la convocatoria para participar como vocal en una mesa electoral y, por mor de su desconocimiento en relación con esta circunstancia, no se presenta el día de las elecciones¹¹¹³.

Este mismo autor identifica una serie de requisitos – aparentemente seguidos por el TS en alguno de sus pronunciamientos judiciales¹¹¹⁴ – en aras de apreciar en estos escenarios una situación de ignorancia deliberada encuadrable en el dolo eventual. En concreto, tomando como punto de partida¹¹¹⁵ la propuesta de HUSAK y CALLENDER¹¹¹⁶, ve necesario colmar los siguientes tres ítems¹¹¹⁷:

(1) Una inicial sospecha insuficiente para acreditar en el sujeto una representación tal en torno a la realización típica como para colmar las exigencia de dolo.

(2) Una previa decisión del ignorante deliberado de mantenerse en una situación de ignorancia de modo permanente en el tiempo¹¹¹⁸.

¹¹¹¹ RAGUÉS I VALLÉS, R: *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, págs. 136-137.

¹¹¹² Vid. RAGUÉS I VALLÉS, R: “A modo de contrarréplica...”, págs. 142, 145.

¹¹¹³ RAGUÉS I VALLÉS, R: *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, págs. 112-113.

¹¹¹⁴ Por ejemplo, STS de 16 de marzo de 2012 (RJ 2012/5012).

¹¹¹⁵ RAGUÉS I VALLÉS, R: *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, págs. 134-135.

¹¹¹⁶ HUSAK, D. N; CALLENDER, C.A: “Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 29, 1994, págs. 29-69, pág. 40.

¹¹¹⁷ RAGUÉS I VALLÉS, R: *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, págs. 183-187.

¹¹¹⁸ Debe advertirse que no queda del todo claro si RAGUÉS I VALLÉS sigue enjuiciando necesario este requisito para los supuestos de ignorancia deliberada equiparada a dolo, pues parece dejarlo de lado en uno de sus últimos escritos sobre esta materia. Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, R: “A modo de contrarréplica...”, pág. 156.

(3) Un componente motivacional asociado con la persecución por el ignorante deliberado de la obtención de un beneficio gracias al estado de desconocimiento en el que él mismo se coloca, precisado en una minoración o exoneración de responsabilidad penal.

Con independencia de los requisitos acabados de exponer, RAGUÉS I VALLÉS localiza, además, otros dos que, a pesar de su carácter configurador de las situaciones de ignorancia deliberada, no son tenidos en cuenta por este autor a la hora de valorar un grado suficientemente grave de indiferencia respecto a la lesión del bien jurídico penalmente protegido de cara a apreciar dolo eventual. Son el deber de conocer y la posibilidad de conocer¹¹¹⁹.

Pues bien, interesa señalar, en primer lugar, que cada una de las condiciones señaladas a efectos de apreciar una situación de ignorancia deliberada equiparable a dolo eventual, tanto las exigibles por este autor como las que no, serían constatables en nuestro supuesto de hecho. El órgano de administración no ignora por pereza o falta de curiosidad sino que, con tal de poder descargarse de responsabilidad penal, estructura estratégicamente su ignorancia con una cierta vocación de perpetuidad por medio de las *screening actions*, a pesar de poseer indicios razonables acerca de posibles realizaciones típicas futuras. Igualmente, y aunque a parecer de RAGUÉS I VALLÉS sean ítems no precisos a estos efectos, el órgano de administración no sólo debe mantenerse actualizado de manera regular sobre el grado de adhesión al Derecho en la empresa, en cumplimiento de sus deberes de garante secundarios¹¹²⁰, sino que, además, la obtención de semejante información le es fácilmente accesible gracias a la labor desempeñada por el CO, pues es éste quien se la proporciona.

Pese a todo, el verdadero debate sobre el asunto que nos ocupa radicaría, parafraseando a MIRÓ LLINARES, “en si tiene el mismo merecimiento de pena la realización de un

¹¹¹⁹ RAGUÉS I VALLÉS, R: *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, págs. 185-186.

¹¹²⁰ Lo cual, como convincentemente desarrolla MIRÓ LLINARES, no tendría por qué automatizar una presunción de representación del hecho injusto con base en el argumento de aquello que no podía no saber alguien situado en semejante posición de responsabilidad en la empresa. Según se razonó en otro epígrafe, es creíble que el posicionamiento en el rol de administrador acarree un mayor distanciamiento respecto a aquellos hechos concretos acontecidos en el seno de la empresa en comparación con otros puestos directivos inferiores. Cfr. MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresaria...”, págs. 238 y ss.

hecho injusto con conocimiento, que la realización de un hecho injusto sin conocimiento pero con total indiferencia hacia la potencial ilicitud”¹¹²¹. Justo en este punto se sitúa la moderna discusión en torno al dolo. Para un sector doctrinal la respuesta a esta pregunta parecería inclinarse en un sentido afirmativo con base en un tal concepto de indiferencia frente a los hechos¹¹²². No siendo éste el lugar para ahondar en profundidad sobre este aspecto, procede efectuar, de todos modos, algunos comentarios.

Comparto que la doctrina de la ignorancia deliberada no sólo ha ofrecido a los tribunales una significativa ruta de escape respecto a la tediosa prueba del componente cognitivo del dolo en el proceso¹¹²³ sino que, para colmo, ha traído consigo el execrable riesgo de suplir ciertos déficits cognitivos con otros ítems ubicados en un plano distinto a los cánones de conocimiento que hasta ahora eran comúnmente exigibles bajo el rótulo de esta categoría de imputación subjetiva. Muestra evidente de ello son la exigencia de perdurabilidad en el tiempo por el agente en el *status* de ignorancia así como la demanda de determinados motivos que subyazcan en semejante pretensión de posicionamiento en un estado de ceguera.

La espontaneidad o bien la extensión durante días, meses o años de un tal estado de ceguera en nada influyen en la demarcación del grado de percepción del riesgo penalmente relevante¹¹²⁴, pues es posible constatar un idéntico estado de desconocimiento tanto en el administrador que en el seno de la empresa se coloca en una posición de ignorancia para una sola operación contraria a Derecho como en aquel otro que hace lo propio durante un conjunto de realizaciones típicas perpetradas a lo largo de un periodo de tiempo más holgado.

¹¹²¹ MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresarial...”, pág. 219.

¹¹²² Con amplias referencias tanto de autores que defienden esta idea como de aquellos otros que la critican, vid. MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresarial...”, págs. 219 y ss.

¹¹²³ Con amplias referencias jurisprudenciales, vid. RAGUÉS I VALLÉS, R: *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, págs. 31 y ss. Aun así, han existido ulteriores pronunciamientos judiciales contrarios a esta línea de pensamiento como la STS de 2 de febrero de 2009 (RJ 2009/442), la STS de 30 de octubre de 2009 (RJ 2009/5839), la STS de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013/943) o la STS de 23 de julio de 2014 (RJ 2014/3642).

¹¹²⁴ En un sentido similar, FEIJOO SÁNCHEZ, B: “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal...”, pág. 18.

Por otro lado, convence plenamente la crítica efectuada por GRECO de que “la distinción entre dolo e imprudencia no tiene nada que ver con la estructura más o menos altruista de la motivación del autor”, pues puede haber “dolo altruista e imprudencia egoísta”¹¹²⁵. En este mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ reprocha, con contundencia, que “no es asumible, sin embargo, que los motivos antijurídicos puedan convertir sin más la imprudencia en dolo”, para concluir al final de su trabajo de investigación que “no se trata de convertir en dolo lo que no lo es en el Código Penal con base en la valoración de las emociones, motivaciones o disposiciones morales del infractor”, habida cuenta de que “los meros posicionamientos emocionales ante una incierta realización o consumación del tipo penal carecen de relevancia a efectos de imputación subjetiva porque no excluyen el conocimiento del hecho (dolo)”¹¹²⁶. De igual modo se pronuncia MIRÓ LLINARES cuando argumenta que “los deseos del sujeto, así como tampoco sus creencias, no son relevantes a la hora de la responsabilidad dolosa, excepto en aquellos casos en los que el legislador lo haya establecido expresamente por medio de elementos subjetivos en el injusto”^{1127,1128}.

Estoy de acuerdo con estos autores en que los motivos que empujan al sujeto a cometer la infracción penal en cuestión, sea la venganza, la envidia, la enemistad o la codicia, en nada alteran su percepción del riesgo. Su valoración podría realzar, de hecho, el riesgo a la materialización del tan denostado Derecho Penal de autor. En todo caso, sorprende que en un mayoritariamente aceptado concepto normativo de dolo depurado de elementos volitivos¹¹²⁹ se acuda precisamente a argumentos motivacionales para pretender mantener su vigencia¹¹³⁰.

Adviértase, igualmente, que, pese a la interesante clasificación propuesta por LUBAN, ambas proyecciones, la de los zorros y los avestruces, en ocasiones, podrían llegar a confluir. En efecto, los mecanismos de elusión del conocimiento trazados por el “astuto zorro” con el fin de eludir futuras responsabilidades podrían servirle, a su vez, para

¹¹²⁵ GRECO, L: “Comentario al artículo de Ramón Ragués”, págs. 73-74.

¹¹²⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B: “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal...”, págs. 18, 22.

¹¹²⁷ Así ocurre con la previsión de una agravante genérica para cuando la comisión del injusto tenga como base móviles racistas, antisemitas u otra clase de actitudes discriminatorias (artículo 22.4º CP).

¹¹²⁸ MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresarial...”, pág. 236.

¹¹²⁹ Vid. Capítulo III. Apartado 9.1.

¹¹³⁰ En este sentido, vid. LAURA MANRIQUE, M: “¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en el caso de ignorancia”, *Discusiones*, nº 13, 2013, págs. 79-100, págs. 91 y ss.

disminuir su carga moral en torno a aquellos ilícitos penales cuya comisión prefiere no confirmar y, de ese modo, mantenerse más fácilmente en semejante posición de ignorancia. Es decir, en el fondo de un “astuto zorro” es posible que lata, al mismo tiempo, una “asustadiza avestruz” que dependa del desconocimiento para, en palabras de FEIJOO SÁNCHEZ, “distanciarse emotivamente del hecho”¹¹³¹ y así seguir hacia adelante con sus maquiavélicos planes.

Pese a todo lo dicho, es cierto que los casos de ignorancia deliberada *stricto sensu*, caracterizados por una grave indiferencia del agente pero faltos de una representación suficiente sobre la realización del injusto penal de cara a apreciar dolo en su conducta, cabría situarlos en un plano de merecimiento de pena a caballo entre las conductas infractoras de un deber objetivo de cuidado y los comportamientos dolosos¹¹³². Tal vez la resolución de semejante controversia doctrinal pase, como buena parte de la doctrina lleva desde hace tiempo reclamando, por ampliar *lege ferenda* las categorías de imputación subjetiva con tal de ofrecer un tratamiento específico a tales niveles intermedios¹¹³³, toda vez que tanto la valoración dolosa como imprudente resultan, hoy por hoy, soluciones parcialmente insatisfactorias. Quizás la clasificación tetraédrica prevista en el sistema de *common law* estadounidense (*purpose, knowledge, recklessness* y *negligence*) sea un campo fértil a tomar en cuenta. Mientras dicha reforma legal esté aún pendiente estimo oportuno decantarnos por sancionar estos hechos como imprudentes¹¹³⁴.

Vistas las cosas así, conviene subrayar que en ninguna de las situaciones de hecho descritas el CO incumpliría su compromiso de garante cuando pretenda hacer llegar al órgano de administración la información recopilada pero, debido a semejante estructura

¹¹³¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B: “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal...”, pág. 17.

¹¹³² Así, RAGUÉS I VALLÉS, R: *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, págs. 193 y ss. MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresarial...”, pág. 222. FEIJOO SÁNCHEZ, B: “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal...”, pág. 14.

¹¹³³ Entre otros, MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresarial...”, pág. 224. LAURA MANRIQUE, M: “¿Mejor no saber?...”, págs. 80, 94. RAGUÉS I VALLÉS, R: “Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en el Derecho Penal”, *Discusiones*, nº13, 2013, págs. 11-38, pág. 34. MOLINA FERNÁNDEZ, F: “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”. En JORGE BARREIRO, A., (coord.): *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 691-742, págs. 739-741. Asimismo, estima la distinción entre dolo e imprudencia excesivamente rígida FEIJOO SÁNCHEZ, B: “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal...”, pág. 14.

¹¹³⁴ MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, pág. 224. Niega que la ignorancia deliberada pueda asimilarse a la estructura del dolo eventual LAURA MANRIQUE, M: “¿Mejor no saber?...”, págs. 82, 98.

de bloqueo del conocimiento, fracase en el intento. Siempre y cuando haya tomado diligentemente los cauces oportunos para reportarla, cabrá tener en cuenta su infructuoso intento de cumplir en tiempo y forma su espectro de responsabilidad como vía para desechar una comisión omisiva. Admitir lo contrario lanzaría el mensaje de que todo aquel que intente actuar en línea con su elenco de competencias pero que, por motivos ajenos a su control, falle, debería seguir haciendo frente a los resultados típicamente relevantes que se produzcan, exigiéndose una actuación por encima de sus posibilidades: de nuevo, *ultra posse nemo obligatur*. Ante ello, se suscita la relevante cuestión, sin duda meritoria de examen, de si, una vez constatada en el órgano de administración una tal voluntad de posicionamiento en un estado de ceguera o, en fin, un desentendimiento respecto aquellos asuntos de relevancia penal que demandan de su impostergable atención, el CO debería acudir hasta las autoridades con el objeto de promover la persecución de la infracción penal. Sobre ello nos ocuparemos detenidamente en otra parte de este trabajo¹¹³⁵.

4. La omisa evitación de los eventos delictivos por el *compliance officer* con competencias ejecutivas

4.1. El *compliance officer* con competencias ejecutivas como responsable por omisión de aquellos hechos con trascendencia penal no impedidos

Huelga dejar constancia nuevamente de que, a día de hoy, en España la función de cumplimiento, al menos en parte, no tendría por qué circunscribirse a un perfil estrictamente auxiliar o de apoyo al órgano de administración en la prevención de la delincuencia de empresa, independientemente de que un buen número de autores piensen que ésta es la modalidad de configuración acertada o, cuanto menos, la más habitual en la práctica¹¹³⁶. Las organizaciones de nuestro país están plenamente facultadas para dotarle asimismo de competencias ejecutivas, pudiendo ser éstas competencias de mando y sanción *ad intra*, limitadas, eso sí, a los comportamientos

¹¹³⁵ Vid. Capítulo IV. Apartado 5.

¹¹³⁶ ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“*compliance officer*”) ante el Derecho penal”, pág. 321. GÓMEZ-JARA, C: “La responsabilidad penal del *compliance officer*”, pág. 5. GALLEGO SOLER, J.I: “Criminal compliance y proceso penal...”, págs. 219-220. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, págs. 219-220. SILVA SÁNCHEZ, J.M: “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, pág. 99. GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, pág. 107.

típicamente relevantes de aquellos empleados que esencialmente compondrían la segunda vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, o bien competencias *ad extra*, basadas en la terminación de las relaciones comerciales con terceras partes¹¹³⁷.

Cuando esto ocurre evidentemente el alcance del compromiso de garante acogido por aquel CO articulado como primera línea de defensa en la gestión de riesgos ya no se hallaría circunscrito al deber de acopiar, filtrar y reportar una información particularmente útil y decisiva de cara a una intervención ulterior del órgano de administración. Su responsabilidad sería mucho más intensa. Pues, una vez advertida una conducta típicamente relevante, el CO, en lugar de elevar un informe al órgano de administración con tal de poner en su conocimiento este suceso, debería conjurar *motu proprio* su materialización, contando con facultades directas precisas para ello. Conforme a lo desarrollado, da la sensación de que la función de cumplimiento configurada en el sentido descrito guardaría una estrecha similitud con el *status* ocupado por los integrantes del órgano de administración en lo tocante a sus competencias de vigilancia y control sobre los comportamientos potencialmente criminógenos ajenos¹¹³⁸.

Vistas las cosas así, pienso que si el CO con competencias ejecutivas omite conjurar un delito ajeno, bien personalmente, bien por medio de la emisión de órdenes de obligado acatamiento, su conducta sería apta para integrar una autoría omisiva¹¹³⁹. Es éste, al fin y al cabo, quien asumiría el compromiso de controlar directamente el curso de riesgo principal, debiendo, por tanto, evitar una posible materialización del resultado típico. Valga recordar que, aunque el hecho penal que se haya omitido impedir pertenezca a un tercero plenamente autorresponsable, ello, a mi entender, no constituiría escollo alguno contra la sanción penal del CO de acuerdo con el título de responsabilidad que aquí se

¹¹³⁷ Vid. Capítulo II. Apartado 5.1.

¹¹³⁸ Lo advierte asimismo ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”, pág. 328.

¹¹³⁹ De esta opinión, BOLEA BARDON, C: “Deberes del administrador y prácticas de kick-back”, pág. 24. BERMEJO, M. G; PALERMO, O: “La intervención delictiva del *compliance officer*”, pág. 201, nota a pie de página n° 70. GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, pág. 136. RANSIEK, A: “Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers”, pág. 152.

estima adecuado al ser su injusto penal plenamente autónomo y divergente a aquel imputable al autor activo¹¹⁴⁰.

Pese a las consideraciones hechas, extraña será la vez en la que el CO con competencias ejecutivas acabe por ser finalmente receptor de una pena con arreglo a este título de intervención delictiva:

De entrada, no habría cabida para una responsabilidad penal como autor omisivo sino sólo como partícipe necesario por omisión allá donde concurren ciertos óbices legales en el tipo penal que excluyan la posibilidad de apreciar este título de responsabilidad. Me refiero a un delito especial como el fraude fiscal o a un delito de mera actividad como el tráfico de influencias, por ejemplo¹¹⁴¹.

Igualmente existirían significativas dificultades para punir al CO en virtud de este título de responsabilidad cuando la transgresión de su compromiso de garante ocurra fruto de un comportamiento negligente. Sirva como ejemplo el caso siguiente: debido a un ejercicio defectuoso de sus deberes de vigilancia y control (pongamos por caso, una comprobación irregular y poco exhaustiva de las denuncias canalizadas por la línea de *whistleblowing*), el CO de una entidad crediticia no se percató de que un empleado de una sucursal bancaria está autorizando una serie de transacciones sospechosas de blanqueo de capitales sin antes satisfacer los preceptivos procedimientos de identificación del cliente, razón por la cual, omite evitar esa concreta realización delictiva. O bien, considérese una alternativa distinta al caso previamente sugerido: el CO reacciona contra el ilícito penal perpetrado por el trabajador infractor del ejemplo anterior, si bien mediante una intervención sumamente insuficiente, al optar por una vía de resolución del conflicto antijurídico con escasas perspectivas de éxito para impedir que el riesgo jurídico-penalmente siga su curso. En lugar de ordenar al departamento de recursos humanos apartarle de su puesto de trabajo por medio de la apertura de un expediente disciplinario, el CO adopta la decisión de remitirle meramente una carta de advertencia en la que se reflejan los hechos descubiertos y se le notifica formalmente que la corporación no volverá a tolerar esta clase de comportamientos, medida ésta que,

¹¹⁴⁰ Vid. Capítulo III. Apartado 4.2.2.

¹¹⁴¹ Vid. Capítulo III. Apartado 4.3.2.

por supuesto, no consigue impedir que el trabajador prosiga con sus actuaciones contrarias a Derecho.

De darse las circunstancias previamente reproducidas, no pasa inadvertido que las posibilidades de castigar al CO como autor omisivo imprudente disminuirían considerablemente, toda vez que su comportamiento contrario al deber objetivo de cuidado yacería, por lo general, impune en aquellos delitos faltos de una modalidad imprudente para el comportamiento típico de referencia (artículo 12 CP), salvo por contadas excepciones contempladas en el articulado penal (por ejemplo, el delito de blanqueo de capitales) cuya vasta mayoría demanda, además, la infracción del deber de cuidado más elemental a observar (imprudencia grave)¹¹⁴².

Para terminar, tampoco puede descartarse del abanico de hipótesis imaginables que el comportamiento de referencia que el CO con competencias ejecutivas haya de evitar sea una conducta de participación en vez de una conducta de autoría, tal como ocurriría a propósito de la intervención de los miembros de la organización en un esquema de fraude carrusel de IVA¹¹⁴³. En ese caso, al CO únicamente se le podría imponer una pena en calidad de partícipe omisivo, toda vez que su omisión supondría esencialmente permitir que la conducta del partícipe activo que tenía que controlar acabe por favorecer el hecho penal del autor principal¹¹⁴⁴.

Sentadas estas bases, resulta legítimo preguntarse qué grado de responsabilidad penal afrontaría el órgano de administración por aquellos eventos contrarios a Derecho finalmente no impedidos. Pues no pasa desapercibido que en contextos como los descritos el CO dotado de competencias ejecutivas ya poseería competencias suficientes no sólo para hacerse con la información que le interesa conocer sino también para adoptar aquellas medidas correctivas contra el delito estimadas como más oportunas a fin de conjurarlo. Lo más razonable es que el órgano de administración sea sancionado como partícipe por omisión si queda probada la infracción dolosa o imprudente de aquellos deberes residuales de garante que tenía que seguir satisfaciendo con posterioridad a la delegación de competencias operada o bien cuando desatienda los

¹¹⁴² Vid. Capítulo III. Apartado 9.2.4.

¹¹⁴³ Vid. Capítulo IV. Apartado 2.2.1.

¹¹⁴⁴ Vid. Capítulo III. Apartado 4.3.1.

indicios que recabe sobre la incorrección del CO una vez situado en una condición apta para confiar en la correcta actuación de este último. Y ello porque el órgano de administración propiamente dejaría de retener la competencia jurídica de control directo del curso de riesgo, quedando su posición limitada a instar al CO a que sea éste quien lo neutralice en vista al tipo de delegación operada¹¹⁴⁵.

Poniendo en conexión todo lo antedicho, tengo la impresión de que la legítima alternativa de incorporar en la organización un CO con competencias ejecutivas adolecería de una seria desventaja político-criminal: el alto peligro en la *praxis*, una vez seleccionado un CO capaz y dotado de la suficiente autonomía, de que se dé el fenómeno del *risk shifting* en un ámbito competencial que inicialmente le pertenece al órgano de administración. Dado que la posición de deber CO ya habría sido articulada de una forma tal como para tener que controlar aquellos cursos de riesgo lesivos para bienes jurídicos protegidos detectados, la probabilidad de que el órgano de administración se desentienda de aquellos asuntos de trascendencia penal que deberían seguir incumbiéndole con posterioridad al acto de delegación de competencias sería notablemente superior en comparación a aquellos otros casos en los que el CO desprovisto de competencias ejecutivas deba acudir hasta él a fin de que se adopten las decisiones pertinentes para impedir la materialización del injusto penal. Aunque este desligamiento evidentemente no escudará al órgano de administración de responsabilidad por tratarse de una flagrante dejación de sus deberes de garantía residuales, la calificación de su aportación material resultará apreciablemente secundaria en comparación a cuando sea éste quien haya de neutralizar directamente el curso lesivo.

4.2. ¿Puede ser considerado el *compliance officer* con competencias ejecutivas un administrador de hecho?

Cuando principalmente en organizaciones de dimensiones reducidas la función de cumplimiento es encarnada por quien, a su vez, ejerce formal y materialmente el rol de representar a la empresa y gestionar genéricamente su actividad social, parece incuestionable que el CO de la compañía acabaría por personificar en la corporación la

¹¹⁴⁵ En este sentido, con carácter general, SILVA SÁNCHEZ, J. M: “La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración...”, pág. 47.

condición de administrador de Derecho¹¹⁴⁶ fruto estrictamente de la fusión de roles operada. Ante ello, cabría extenderle sin problemas la cláusula de actuar por otro del artículo 31 CP con miras a transferirle la calificación de autor para aquellos tipos penales que presentan restricciones en sede de autoría, a saber, los delitos especiales (por ejemplo, el fraude fiscal o las insolvencias punibles).

Ahora bien, ¿qué ocurriría si, habiéndose repartido estos cometidos en sujetos distintos, al CO se le asignan competencias de mando e instrucción en el marco de la vigilancia y control de comportamientos antijurídicos? ¿Cabría entender que el CO con competencias ejecutivas puede ser calificado como administrador de hecho debido al presunto paralelismo concurrente en este campo entre su *status* y la posición jurídica de aquellos que ostentan competencias de dirección y organización en la compañía a fin de poder reconducirle la aplicación de la cláusula de actuar por otro del artículo 31 CP¹¹⁴⁷?¹¹⁴⁸ Todo depende de la noción de administrador de hecho de la que se parta¹¹⁴⁹.

Tradicionalmente el concepto de administrador de hecho nace en el seno del ordenamiento jurídico mercantil¹¹⁵⁰ a fin de colmar eventuales lagunas de responsabilidad social frente aquellos que ejercen materialmente en la empresa funciones de gestión y representación, si bien faltándoles colmar algún requisito formal cuya concurrencia el Derecho Mercantil reclama a efectos de validar su eficaz nombramiento (por ejemplo, el nombramiento del administrador no se ha inscrito en el

¹¹⁴⁶ Con más exhaustividad, sobre la figura del administrador de Derecho, vid. FERNÁNDEZ BAUTISTA, S: *El administrador de hecho y de derecho...*, págs. 277 y ss. GALLEGO SOLER, J. I: “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en el Derecho Penal”. En CORCOY BIDASOLO, M., (dir.): *Derecho Penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2002, págs. 147-176, págs. 153-154.

¹¹⁴⁷ Saca a colación este controvertido asunto JUANES PACES, A., (dir.): *Memento Experto. Compliance Penal*, pág. 24, Nm. 152.

¹¹⁴⁸ Otra cuestión digna de estudio es la de si el CO podría integrarse en las figuras del representante legal o el representante orgánico igualmente contempladas en el artículo 31 CP. En principio, no existiría base para concebir tal encuadre, a no ser que la función de cumplimiento sea configurada de un modo tal que lo permita. Piénsese que el concepto de representante legal está pensado para aquellos sujetos que por disposición legal expresa están facultados para representar a la sociedad, siendo estos, en línea con lo dispuesto por el artículo 233 LSC, el administrador social (consejo de administración, administrador único, etc.) así como sus delegados mercantiles (consejero delegado e integrantes de la comisión ejecutiva). La variante de la representación voluntaria se extiende, en cambio, a los apoderados, a saber, quienes por la concesión de un poder son capaces de actuar en nombre y por cuenta de la persona jurídica. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, págs. 185-186.

¹¹⁴⁹ En las siguientes líneas me ceñiré a revisar el concepto de administrador de hecho desde una óptica estrictamente abstracta.

¹¹⁵⁰ Vid. FERNÁNDEZ BAUTISTA, S: *El administrador de hecho y de derecho...*, págs. 308 y ss. GALLEGO SOLER, J. I: “El concepto de administrador de hecho...”, pág. 151.

Registro Mercantil) o bien incurriendo en alguna clase de irregularidad (por ejemplo, el administrador sigue ejerciendo su cargo pese a haber superado el plazo máximo de mandato). Ésta sería, digámoslo así, la interpretación más restrictiva de la noción de administrador de hecho¹¹⁵¹.

Pero una tal corriente de pensamiento de base formalista, hoy por hoy, ha conseguido ser superada con creces por el Derecho Mercantil a fin de abarcar otros supuestos de administración material de denotada relevancia. Sin ir más lejos, la propia LSC ya no se limita a señalar la existencia del administrador de hecho sino que, más allá de eso, define sus contornos en el artículo 236.3 LSC. Concretamente en este precepto se establece que “tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”. Es decir, el legislador mercantil ha reconocido no sólo al administrador de hecho notorio que se presenta como tal ante terceros sino también al administrador de hecho oculto, tanto en la variante de quien actúa de cara al exterior bajo otra apariencia (delegado, apoderado, etc.) como la de aquel que permanece en la sombra pero ejerce una notable influencia en la gestión de la sociedad (aquí entraría en consideración el paradigmático caso del administrador de derecho que actúa como mero testaferro bajo las órdenes del administrador de hecho)¹¹⁵².

Volcando ahora la mirada en el Derecho Penal, debe notarse que, en el momento en que el legislador español plasmó expresamente la figura de administrador de hecho de la mano de la reforma del CP de 1995 tanto en el marco de la cláusula de actuar por otro (artículo 31 CP) como en una serie de delitos societarios (por ejemplo, el delito de falseamiento de las cuentas anuales previsto en el artículo 290 CP), surgió la trascendente cuestión de si el concepto jurídico-penal de administrador de hecho debía coincidir necesariamente con el propiciado en la esfera mercantil (el inicialmente restrictivo) o bien si, en su caso, podía ir más allá a efectos de englobar otros casos igual

¹¹⁵¹ Se trataría, en otras palabras, del núcleo claro de significación de este concepto. Cfr. GARCÍA CAVERO, P: *La responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa...*, págs. 110, 112-116.

¹¹⁵² En más detalle, vid. FERNÁNDEZ BAUTISTA, S: *El administrador de hecho y de derecho...*, págs. 308-311.

de problemáticos¹¹⁵³. La doctrina ha admitido que por su autonomía el Derecho Penal está plenamente facultado para hacer suyas nociones que no tienen por qué corresponderse con las definidas en otras disciplinas jurídicas¹¹⁵⁴, de modo que semejante reflexión cabría extrapolarla perfectamente a la discusión relativa al concepto de administrador de hecho¹¹⁵⁵. De idéntica forma se ha operado con otras nociones jurídico-penales como, por ejemplo, la de funcionario público (artículo 24 CP), cuyos contornos son más amplios que los definidos por la concepción jurídico-administrativa¹¹⁵⁶. El principal punto de controversia ha radicado, por lo que alcanzo a ver, en cuanto extensible puede llegar a ser la noción de administrador de hecho a ojos del Derecho Penal.

No son pocas las voces en la doctrina que, a fin de colmar importantes espacios de impunidad, se han alzado a favor de adoptar un concepto especialmente laxo de administrador de hecho ligado a la idea rectora de posesión de un dominio social típico sobre la actividad de la persona jurídica¹¹⁵⁷, en los términos asentados por GRACIA MARTÍN¹¹⁵⁸. Ante la discrepancia de opiniones y distintos matices trazados dentro de este mismo sector de pensamiento, creo que merece la pena destacar, por su especial amplitud, la postura de SILVA SÁNCHEZ, quien, asumiendo como plenamente válido dicho criterio, entiende que, a efectos de atribuir el *status* de administrador de hecho, no sería imprescindible ni el reconocimiento externo o interno ni una posición duradera o temporal sino que bastaría con un dominio típico, esto es, una capacidad decisoria

¹¹⁵³ Ante el notable ensanche que el Derecho Mercantil ha operado sobre los extremos de la noción de administrador de hecho, me parece que esta discusión ha perdido, en la actualidad, su razón de ser. Como se verá, el concepto jurídico-penal y el concepto jurídico-mercantil han avanzando cada vez más hacia un punto de práctica coincidencia material.

¹¹⁵⁴ Según ha expresado con meridiana claridad GIMBERNAT ORDEIG, “ninguna rama jurídica le determina al Derecho Penal qué es lo que ha de sancionar, cómo lo ha de sancionar y qué conceptos debe emplear. Aquí el Derecho Penal tiene plena independencia”. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E: *Concepto y método de la ciencia penal*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 26.

¹¹⁵⁵ De esta opinión, entre otros, FERNÁNDEZ BAUTISTA, S: *El administrador de hecho y de derecho...*, págs. 312-314. GALLEGU SOLER, J. I: “El concepto de administrador de hecho...”, pág. 159. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 10, nº 83, 2014, págs. 15-38, pág. 24. HERRERA GUERRERO, M: “El sujeto activo en el delito de administración desleal”, *Diario la Ley*, nº 7460, 2010, págs. 1-13, pág. 6.

¹¹⁵⁶ Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Delitos contra la Administración Pública”. En SILVA SÁNCHEZ, J. M., (dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, Atelier, Barcelona, págs. 367-398, pág. 369.

¹¹⁵⁷ Así, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, pág. 178. GALLEGU SOLER, J. I: “El concepto de administrador de hecho...”, pág. 165. HERRERA GUERRERO, M: “El sujeto activo en el delito de administración desleal”, págs. 9-10.

¹¹⁵⁸ Vid. GRACIA MARTÍN, L: *El actuar en lugar de otro en derecho penal. Vol. 1*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985, págs. 350 y ss.

genérica en la organización o específica dentro del ámbito donde se produjo la lesión del bien jurídico^{1159 1160}.

Estoy de acuerdo en que reviste poca trascendencia que los miembros de la empresa o bien terceros vinculados de algún modo con la misma reconozcan a alguien como administrador de la compañía en la medida en que sea éste el artífice de las decisiones que se adopten¹¹⁶¹, de tal modo que, así, se evitaría que quedaran fuera las distintas variantes de la importante proyección del administrador de hecho opaco carente de toda publicidad material. No obstante, debo disentir con la excesiva amplitud con la que opera una definición tan amplia en relación con los otros ítems configuradores de esta noción por acabar incurriendo en una intolerable analogía *in malam partem*¹¹⁶², al extender en demasía el significado de semejante concepto, hasta el punto de desnaturalizarlo. Si bien tal vez los propósitos político-criminales perseguidos sean del todo loables, el camino transitado es, a mi parecer, insatisfactorio. Enjuicio conveniente adoptar en esta sede una concepción material pero, en cualquier caso, un tanto más restrictiva.

Para merecer el etiquetamiento de administrador de hecho no basta con realizar de forma espontánea, puntual o aislada una tarea de gestión social y dirección de la empresa. Hay que exigir cierta continuidad en el tiempo o habitualidad en el ejercicio de semejante función¹¹⁶³. Tampoco comparto, desde una esencial óptica funcional, que sea suficiente la detentación de ciertos poderes de decisión en un ámbito concreto de la organización. La noción de administrador de hecho debería quedar circunscrita a

¹¹⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, pág. 178.

¹¹⁶⁰ Soy consciente de que SILVA SÁNCHEZ distingue entre el problema del administrador de hecho extra-estructural y el del administrador de hecho intra-estructural. La definición reproducida pertenecería, según entiendo, a la primera clase referida. Debe advertirse, aun así, que en relación con el administrador de hecho infra-estructural este autor adopta una concepción igual de amplia, articulada asimismo sobre la base del concepto de dominio social típico. Por esa razón, no ve problemas en integrar en semejante noción, por ejemplo, a los altos directivos, no obstante, para ello, la existencia de una relación laboral caracterizada por los consiguientes elementos de dependencia y ajenidad. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, págs. 174 y ss.

¹¹⁶¹ En este sentido, FERNÁNDEZ BAUTISTA, S: “Concepto y responsabilidad de administrador y directivos”. En CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 58-61, pág. 61.

¹¹⁶² Cree, en cambio, que no se incurriría en una analogía en contra de reo SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, pág. 178.

¹¹⁶³ De esta opinión, GALLEGO SOLER, J. I: “El concepto de administrador de hecho...”, pág. 168. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria...”, pág. 24.

quienes *de facto* desempeñen el conjunto o, cuanto menos, gran parte de las competencias que caracterizan el cargo de administrador¹¹⁶⁴. Sólo de este modo cobra sentido la atribución de semejante catalogación a aquella persona que asume en términos materiales el ejercicio de una actividad idéntica a la desempeñada por el administrador de derecho. En el momento en el que el Derecho Penal pretende tildar como administradores de hecho a aquellos que ni ocupan una posición de preeminencia en la empresa ni disponen de más capacidad decisoria que la otorgada exclusivamente para un concreto sector competencial determinado, los contornos de este concepto jurídico empiezan a difuminarse peligrosamente. Y máxime cuando en la corporación ya resulta identificable alguien que tanto formal como materialmente realiza abierta y efectivamente las facultades de gestión social y representación en la empresa.

A la luz de lo expuesto, estimo como comparativamente más atinada la actualizada definición aportada por nuestro TS en la reveladora STS de 25 de junio de 2010 (RJ 2010/7169) tras un trayecto interpretativo que, en absoluto, ha permanecido uniforme a lo largo de los años¹¹⁶⁵. En este pronunciamiento judicial la Sala II es clara cuando manifiesta que la transferencia operada por el artículo 31 CP evita el riesgo de impunidad de quienes, eludiendo la investidura formal, deciden de hecho la actuación de la persona jurídica, bien en ausencia de administradores formales, bien porque existiendo estos influyen decisivamente sobre los mismos. Sobre esa base, no sorprende que el TS reconozca abiertamente la condición de administradores de hecho a aquellos que, habiendo ostentado formalmente el cargo, son privados de éste por nulidad de la designación o finalización del mandato si, de hecho, siguen ejerciendo las mismas atribuciones. Pero el verdadero aspecto de interés en esta sede se suscita cuando el TS añade como pautas fundamentales del *status* de administrador de hecho, tomando como base la ausencia de un previo nombramiento o designación y el ejercicio de las funciones propias de este cargo, su autonomía o independencia así como la duración en el tiempo en el ejercicio de esta función. De ahí que la Sala II matice que obstará a dicha consideración la existencia de administradores formales que efectivamente

¹¹⁶⁴ Anuda al administrador de hecho el ejercicio fáctico y autónomo de las facultades y deberes propios del cargo de administrador RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: "Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal", *ADPCP*, Vol. 49, Fasc. 2, 1996, págs. 425-471, págs. 460-461.

¹¹⁶⁵ Ofrece un elaborado examen de la evolución de la postura del TS ASTARLOA, E: "¿Por fin un concepto unívoco de administrador de hecho en Derecho penal y Derecho societario?", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº extra 1, 2011, págs. 60-67, págs. 63-65.

desempeñen su función con autoridad sobre los gestores, pese a no excluirse una concurrencia de responsabilidades si ambos, administradores de derecho y de hecho, actúan en colaboración sin jerarquía en su relación.

Adviértase que la noción jurídico-penal propuesta por la Sala II del TS coincide, en lo fundamental, con la concepción jurídico-mercantil desplegada recientemente por la Sala I. En efecto, la Sala I del TS en STS de 22 de julio de 2015 (RJ 2015/3512) ha expresado, en un sentido análogo, que “la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se articula a partir de tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad”. Por fin parece que la jurisprudencia ha conseguido consensuar un concepto unitario de administrador de hecho válido tanto para el Derecho Penal como para el Derecho Mercantil¹¹⁶⁶.

Asumiendo como válida la interpretación reproducida, todo apunta a que no sería atinado encuadrar al CO con competencias ejecutivas en la categoría de administrador de hecho¹¹⁶⁷. Bien es cierto que esta figura cuenta con una serie de competencias de vigilancia y control que han sido objeto de delegación por el órgano de administración. Aparte, en el ejercicio de su profesión, marcada por una cierta vocación de permanencia, el CO goza de algunas notas de independencia y autonomía en razón de su cargo¹¹⁶⁸, por mucho de que en la *praxis* exista alguna que otra traba que dificulte su debida operatividad. Pese a todo, el CO ni convoca la junta general, ni formula sus cuentas anuales ni ejerce, en definitiva, cualquiera otra tarea más de gestión social y

¹¹⁶⁶ En este sentido, ASTARLOA, E: “¿Por fin un concepto unívoco de administrador de hecho en Derecho penal y Derecho societario?”, *passim*. Concluye asimismo que la concepción penal de administrador de hecho parece acomodarse cada vez más a la reflejada en el ordenamiento jurídico-mercantil FERNÁNDEZ BAUTISTA, S: “Concepto y responsabilidad de administrador y directivos”, pág. 61.

¹¹⁶⁷ Cree que es dudoso que la solución del CO como administrador de hecho sea respetuosa con el principio de legalidad y no suponga incurrir en una analogía *in malam partem* GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales...*, pág. 141.

¹¹⁶⁸ Vid. Capítulo I. Apartados 4.1 y 4.3.

representación habitualmente asignable a un administrador social, independientemente de que posea unas notables aunque limitadas funciones de mando y decisión en su demarcado campo de actuación. No es otro más que su superior jerárquico, el órgano de administración, quien se encarga formal y materialmente de estos cometidos, sin perjuicio de que esté capacitado para delegar alguno de ellos en otros cargos subordinados, con la excepción de aquellos considerados indelegables conforme a la legislación societaria. Es por ello que percibo que tildar al CO con competencias ejecutivas como administrador de hecho sería incorrecto. A fin de cuentas, quien con plenitud real dirige y controla con efectos internos y externos la empresa y encarna el “alma del negocio”¹¹⁶⁹ es el órgano de administración.

5. La omisión de la interposición de una denuncia externa ante las autoridades

5.1. La inexistencia de un deber jurídico reforzado de denuncia en el *compliance officer*

Pongamos por caso que gracias a una investigación interna recientemente ejecutada se descubre que el director comercial de la organización está autorizando la importación de mercancías de lícito comercio por valor de más de 150.000 euros sin ser presentadas para su despacho en las oficinas de aduanas, conducta ésta constitutiva de un delito de contrabando con arreglo al artículo 2.1 a) de la LO 12/1995 de 12 de diciembre de Represión del Contrabando. ¿Cuál es la iniciativa que debería emprender el CO de esta compañía? En principio, la usual: informar a su superior, el órgano de administración. Por lo pronto, pareciese que siguiendo este camino se acabarían sus quebraderos de cabeza. Y así debería ser si la respuesta que obtiene se corresponde con una reacción inmediata y consecuente contra el ilícito penal alertado. Pero esto no siempre ocurrirá. Una de las mayores contiendas que le tocará vivir al CO será la de decidir qué hacer en aquellas situaciones en las que, encontrándose desprovisto de funciones ejecutivas para poner remedio a la situación de incumplimiento, obtenga una omisa o deficiente respuesta de la dirección de la empresa por querer tolerar el ilícito penal, dándose por

¹¹⁶⁹ Esta expresión la utiliza SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, pág. 177.

concluido el proceso regular de reporte de forma infructuosa¹¹⁷⁰. Y aún puede que las cosas se compliquen con creces si es que resulta que el delito descubierto por el CO es imputable a alguno de los integrantes del órgano de administración¹¹⁷¹.

¿Podemos presumir en esta clase de sucesos, sin duda excepcionales pero no por ello imposibles, que el CMS de la entidad es ineficaz tal como lo sugiere el Apartado 5.6., de la CFGE 1/2016¹¹⁷² y, en un mismo sentido, las USSG^{1173 1174}? Parafraseando a ORTIZ DE URBINA GIMENO: “Sin duda alguna, el hecho de que una persona física con poder de dirección en una persona jurídica cometa un delito es un indicio de que algo no va bien en dicha persona jurídica. Pero no se puede excluir que se trate de un hecho aislado e imprevisible en el seno de una persona jurídica bien organizada”¹¹⁷⁵. Es decir, coyunturas como las descritas permiten presumir que seguramente algún componente del CMS está fallando. Sin embargo, ello no tendría por qué cerrar de lleno la posibilidad de demostrar lo contrario. Una vez más, nos vemos abocados a emplear un análisis eminentemente casuístico. No cabe duda de que en aquellas situaciones, que me atrevería a tildar de excepcionales, en las que fueran los máximos miembros de la gestión social de la entidad quienes promoviesen, tolerasen o se viesen involucrados en prácticas contrarias a Derecho, el CMS de la organización poseería nulas perspectivas de éxito. En cambio, tengo serias dudas de que quepa otorgar idéntica respuesta si, a pesar de haberse implantado un CMS sólido y consistente, solo uno de los administradores delinque de forma puntual. Y qué decir de aquellas otras situaciones en las que, existiendo un órgano de administración con una mayoría comprometida con el Derecho, es solo uno o bien un número reducido de sus miembros quienes transgreden la legalidad.

¹¹⁷⁰ Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, pág. 230.

¹¹⁷¹ Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, págs. 228-229.

¹¹⁷² Se dice: “la responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores o un alto directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa, de tal modo que los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz si un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito”.

¹¹⁷³ Vid. *Chapter VIII USSG (noviembre 2015)*, § 8C2.5 (f) 3.B.

¹¹⁷⁴ La presunción de inoperatividad del CMS contemplada por las USSG es *iuris tantum (rebuttable presumption)* no *iuris et de iure*. Es decir, se admite que la persona jurídica aporte prueba en contrario para desvirtuarla. Si bien la CFGE 1/2016 no explicita la naturaleza de semejante presunción, como veremos, parece que seguir la estela de la experiencia norteamericana sería lo más sensato.

¹¹⁷⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Sanciones penales contra empresas en España...”, pág. 279.

Sea como fuere, creo que, frente al riesgo más o menos serio de que los máximos responsables de la gestión social, en algún momento, lleguen a tolerar o incluso intervenir activamente en un delito, deberíamos someter a debate si el órgano de administración realmente representa la instancia más apropiada a la que el CO tendría que remitir su informe y reflexionar, en caso de ofrecer una respuesta negativa, quién debería postularse, entonces, como receptor de las denuncias cursadas. Seguramente, si solamente uno o algunos de los administradores sociales de la corporación actúa en un sentido antijurídico, bastaría con que el CO alertase al resto, siempre y cuando estos estuviesen suficientemente capacitados como para impedir el injusto penal. Lo que ocurre es que esta solución deja sin respuesta casos más extremos, como cuando el órgano de administración en conjunto delinque o permite la comisión de hechos antijurídicos ajenos. Ante ello, dada la inexistencia en España de un organismo independiente de supervisión y control ajeno a la dirección corporativa a lo *Aufsichtsrat* alemán, la gama de soluciones podrá resultar tan variada como divergentes sean entre sí las estructuras organizativas de los diferentes tipos de empresas operativas en el mercado. Considérense un par de alternativas aplicables principalmente a organizaciones de grandes dimensiones que tal vez puedan aportar cierto remedio a las conflictivas colisiones de intereses reproducidas:

(a) Mantener el reporte directo con el órgano de administración, si bien únicamente con los consejeros independientes¹¹⁷⁶: al fin y al cabo, estos, a diferencia de los consejeros dominicales, ni defienden los intereses particulares de los accionistas mayoritarios, sino, antes bien, los del conjunto del accionariado; ni tampoco, en contraposición a los consejeros ejecutivos, participan en la gestión diaria de la empresa. Particularmente, para aquellas sociedades cotizadas en las que el presidente del consejo de administración ostente la condición de consejero ejecutivo, podría cobrar especial relevancia en el proceso de reporte la figura de obligatoria inserción del consejero independiente coordinador (artículo 529 septies LSC) debido a sus facultades de coordinación, supervisión y solicitud de inclusión de nuevos puntos en el orden del día de las reuniones del consejo ya convocadas.

¹¹⁷⁶ Vid. CASANOVAS YSLA, A: “Test nº 1...”, pág. 10.

(b) Reportar a un organismo distinto al de dirección, como la comisión de auditoría¹¹⁷⁷: creo que este organismo gozaría de unas características idóneas (mayoría de consejeros independientes, conocimientos en gestión de riesgos, funciones de supervisión en control interno, etc.) para designarla receptora de los informes de cumplimiento del CO, especialmente cuando sea detectada una situación de conflicto de intereses en el consejo de administración que ponga en tela de juicio su neutralidad en la gestión del asunto.

Continuando con la problemática que evoca el régimen de reporte expuesto, convendría reflexionar acerca de cuál debería ser el plan de intervención del CO cuando el órgano de administración permanezca impávido u omite tomar medidas adecuadas frente al informe cursado. Denunciar los hechos a las autoridades podría representar un exitoso camino a transitar. Pero la sola propuesta de esta vía de resolución del conflicto antijurídico nos obliga a formular otro trascendente interrogante más. A saber, ¿pesa sobre el CO un deber reforzado de denuncia anudado a específicas consecuencias sancionatorias o bien solamente aquel deber positivo-general predicable respecto al resto de ciudadanos?

Llegados a este punto vale la pena recordar que el fundamento de la responsabilidad penal por omisión del CO reside en el previo ejercicio de su libertad de organización jurídicamente garantizada con tal de abarcar el control de un determinado curso de riesgo, en mayor o menos extensión según el perfil encarnado, no en una suerte de competencia institucional¹¹⁷⁸. El CO no es más que un empleado de alto nivel que, en virtud de su contrato de trabajo, ejerce en aquella corporación que ha optado por incorporarlo una labor de estricto corte privado vinculada, en términos genéricos, con la prevención delictiva. Su posición jurídica reviste, consiguientemente, una naturaleza empresarial, no jurídico-pública¹¹⁷⁹. Luego, puede decirse, sin atisbo de duda, que, en el curso de su profesión, el CO no ocupa una posición de representación del Estado respecto al cumplimiento de su fundamental cometido de impedir hechos antijurídicos

¹¹⁷⁷ Coincide con el sistema de reporte previsto para los auditores internos norteamericanos en la *Section 204* de la *SOX*.

¹¹⁷⁸ Vid. Capítulo III. Apartados 3.1.2. y 3.2.3.

¹¹⁷⁹ ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”, pág. 326. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer...*”, pág. 229. PRITTWITZ, C: “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*”, pág. 214. BÜRKLE, J: “Grenzen der strafrechtlichen Garantenstellung des Compliance-Officers”, págs. 10-11. BEULKE, W: “Der “Compliance Officer” als Aufsichtsgarant?...”, pág. 27.

como parte fundamental de su deber de protección ciudadana sino que, antes bien, ese *status* le corresponde principalmente a los agentes de policía¹¹⁸⁰. No es por ello de extrañar que estos asuman en nuestro ordenamiento jurídico un deber positivo-especial ex artículo 408 CP de promover la persecución de aquellos actos delictivos, cualesquiera que sean estos, sobre cuya comisión hayan obtenido noticia. En concreto, este tipo penal castiga a aquel funcionario o agente de la autoridad que omita dar *notitia criminis* de aquellos hechos delictivos sobre los que haya obtenido noticia, sin que sea necesario obtener una certeza de que la actividad es constitutiva de un crimen punible con todos sus elementos jurídicos, bastando con detectar en ella indicios de criminalidad¹¹⁸¹.

Ni siquiera resultaría atinado equiparar el *status* del CO con el de aquellas figuras profesionales sobre las que el Estado ha hecho recaer por cuestiones político-criminales deberes administrativos de colaboración¹¹⁸². Ejemplo de este grupo de sujetos podría ser la figura del director de seguridad en tanto experto técnico habilitado por el Ministerio del Interior¹¹⁸³ a quien se le atribuye la máxima responsabilidad en la organización, dirección y gestión de los servicios de seguridad privada en aquellas compañías en las que se haya instituido obligatoria (artículo 96 RSPriv) o voluntariamente (artículo 115 RSPriv) un departamento de Seguridad¹¹⁸⁴. Es en el marco del proceso de colaboración con los agentes de la autoridad (artículo 14.2 LSPriv) que el director de seguridad, a diferencia del CO, asume por disposición legal expresa un deber extrapenal de reportar

¹¹⁸⁰ PAWLIK, M: “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, pág. 19.

¹¹⁸¹ Así lo expresa la STS de 15 de marzo de 2012 (RJ 2012/4066). Ejemplificativamente, ha sido subsumida en este tipo penal la conducta del policía que omitió denunciar y comunicar de inmediato a otros agentes la detección de un DNI falso (STS de 2 de abril de 2009, RJ 2009/2939) o la del Guardia Civil que se deshizo de un paquete que contenía aparentemente hachís sin incoar un atestado o dar cuenta a sus superiores jerárquicos (STS 198/2012 de 15 de marzo, RJ 2012/4066).

¹¹⁸² Sobre esta estrategia político-criminal operada en el marco del blanqueo de capitales, con especial referencia al panorama concurrente en Alemania, vid. COCA VILA, I: “La posición jurídica del abogado...”, pág. 300.

¹¹⁸³ Vid. CARPIO BRIZ, D: “La olvidada relevancia de la seguridad privada...”, pág. 132.

¹¹⁸⁴ Sin ir más lejos, existe cierta intersección entre las actividades de prevención y detección de delitos que atañen al CO y las que incumben al Director de Seguridad así como entre las disposiciones del CMS y el Plan Director de Seguridad. Y ello sin perjuicio de detectar, a su vez, algunas patentes divergencias entre la labor de uno y otro profesional. Por dar un ejemplo, el Director de Seguridad lleva a cabo actividades de autoprotección de la empresa que no competen al CO. En términos generales, acerca de la necesaria coordinación entre la esfera del *compliance* y la de la seguridad privada con tal de evitar malbaratar recursos empresariales predispuestos para fines comunes, vid. CARPIO BRIZ, D: “El Director de Seguridad en la era del *Compliance* Penal”, *Cuadernos de Seguridad*, nº 299, 2015, págs. 76-77, pág. 77. A partir de una interpretación sistemática y teleológica de los preceptos de la LSPriv y las previsiones contenidas en el CP sobre el CMS, insiste en el rol principal del Director de Seguridad en el ámbito del *compliance* a la luz de su obligación legal de prevenir delitos en la empresa EL MISMO: “La olvidada relevancia de la seguridad privada...”, págs. 131-133.

la perpetración de actos contrarios a Derecho. Así, el artículo 66.2 RSPriv, y, en un mismo sentido, el artículo 36.1 g) LSPriv, prescriben con luces y taquígrafos que los directores de seguridad “(...) deberán comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tan pronto como sea posible, cualesquiera circunstancias o informaciones relevantes para la prevención, el mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana, así como todo hecho delictivo de que tuviesen conocimiento en el ejercicio de sus funciones”¹¹⁸⁵. La trascendencia que se le otorga al cumplimiento del mentado deber es tal que la negativa a prestar auxilio o colaboración en la investigación y persecución de injustos penales, en el descubrimiento y detención de los delincuentes o en la realización de las funciones inspectoras o de control viene a ser calificada como una infracción muy grave (artículo 58.1 d) LSPriv) detonadora de sanciones gubernativas de especial severidad (artículo 61.1 LSPriv)¹¹⁸⁶.

Conforme a lo desarrollado, estamos en condiciones de concluir que el deber de denuncia que le incumbiría respetar al CO de ningún modo se correspondería con uno de tipo reforzado, sea penal o administrativo, sino que, a decir verdad, en nada diferiría respecto aquel exigible al resto de particulares¹¹⁸⁷:

Frente aquellos hechos antijurídicos de inminente comisión, de actual ejecución o incluso de los que aún quepa inferir un riesgo de continuidad delictiva debería entrar en consideración el mandato de intervención extraíble del artículo 405.2 CP, si es que el CO omite interponer una denuncia externa ante las autoridades. Sobre la base de un fundamento de solidaridad intersubjetiva, el tipo penal mentado impone a sus

¹¹⁸⁵ Este deber engarza plenamente con uno de los fines de la seguridad privada: “contribuir a garantizar la seguridad pública, a prevenir infracciones y a aportar información a los procedimientos relacionados con sus actuaciones e investigaciones” (artículo 4 b) LSPriv).

¹¹⁸⁶ Harina de otro costal es la de si el omiso reporte del delito a las autoridades por el director de seguridad podría acarrearle adicionalmente consecuencias jurídico-penales, en cuyo caso, habría que examinar en qué medida esta figura encarna o no una suerte de posición semi-institucional.

¹¹⁸⁷ De la misma opinión, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Posición de garante del compliance officer...”, pág. 183. MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance*...”, pág. 771. BÜRKLE, J: “Grenzen der strafrechtlichen Garantienstellung des Compliance-Officers”, págs. 10-11. BEULKE, W: “Der “Compliance Officer” als Aufsichtsgarant?...”, pág. 27. RÖNNAU, T; SCHNEIDER, F: “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant”, pág. 61. RAUS, N; LÜTZELER, M: “Berichtspflicht des Compliance Officers – zwischen interner Eskalation und externer Anzeige”, *CCZ*, Vol. 3, 2012, págs. 96-101, pág. 97. Justo a esta misma conclusión llega SEMLER en lo tocante al deber de denuncia de los miembros del *Aufsichtsrat*, quienes, en su opinión, sin perjuicio de satisfacer un deber general de denuncia, no harían suya labor policial alguna, razón por lo cual, estarían desprovistos de una obligación especial de interponer una denuncia penal en caso de que un miembro del órgano de administración transgreda la legalidad. Cfr. SEMLER, J: *Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats*, Heymann, Köln, 1980, pág. 70.

destinatarios – los ciudadanos – un deber positivo-general¹¹⁸⁸ consistente en impulsar la persecución de un círculo delimitado de ilícitos penales revestidos de una especial gravedad, a saber, los delitos contra la vida, integridad o salud, libertad y libertad sexual, respecto los cuales hayan obtenido próxima o actual noticia. Es decir, el artículo 405.2 CP contempla, a diferencia de la intervención inmediata, personal o mediante petición de ayuda a terceros, sin riesgo propio o ajeno, requerida por el artículo 450.1 CP¹¹⁸⁹, un deber jurídico-penal de denuncia impeditiva¹¹⁹⁰, esto es, apta para conjurar la comisión presente o futura del delito en cuestión mediante la promoción de la actuación de los agentes de la autoridad¹¹⁹¹, con independencia de que luego el delito se acabe o no por producir¹¹⁹².

Divergentes consideraciones tendrían que realizarse cuando la infracción penal a denunciar ya estuviese consumada. En ese caso al CO le resultaría extensible el deber jurídico-procesal de denuncia regulado en el artículo 262 Lecrim, puesto que lo normal es que el conocimiento sobre la comisión pretérita de un delito público haya sido canalizado a propósito del ejercicio de su función en la empresa¹¹⁹³. Tal deber difiere ciertamente respecto aquel previsto por el artículo 259 Lecrim para el resto de la ciudadanía pero solamente en el tipo de fuente a partir de la cual el sujeto al que se le dirige la obligación jurídica acopia conocimiento de la perpetración del delito público en

¹¹⁸⁸ Vid. ROBLES PLANAS, R: “Deberes positivos y negativos en derecho penal”, págs. 6-7.

¹¹⁸⁹ Vid. SOLA RECHE, E: *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Comares, Granada, 1999, págs. 68 y ss.

¹¹⁹⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer*...”, pág. 229, nota a pie de página nº 23. SOLA RECHE, E: *La omisión del deber de intervenir...*, págs. 99-103. RUBIO LARA, P. A: *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*, Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, 2003, págs. 184-185.

¹¹⁹¹ Sobre los deberes residuales de los ciudadanos con respecto a la seguridad interna colectiva y la confianza que la policía deposita en la asistencia prestada por la ciudadanía para realizar bien su trabajo, vid. MILLER, S: *Shooting to Kill. The Ethics of Police and Military Use of Lethal Force*, Oxford University Press, Oxford, 2016, págs. 93-94. Tomando como referencia la obra de PAWLIK, estima que la legitimación del deber de impedir delitos sancionado en el artículo 450 CP viene dada por la delegación del deber de protección que el Estado efectúa en la ciudadanía ante su incapacidad momentánea de cumplirlo COCA VILA, I: “Tirar a matar en cumplimiento de un deber...”, pág. 8, nota a pie de página nº 18.

¹¹⁹² Por eso mismo, puede concebirse el tipo penal del artículo 450.2 CP como un delito de mera actividad que castiga, en esencia, la mera omisión de denuncia en las circunstancias descritas. Expresa que para los tipos de omisión propia y su consumación es indiferente si después de la omisión se produce o no un resultado LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, pág. 579, Nm. 37.

¹¹⁹³ La academia procesalista ha debatido cuál es la naturaleza de esa colaboración de los particulares con la Administración de Justicia contemplada en el artículo 259 Lecrim, barajando hasta un total de tres alternativas: se trata de un deber jurídico, un deber cívico o bien una facultad postestativa cuyo ejercicio se halla en manos de los ciudadanos. Tal discusión, según creo, podría ser perfectamente extrapolable al ámbito del artículo 262 Lecrim. Por todos, vid. ORTIZ DE URBINA, I; GÓMEZ POMAR, F: *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*, Civitas, Madrid, 2005, pág. 89.

cuestión, ésta es, una de cuño profesional¹¹⁹⁴. Pero nótese que tanto el contenido material de uno y otro deber de denuncia jurídico-procesal coincide como, por otro lado, que su quebrantamiento respectivo comportaría la misma irrisoria sanción gubernativa¹¹⁹⁵, a saber, una multa de 25 a 250 pesetas (de 0,5 a 1,5 euros), circunstancia ésta, a todas luces, criticable. A fin de cuentas, el legislador ha contado con numerosas ocasiones para reformar este vetusto precepto legal, adaptarlo a nuestros tiempos e incorporar unas consecuencias jurídicas verdaderamente afflictivas¹¹⁹⁶.

5.2. ¿Denunciar u omitir?

Aclarado que el CO no soporta un deber reforzado de colaboración con el Estado superior al impuesto al común de los ciudadanos, retomemos el punto de partida: ¿cómo se supone que debería reaccionar un CO al que la dirección corporativa ha optado por ignorar? Entiendo que lo conveniente sería que el CO agotase el resto de canales internos de comunicación¹¹⁹⁷, incluida la Junta de Socios¹¹⁹⁸. Sólo en el supuesto de que, incluso así, no haya habido forma de solventar la situación de incumplimiento porque el CO únicamente se ha topado con portazos y evasivas, podría barajarse, a modo de último recurso, informar de los hechos a las autoridades, pero solamente en el grado de exigencia previamente apuntado.

De optar por denunciar, un escollo no precisamente baladí que se le podría presentar al CO serían las eventuales acciones vengativas emprendidas por los órganos de dirección con base precisamente en su acto de denuncia. ¿Y si estos toman represalias contra él, dificultando aún más su tarea y convirtiendo su vida en la empresa en un tormento, o bien, en el peor de los casos, acuerdan despedirlo?

¹¹⁹⁴ TORRES ROSELL, N: *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 73 y ss.

¹¹⁹⁵ Acerca de la naturaleza de la sanción contemplada en la Lecrim, vid. TORRES ROSELL, N: *La denuncia en el proceso penal*, págs. 55-56.

¹¹⁹⁶ Ve necesario reformar los preceptos de la Lecrim con tal de asegurar su eficacia *Ibidem*, págs. 55-56.

¹¹⁹⁷ De la misma opinión, BÜRKLE, J: "Grenzen der strafrechtlichen Garantienstellung des Compliance-Officers", págs. 10-11.

¹¹⁹⁸ La asunción de la premisa de que el CO acuda incluso hasta los propietarios del negocio cobra especial relevancia desde el momento en que la doctrina penal ha empezado a plantearse recientemente la responsabilidad por omisión de los socios. Vid. PASTOR MUÑOZ, N: "¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa?...?", *passim*.

Pues bien, en la primera coyuntura descrita, el Derecho Penal ofrecería cobijo al CO. Como es sabido, la creación en el lugar de trabajo de un clima grave de hostigamiento psicológico o hostil violatorio de la dignidad de un trabajador, concretado, por ejemplo, en continuos comentarios descalificativos, humillaciones físicas, recortes intencionados de presupuesto o asignación de trabajos impropios a su categoría, con el objeto de que abandone la empresa, encajaría perfectamente dentro del ámbito típico del delito de acoso laboral (*mobbing*) contemplado en el artículo 173.1 CP¹¹⁹⁹.

Por lo que concierne a una eventual resolución contractual asentada en la interposición de una denuncia versada sobre unos actos ilícitos previamente notificados a la empresa pero ignorados por completo, cabría barajar su calificación o bien como despido nulo o, en su caso, como improcedente. La opción inicialmente apuntada, que comportaría la readmisión inmediata del CO y el abono de los salarios dejados de percibir (artículo 55.6 ET), podría tener como base la transgresión de la denominada garantía de indemnidad (artículos 5 c) del Convenio 158 de la OIT) que protege a los trabajadores frente a conductas empresariales de represalia adoptadas frente al ejercicio de sus derechos¹²⁰⁰ siempre y cuando exista una conexión temporal entre la medida adoptada y el acceso a la Justicia¹²⁰¹. Sin embargo, parece un tanto discutible fundamentar semejante vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), puesto que el CO, a la hora de promover la persecución penal, ni vela por sus derechos personales ni defiende una causa propia. Es por eso que convendría estudiar la segunda vía de calificación, la del despido improcedente, bien porque el despido incurra en defectos de forma (en lugar de ser notificado por escrito, al CO se le despide verbalmente de un día para otro) o bien de fondo (la organización se inventa la causa que fundamenta el despido). Obtenida dicha calificación, el Derecho Laboral concedería al empresario la decisión o bien de readmitir al CO o bien de abonarle una indemnización (artículo 56 ET).

¹¹⁹⁹ FELIP I SABORIT, D; RAGUÉS I VALLÉS, R: “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”. En, SILVA SÁNCHEZ, J. M., (dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 6ª ed., 2019, págs. 115-128, págs. 118-119.

¹²⁰⁰ STC de 18 de enero de 1993 (RTC 1993/14), STC de 20 de octubre de 2008 (RTC 2008/125), STSJ de Galicia de 20 de abril de 2015 (AS 2015/867), STSJ del País Vasco de 19 de mayo de 2015 (AS 2015/1156).

¹²⁰¹ STSJ de Andalucía de 4 de abril de 2007 (JUR 2008/26788).

Lo explicado hasta ahora nos alerta en de que en sede de despido laboral parece indefectible dotar al CO de una verdadera gama de garantías que blinden su independencia en el ejercicio de sus funciones frente a este tipo de conductas vengativas. Ello conecta en buena medida con la cuestión, un tanto más genérica, de la necesidad de que el ordenamiento jurídico proporcione una protección integral al *whistleblower*, sea éste el CO o cualquier otro trabajador que tenga intención de denunciar las prácticas ilícitas de su empresa. A modo de ejemplo, cabría nombrar las siguientes líneas de amparo:

(1) Hacer extensible al CO la garantía prevista para los delegados sindicales y representantes legales de los trabajadores de ser él quien opte por la readmisión o la indemnización cuando el despido sea tildado de improcedente (artículo 56.4 ET);

(2) Abrirle, como a los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, un expediente contradictorio ante faltas graves o muy graves (artículo 68 a) ET);

(3) Trasladar a nuestro sistema aquella obligación impuesta a las sociedades cotizadas norteamericanas de emitir una comunicación a la SEC en la que se le informe acerca del despido o dimisión del auditor independiente de la compañía así como sobre la existencia de cualquier discrepancia o disputa entre éste y la empresa en los dos años previos al abandono del puesto de trabajo (*Item 4.01 of SEC Form 8-K*). Entiendo que para las empresas cotizadas españolas no sería deseable la imposición de semejante obligación de reporte frente a un organismo como la CNMV con tal de asegurar que el despido o dimisión del CO responde a causas objetivas y no, en cambio, a actitudes represivas.

La otra alternativa mentada, la de mantenerse impertérrito ante el hecho penal, realzaría asimismo en el CO una razonable preocupación, ya que, en caso de que finalmente se acabe iniciando un proceso judicial contra la persona jurídica justo con base en los hechos delictivos que omitió denunciar a la autoridades, habría que aclarar qué responsabilidad penal afrontaría este agente por su conducta.

Como precisa con mucha razón ROBLES PLANAS, “el deber termina allí donde se da cumplimiento con lo asumido”, por lo cual, continua este autor, “si una vez se ha dado

traslado a la información relevante al órgano competente para impedir el delito éste no lo impide, el responsable de cumplimiento no responderá penalmente por no haber adoptado ulteriores medidas encaminadas a que el delito no se cometiera”¹²⁰². Es decir, la omisa interposición por el CO de una denuncia externa antes las autoridades de ningún modo cabría etiquetarla como una transgresión del compromiso de control libremente asumido. Con el reporte acerca de la comisión del delito a una instancia de control superior, el órgano de administración, el CO ya colmaría con creces aquello a lo que estaba sujeto como garante. Por decirlo de otro modo, el satisfactorio cumplimiento de su compromiso de control constituiría para este profesional el punto de inflexión que le permitiría evolucionar de la garantía a la solidaridad.

Las únicas consecuencias jurídico-penales a barajar cuando el CO omita denunciar un ilícito penal antes las autoridades serían, por tanto, aquellas contempladas en el tipo penal del artículo 450.2 CP¹²⁰³. No obstante, como el ámbito material de este tipo penal aparece circunscrito a infracciones criminales que, salvo por puntuales excepciones como el tráfico ilegal de órganos (artículo 156 bis CP), la trata de seres humanos (artículo 177 bis CP) o los delitos de corrupción de menores (artículo 189 bis CP), se encuentran excluidas del ámbito del cumplimiento normativo y cuya comisión consiguientemente no desencadenaría responsabilidad penal en la persona jurídica, ya de por sí, éstas se hallarían ubicadas extramuros del radio de trabajo del CO. Dicho con otras palabras, será atípica aquella omisión de denuncia que verse sobre hechos de relevancia penal que, pese a estar abarcados en el campo preventivo, detectivo y reactivo de tareas del CO (fraude fiscal, contrabando, etc.), estén excluidos de la esfera material del artículo 450.2 CP¹²⁰⁴.

¹²⁰² ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”, pág. 326. Comparten esta misma opinión ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 224. LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 91. GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad individual en estructuras empresariales...*, págs. 131-132. Desde la óptica del contexto norteamericano, expresan que el CO satisfacería la principal expectativa que el sistema legal deposita en él documentando los problemas e informando al órgano de administración, siendo este último quien tendría que optar o bien por responder frente a las señales de alarma (*red flags*) o bien por desatenderlas GADINIS, S; MIAZAD, A: “The Hidden Power of Compliance”, págs. 2.175 y ss.

¹²⁰³ A partir de un supuesto de hecho próximo, estima que cuando el técnico especialista alerta a los administradores de un peligro, satisfaciendo debidamente su deber de información, podrá responder exclusivamente por una omisión pura cuando proceda PÉREZ CEPEDA, A, I: “Criminalidad de empresa...”, pág. 113.

¹²⁰⁴ En este sentido, MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El *criminal compliance*...”, pág. 771. Pone de relieve la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un deber general de impedir delitos económicos ex

El CO tampoco debería soportar, por lo demás, sanción gubernativa alguna por omitir denunciar un delito consumado tiempo atrás, ni mucho menos una pena¹²⁰⁵, fruto de la falta de previsión en el Derecho penal moderno de unas consecuencias realmente afflictivas emanadas a propósito de la infracción de un tal deber jurídico de denuncia de delitos públicos pretéritos. A lo sumo, según lo explicado en párrafos precedentes, el CO tendría que soportar el abono de la insignificante cantidad de 25 a 250 pesetas (0,15 a 1,5 euros) con arreglo a lo dispuesto en el artículo 262 Lecrim¹²⁰⁶.

5.3. Colisión de deberes: deber de denuncia vs deber de confidencialidad

Siguiendo el hilo del epígrafe anterior, imaginemos que el CO, frente a la impasibilidad del órgano de administración y el resto de instancias internas de la sociedad mercantil, baraja la posibilidad de poner en conocimiento de las autoridades el hecho delictivo interceptado. Sin embargo, resulta que de querer hacer eso se vería abocado a difundir con su denuncia externa una información cuya revelación comportaría la infracción de un deber de confidencialidad que le incumbe respetar. Es decir, el CO haría frente a una colisión (impropia) entre su deber general de denuncia (deber positivo jurídico-penal, si entra en liza el artículo 450.2 CP, o bien, a lo sumo, jurídico-procesal, si se trata del artículo 262 Lecrim) y su deber de reserva¹²⁰⁷ (deber negativo jurídico-penal), puesto que para dar cumplimiento al primero necesariamente tendría que transgredir el segundo, de tal modo que su satisfacción cumulativa sería, en esencia, imposible¹²⁰⁸.

artículo 450 CP FEJOO SÁNCHEZ, B: *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, B de f, Argentina-Montevideo, 2008, pág. 276.

¹²⁰⁵ ROBLES PLANAS, R: “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”, pág. 325. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Posición de garante del *compliance officer*...”, pág. 351.

¹²⁰⁶ Adicionalmente, frente a un delito ya consumado, se plantea la posibilidad de depurar responsabilidad penal del CO por la comisión de un delito de encubrimiento (artículo 451 CP) y de receptación (artículo 298.1 CP) GÓMEZ MARTÍN, V: *La responsabilidad individual en estructuras empresariales...*, pág. 130.

¹²⁰⁷ Al no tratarse todavía de una función regulada, actualmente ninguna legislación nacional contempla que el CO deba guardar sigilo en el curso de su trabajo, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, con el secreto profesional que el abogado ha de respetar a la luz del artículo 32.1 del Real Decreto 658/2001, de 21 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. Por lo general, entiendo que este deber de reserva vendrá impuesto o bien en una cláusula de confidencialidad adjunta en su contrato o bien en un pacto de confidencialidad.

¹²⁰⁸ La doctrina entiende que sólo se produce una colisión de deberes en sentido estricto allá donde en un mismo sujeto recaen dos deberes de actuación (mandatos) cuyo cumplimiento conjunto resulta inviable, con lo cual, el resto de casos quedarían incardinados en el clásico estado de necesidad. Por todos, vid. COCA VILA, I: “La posición jurídica del abogado...”, págs. 301-303. EL MISMO: *La colisión de deberes en Derecho penal*, págs. 60 y ss. En este mismo sentido, expresa que los supuestos de encuentro, en una situación concreta, de deberes de actuar en amparo ajeno con deberes de omitir no constituyen supuestos

Luego, si a la postre el CO adopta la decisión de denunciar la actividad penalmente trascendente en cuestión ante el juez, la Fiscalía o la policía, el trascendente interrogante que se suscitara guardaría relación con si emanaría en él responsabilidad penal por haber quebrantado el sigilo que debería haber preservado.

Antes de nada, tiene que quedar claro que, en ningún caso, el CO vulneraría deber de confidencialidad alguno en caso de limitarse a revelar estrictamente el dato relativo a la comisión del ilícito. Como es sabido, quien comete una irregularidad penal carece de una expectativa de privacidad en torno a la misma¹²⁰⁹, toda vez que semejante información no forma parte de la intimidad de las personas sino que representa, más bien, un acto de incuestionable trascendencia pública cuyo descubrimiento y persecución incumbe al Estado¹²¹⁰. De hecho, pecaría de contradictorio que el legislador impusiese un tal deber de denuncia pero sancionara, a su vez, la difusión de los datos relativos al propio hecho denunciado¹²¹¹. Con tal de sortear de antemano la posible relevancia penal del acto de relevación, el CO debería, por tanto, intentar cribar los datos y soportes documentales acerca de la irregularidad alertada, tarea que en la práctica no siempre será posible o, cuanto menos, sencilla¹²¹². Seguramente cuando el CO consiga poner en conocimiento de las autoridades aquellos datos focalizados en la comisión del ilícito el sistema judicial pase luego a requerirle más información en el momento procesal oportuno. Pero ahí, al menos, la decisión estará sujeta a un proceso penal dotado de todas las garantías.

Frente a lo dicho, hace falta, por lo demás, dotar de contenido al deber de confidencialidad contraído por el CO. Es decir, convendría precisar qué clase de información quedaría amparada bajo el manto de un deber de semejante naturaleza cuya

de verdadera colisión de deberes *stricto sensu* BALDÓ LAVILLA, F: *Estado de necesidad y legítima defensa*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 243.

¹²⁰⁹ Esta idea cabría extrapolarla tanto al trabajador infractor como a la persona jurídica a la que se le atribuya el ilícito penal.

¹²¹⁰ RAGUÉS I VALLÉS, R: “La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas”, *Indret* 3/2015, págs. 1-33, pág. 16. Excluyen asimismo del concepto de secreto empresarial la divulgación de aquella información relacionada con la comisión de un hecho ilícito ESTRADA I CUADRAS, A: *El secreto empresarial. Una perspectiva jurídico-penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017, págs. 57-62. RODRÍGUEZ YAGÜE, C: “La protección de los delatores por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y materiales”. En ARROYO ZAPATERO, L; NIETO MARTÍN, A., (coord.): *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016, págs. 1-53, págs. 15-17. Enlace: http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/2proteccion-de-delatores_aspectos-sustantivos.pdf

¹²¹¹ En este sentido, RAGUÉS I VALLÉS, R: “La trascendencia penal de la obtención...”, pág. 16.

¹²¹² *Ibidem*, pág. 17.

revelación podría comportar el riesgo de desencadenar específicas consecuencias jurídico-penales. Estimo oportuno trazar una distinción de doble corte:

Primero, aquella información con valor competitivo merecedora de protección jurídico-penal por estar catalogada como secreto empresarial¹²¹³. Formaría parte de esta esfera toda aquella información reservada (industrial, comercial u organizativa, relacional o de gestión)¹²¹⁴ respecto a la cual el CO contaría con acceso legítimo a propósito del desempeño de su función (por ejemplo, listado de proveedores y clientes, ofertas que la empresa desea presentar en un concurso público, procedimientos de contratación, planes de negocio y estratégicos, organigrama interno, etc.).

Segundo, aquellos datos de carácter reservado pertenecientes a la esfera de intimidad de las personas damnificadas por el comportamiento delictivo perpetrado en el marco de la actividad social desarrollada por la persona jurídica. Tomando como ejemplo el caso enjuiciado por la sugerente STS de 22 de octubre de 2013 (RJ 2013/7728), encontraría encuadre dentro de este segundo grupo el historial clínico de las pacientes que el cirujano plástico de la entidad Corporación Dermoestética adjuntó en la denuncia interpuesta ante la Fiscalía contra las prácticas fraudulentas de su empresa, consistentes en la implantación de unas prótesis mamarias de una marca distinta a la que figuraba en la documentación¹²¹⁵.

5.3.2. El *compliance officer* denuncia ante las autoridades un delito susceptible de generar responsabilidad penal en la persona jurídica y, para ello, difunde una información reservada etiquetada como secreto empresarial

El artículo 2.3 b) de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales es claro cuando dictamina que no procederán las acciones y medidas previstas en esta ley extrapenal cuando se dirijan contra actos de obtención, utilización o revelación de un

¹²¹³ Sería osado pretender aportar aquí una definición cerrada del concepto de secreto empresarial dada la intensa discusión que la delimitación de sus contornos ha suscitado. Lo cierto es que ninguno de los elementos configuradores de esta noción, en mayor o menor medida, ha estado exento de objeciones o de matizaciones. Por ello, estimo más conveniente remitir al lector al extenso análisis contenido en la obra de ESTRADA I CUADRAS, A: *El secreto empresarial...*, págs. 51 y ss.

¹²¹⁴ Vid. ESTRADA I CUADRAS, A: *El secreto empresarial...*, págs. 62-65.

¹²¹⁵ Analiza con gran exhaustividad este pronunciamiento judicial RAGUÉS I VALLÉS, R: “La trascendencia penal de la obtención...”, *passim*.

secreto empresarial que tengan como finalidad el descubrimiento, en defensa del interés general, de alguna falta, irregularidad o actividad ilegal que guarden relación directa con el secreto empresarial. Es decir, por disposición legal expresa, ni el CO ni ningún otro integrante de la organización podrían ser objeto de una sanción fundamentada en la denuncia interpuesta, toda vez que su acto de revelación habría sido calificado por el ordenamiento jurídico como correcto¹²¹⁶.

A la luz de lo expuesto, supongamos que el CO adjunta el listado de proveedores y el organigrama interno de su corporación en el momento de poner en conocimiento de las autoridades la comisión de un delito de corrupción entre particulares (artículo 286 bis CP) por uno de los administradores quien, a cambio de un par de entradas para la final de la *Champions League* de este año, ha favorecido comercialmente a un proveedor de la empresa en perjuicio del resto. Pese a que, desde una óptica abstracta, su conducta quedaría incardinada formalmente en el tipo básico del delito de revelación de secreto empresarial en infracción de la obligación de guardar reserva (artículo 279 CP)¹²¹⁷, la tipicidad de la conducta habría quedado excluida al estar amparada bajo el manto del riesgo permitido. Es decir, la normativa reguladora del secreto empresarial, a partir de una ponderación de los intereses enfrentados – el interés público en el descubrimiento y sanción de los delitos y el interés de la empresa en mantener en secreto ciertas informaciones –, habría resuelto autorizar la difusión de esta clase de información cuando su razón de ser estribe en el descubrimiento de un hecho ilícito, de tal forma que, con arreglo a sus disposiciones, debería concluirse la atipicidad del aporte de

¹²¹⁶ En términos estructurales estaríamos *mutatis mutandis* ante una suerte de *noisy withdrawal*. La regla norteamericana del *noisy withdrawal* consiste en la facultad otorgada por la *Section 205.3(d)2* de las *SEC rules* y la *Rule 1.6(b)2* de las *Model Rules of Professional Conduct* a los abogados corporativos de revelar información confidencial de su cliente a la hora de reportar a la SEC ilicitudes descubiertas en el curso de su actividad.

¹²¹⁷ La operatividad de una tal subsunción típica en el concreto supuesto de hecho dependería de un examen más exhaustivo que aquí no puede ofrecerse. Ello demandaría entrar a valorar en mayor detalle, entre otros aspectos, si para que surja responsabilidad penal basta con la ostentación de un deber de reserva desprendido de los deberes genéricos de lealtad, buena fe contractual o no concurrencia o bien si, por el contrario, hace falta que ese deber figure expresamente en una disposición legal o una cláusula específica del contrato de trabajo. Asimismo habría que valorar el alcance (temporal, material y territorial) del deber de sigilo referido. Incluso, más allá de eso, debería discutirse si cabe hallar adicionalmente un presupuesto material, como la asunción de un compromiso previo de reserva, a partir del cual se derive un deber penal de reserva cuya infracción legitime las penas del artículo 279 CP. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: *Delitos relativos al secreto de empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 70 y ss. ESTRADA I CUADRAS, A: *Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales*, Atelier, Barcelona, 2016, págs. 136 y ss.

información reservada¹²¹⁸. Después de todo, carecería de sentido, conforme al principio de *ultima ratio*, que un comportamiento estuviese exento de ser calificado como una infracción extrapenal pero fuese susceptible, en cambio, de recabar una pena.

5.3.3. El *compliance officer* denuncia ante las autoridades un delito susceptible de generar responsabilidad penal en la persona jurídica y, para ello, revela una información reservada perteneciente a la dimensión de intimidad de un tercero cuyos intereses han sido lesionados por el ilícito penal

Por el tipo de función ejecutada, el CO tal vez cuente con acceso lícito a un secreto de un tercero arraigado directa o indirectamente con la organización (por ejemplo, un cliente) cuya difusión daría pie al incurrimento en un delito de revelación de secretos ajenos en razón de oficio o relación laboral (artículo 199.1 CP). Somos conscientes, sin embargo, de que el móvil que le conduce a revelar esa información es el loable deseo de denunciar externamente una actividad ilícita.

Conforme lo razonado por RAGUES I VALLÉS, en las situaciones fácticas descritas no puede convencer la atipicidad de la conducta sobre la base del argumento de que resultaría inviable apreciar la acción típica de revelación por la transmisión del secreto en cuestión a fiscales, jueces, abogados y procuradores con deberes de sigilo en el proceso. Y ello no sólo debido al usual riesgo de que la información aportada en el proceso penal acabe por filtrarse en mayor o menor medida sino también porque, una vez superada la fase de instrucción, ya regiría plenamente el principio de publicidad en el juicio oral¹²¹⁹.

Interesa detenernos, bien mirado, en sede de antijuridicidad con tal de examinar si cabría justificar la conducta referida:

¹²¹⁸ Sobre la ponderación de intereses que subyace en la determinación del riesgo permitido y el encuadre de una conducta peligrosa en el mismo por haber cumplido las disposiciones de la normativa reguladora existente, vid. MARAVER GÓMEZ, M: *El principio de confianza en derecho penal*, págs. 344 y ss., 360.

¹²¹⁹ RAGUÉS I VALLÉS, R: “La trascendencia penal de la obtención...”, pág. 19.

a) Legítima defensa (artículo 20.4 CP)

Parece indiscutible que la exigente de legítima defensa de terceros carecería aquí de cabida, toda vez que buena parte de sus presupuestos resultarían sumamente difíciles de apreciar a efectos de permitir su admisión:

Primero, la agresión ilegítima tiene que ir dirigida contra bienes jurídicos individuales de los que son titulares terceras personas¹²²⁰. Es sobradamente conocido que el permanente referente del Derecho Penal económico son los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos¹²²¹, por lo cual, estos, ya de por sí, quedarían fuera del radio de alcance de la legítima defensa, toda vez que, de acuerdo con lo que se cree mayoritariamente, la invocación de una tal circunstancia de exclusión de la antijuridicidad se hallaría circunscrita solamente a los ataques antijurídicos contra bienes jurídicos personales. Aun así, en el Derecho Penal económico radican excepcionalmente algunos tipos penales que ofrecen amparo a este último grupo de bienes jurídicos. Ejemplo de ello es el delito de estafa y la protección que este tipo penal otorga al patrimonio ajeno. Respecto a estos, en principio, todavía cabría argüir la operatividad de la legítima defensa, sin perder de vista que, hoy por hoy, representa un lugar de disenso en la doctrina, cuanto menos en la española, la posibilidad de admitir la causa de justificación examinada con miras a amparar derechos patrimoniales tales como, por ejemplo, los crediticios, contractuales u obligacionales¹²²².

Segundo, la agresión ilegítima debe ser actual, requisito éste inferido a partir de la interpretación conjunta del ataque antijurídico y la defensa necesaria para impedirlo o repelerlo¹²²³. Queda fuera de toda duda de que, cuando el delito denunciado haya sido consumado y agotado tiempo atrás, el esencial presupuesto de la actualidad no podría ser colmado, por cuanto, faltaría la necesidad de defensa frente al riesgo de que la

¹²²⁰ Vid. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 445, Rn 39. MOLINA FERNÁNDEZ, F: “La legítima defensa del Derecho Penal”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 25, 2012, págs. 19-48, pág. 32.

¹²²¹ ROBLES PLANAS, R: “Legítima defensa, empresa y patrimonio”, *PC*, Vol. 11, n° 22, 2016, págs. 704-720, pág. 704.

¹²²² Lo niegan LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, pág. 388, Nm. 30. ROBLES PLANAS, R: “Legítima defensa, empresa y patrimonio”, págs. 711 y ss.

¹²²³ Vid. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 445, Rn 39. MOLINA FERNÁNDEZ, F: “La legítima defensa del Derecho Penal”, págs. 29 y ss. BALDÓ LAVILLA, F: *Estado de necesidad y legítima defensa*, págs. 284 y ss.

agresión ilegítima injiera en la esfera de autonomía del agredido. La intervención posterior del CO rebasaría los límites temporales de una tal defensa necesaria, tratándose de un exceso extensivo que impediría apreciar tanto la eximente completa como incompleta¹²²⁴. A una misma conclusión debería llegarse si es que la denuncia externa tiene como objeto un hecho penal futuro que tan siquiera haya dado inicio a la fase de ejecución delictiva, pues, debido a su lejanía, a duras penas cabría hacer alusión a un peligro próximo necesario de impedir. Distinto sería, en cambio, la denuncia de un delito continuado, esto es, aquel ilícito penal prolongado en el tiempo que conforma una unidad jurídica de acción¹²²⁵. En principio, pese haberse lesionado ya en primera instancia un bien jurídico protegido, todavía pendería un riesgo de ulterior lesión digno de repeler¹²²⁶.

Tercero, la defensa ha de desplegarse contra los bienes jurídicos del agresor¹²²⁷. Según lo relatado, la meritoria pretensión de amparar los intereses adscritos a un ámbito de libertad ajeno amenazado por un riesgo de lesión conduce al CO a difundir un secreto del que son titulares terceras partes. Es decir, en aras de impedir o repeler la agresión antijurídica que tiene origen en la conducta de un sujeto u órgano de la corporación, el CO ni lesiona sus intereses personales ni los de la persona jurídica en sí¹²²⁸. Todo lo contrario, el CO acaba perjudicando a las propias víctimas del delito a la hora de intervenir en su protección frente a ese ataque lesivo.

Cuarto, la necesidad racional debe presidir el medio empleado en la legítima defensa¹²²⁹. Sabido que en el marco de la legítima defensa, más que regir una estricta proporcionalidad entre el medio defensivo y el agresivo, es de recibo una creencia objetiva y racionalmente fundada *ex ante facto* de acudir al recurso de defensa

¹²²⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, F: “La legítima defensa del Derecho Penal”, pág. 29. LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, pág. 390, Nm. 38.

¹²²⁵ MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 670, Nm. 15.

¹²²⁶ En este sentido, LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, págs. 384-385, Nm. 15.

¹²²⁷ Por todos, vid. ROBLES PLANAS, R: “Legítima defensa, empresa y patrimonio”, págs. 708-709, nota a pie de página nº 9.

¹²²⁸ Sobre la improcedencia de admitir, por lo general, una legítima defensa contra los bienes jurídicos de la persona jurídica cuando el agresor es un órgano de la misma, vid. ROBLES PLANAS, R: “Legítima defensa, empresa y patrimonio”, págs. 711 y ss.

¹²²⁹ Vid. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 445, Rn 39. MOLINA FERNÁNDEZ, F: “La legítima defensa del Derecho Penal”, págs. 35 y ss. BALDÓ LAVILLA, F: *Estado de necesidad y legítima defensa*, págs. 306 y ss.

empleado¹²³⁰, no queda del todo claro que la revelación de información confidencial represente la alternativa de reacción más razonable a fin de impedir la agresión ilegítima. Pues tal vez hubiese bastado con que el CO contactase con los terceros afectados a fin de dejar en sus manos la decisión de interponer la denuncia contra los hechos penalmente trascendentes¹²³¹. Aun así, no siempre cabrá recurrir a semejante medio de defensa, bien porque los damnificados sean una difusa masa de sujetos de difícil identificación individual, bien porque recurrir a esta vía frustre del todo la protección pretendida dada la marcada proximidad de la agresión antijurídica.

b) Estado de necesidad (artículo 20.5 CP)

A la luz de las características definitorias del supuesto fáctico que está siendo objeto de análisis, sabemos que el CO injiere en la esfera de autonomía de los potenciales damnificados por el delito al momento de revelar una información perteneciente a su perímetro de intimidad. No obstante, tal conducta responde a la laudable aspiración de neutralizar un mal que les amenaza y del cual es plenamente competente otro sujeto distinto, a saber, un órgano o agente individual de la persona jurídica¹²³². Por lo visto, en los sujetos pasivos convergería simultáneamente una doble condición: la de beneficiados por el auxilio necesario (el CO consigue salvaguardarles, por ejemplo, un interés patrimonial amenazado por una defraudación punible) así como la de agentes sobre los cuales repercute la acción de salvaguarda (su privacidad acaba siendo mermada fruto de la denuncia externa interpuesta). Estamos ante lo que la doctrina califica como una intervención a favor de otro lesiva de sus propios intereses¹²³³: el CO resuelve la situación de necesidad de las víctimas del delito pero lesionándoles otro bien jurídico-penal protegido.

Parece incontestable que si el hecho antijurídico denunciado ha superado la etapa de consumación o incluso de agotamiento delictivo, faltaría la pendencia de un mal que

¹²³⁰ LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, págs. 397-398, Nm. 66-70.

¹²³¹ De acuerdo con RAGUÉS I VALLÉS, R: “La trascendencia penal de la obtención...”, pág. 20.

¹²³² Argumenta que en la amplia concepción de mal pueden integrarse, dentro del sentido literal posible, las conductas típicamente antijurídicas SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal español”, *ADPCP*, Tomo 35, Fasc. 3, 1982, págs. 663-691, pág. 672.

¹²³³ WILENMANN, J: *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 683. Alude a la especialidad de este tipo de situaciones BALDÓ LAVILLA, F: *Estado de necesidad y legítima defensa*, pág. 246.

conjurar, en cuyo caso, el estado de necesidad agresivo de ningún modo podría regir por fallar su presupuesto más básico¹²³⁴. Únicamente cuando el CO ponga en conocimiento de las autoridades la comisión de un ilícito penal próximo, otro que ya se halle en curso de ejecución o bien una situación de peligro continuado¹²³⁵, cobrará sentido discutir en qué medida la revelación típicamente relevante de un secreto ajeno en semejante contexto amerita estar justificada por tratarse de una acción de auxilio necesario de cara a contrarrestar un mal real, grave e inminente que amenaza el perímetro de autonomía de terceras partes¹²³⁶. Frente a ello, habría que explorar si la acción de salvaguarda satisface los presupuestos de necesidad y proporcionalidad mayoritariamente requeridos.

La condición de necesidad, reclamada con carácter análogo a la legítima defensa tanto por la doctrina como por la jurisprudencia penal pese a su falta de reconocimiento expreso en el artículo 20.5 CP, exige fundamentalmente que la intervención del agente auxiliante, más allá de ser adecuada, sea el curso idóneo menos lesivo disponible para poner fin a la situación de peligro¹²³⁷. Conforme a dicho presupuesto, seguramente aquello que tendría que haber hecho el CO en primera instancia de cara a impedir el menoscabo del bien jurídico ajeno en peligro es dar cuenta a los agraviados de las prácticas ilícitas de su empresa con tal de que fuesen estos quienes decidiesen cómo proceder, a no ser, claro está, que tal forma de intervenir resultase impracticable, bien por los serios óbices suscitados a efectos de identificar personalmente a las víctimas, bien por la improcedencia de transitar por esta senda en aras de salvaguardar el interés en liza debido a la inmediatez de que el riesgo en cuestión se materialice en lesión. En lugar de eso, el CO promueve la persecución del delito pero, para ello, revela datos reservados sobre un aspecto privado de los sujetos pasivos, lo cual, si bien es cierto que habilita a las autoridades para iniciar una investigación acerca del ilícito penal dotada de todas las garantías, acaba por mermar una expectativa de privacidad. Existen motivos de peso, de acuerdo con lo antecedente, para poner en duda de que la actuación auspiciada por el CO sea el recurso que menos males innecesarios cause, salvo cuando concurren ese par de circunstancias previamente apuntadas. De lo anterior se desprende que, pese

¹²³⁴ BALDÓ LAVILLA, F: *Estado de necesidad y legítima defensa*, págs. 123-124. RAGUÉS I VALLÉS, R: “La trascendencia penal de la obtención...”, págs. 20-21.

¹²³⁵ En general, BALDÓ LAVILLA, F: *Estado de necesidad y legítima defensa*, pág. 138.

¹²³⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Sobre el estado de necesidad...”, págs. 669-671.

¹²³⁷ Vid. JAKOBS, G: *Derecho penal. Parte General...*, págs. 503 y ss., Nm. 16 y ss. WILENMANN, J: *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, págs. 596 y ss.

a concurrir una necesidad de hacer algo contra el injusto penal (necesidad abstracta), faltaría que el recurso de salvación manejado por el CO sea el que menores perspectivas de lesión contenga (necesidad concreta)¹²³⁸, lo cual permitiría, a lo sumo, apreciar una eximente incompleta¹²³⁹. Por supuesto, tal necesidad concreta del recurso empleado brillaría por su ausencia allá donde la denuncia de los hechos de trascendencia penal hubiese sido posible cursarla sin tener que revelar, a su vez, datos confidenciales. En ese caso, el CO podría haber cribado aquella información relativa al ilícito penal sin correr el riesgo de menoscabar, mediante ese proceder, expectativa de privacidad alguna. La existencia de una tal alternativa conforme a Derecho dotada de plena efectividad descartaría de lleno la posibilidad de excluir o siquiera mitigar la responsabilidad penal del CO.

Continuando ahora con la trascendente cuestión de la proporcionalidad, resalta con creces que la propia literalidad del artículo 20.5 CP demanda, como límite al estado de necesidad, que el mal causado por la acción de necesidad no sea mayor que aquel futuro que se trata de evitar. Es justo en este marco donde parte de la doctrina abraza la idea de que el interés salvaguardado prepondere, en términos comparativos, sobre el menoscabado¹²⁴⁰. Pues bien, si mediante la acción en estado de necesidad agresivo el CO consigue salvaguardar, en perjuicio de la intimidad de las víctimas, un interés tan consagrado y esencial como es su vida o salud, el baremo de proporcionalidad conseguiría ser sin problemas superado al arrojarse un balance final claramente positivo. Luego, en esta sede, la conducta del CO podría cobijarse en la eximente completa o, cuanto menos, incompleta¹²⁴¹ del estado de necesidad, dependiendo de si en la situación específica cabe o no estimar la necesidad concreta de la acción salvadora emprendida con arreglo a los términos antes desarrollados. Mayores interrogantes plantea que el interés personal de las víctimas ubicado al otro lado de la balanza sea, por ejemplo, su patrimonio individual o bien un derecho de crédito. Ahí ya no resulta tan evidente que el juicio de preponderancia consiga ser como antes satisfecho, en cuyo caso, de alcanzarse una respuesta negativa, la justificación de la conducta quedaría fuera

¹²³⁸ Distingue en el marco del estado de necesidad entre necesidad abstracta y concreta MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, págs. 478 y ss., Nm. 60 y ss.

¹²³⁹ Razona que la eximente incompleta deberá entrar en consideración si falta la necesidad concreta del medio salvador empleado MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 478, Nm. 61.

¹²⁴⁰ Vid. JAKOBS, G: *Derecho penal. Parte General...*, págs. 504 y ss., Nm. 20 y ss. WILENMANN, J: *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, págs. 605 y ss.

¹²⁴¹ Así, RAGUÉS I VALLÉS, R: “La trascendencia penal de la obtención...”, pág. 21.

de consideración¹²⁴², sin perjuicio de poder barajar, ante ello, un estado de necesidad exculpante en sede de culpabilidad.

Fundamental papel desempeña, en último término, la prestación de consentimiento por parte de los beneficiarios de la acción de necesidad¹²⁴³ en la medida en que el interés personal a amparar sea disponible (por ejemplo, el patrimonio individual) y quepa dar cabida a la idea de que el agente auxiliante opera con arreglo a una facultad de salvaguarda agresiva que, en vez de ser autónoma, deriva de aquella concedida al sujeto necesitado¹²⁴⁴. Siendo esto así, el agente auxiliante que actúa a favor de un tercero carecería propiamente de un derecho propio a agredir de forma justificada por actuar como representante de este último¹²⁴⁵, rigiendo, en ese caso, una prohibición del denominado estado de necesidad impuesto: contra la voluntad del beneficiado por el auxilio necesario, no hay causa de justificación legítima que valga¹²⁴⁶.

Una respuesta adversa habría que conceder allá donde el CO tenga que interponer una denuncia externa a efectos de satisfacer aquel deber positivo derivado del tipo penal del artículo 450.2 CP en relación con ese grupo de delitos recaídos dentro de su angosto ámbito material. Y no tanto porque su intervención resulte obligada so pena de incurrir en responsabilidad penal en caso de omitir prestarla, toda vez que no resulta del todo claro que en sede de justificación quepa hacer referencia a un deber de salvaguarda¹²⁴⁷,

¹²⁴² En este sentido, RAGUÉS I VALLÉS, R: “La trascendencia penal de la obtención...”, pág. 21.

¹²⁴³ Aduce que si en las acciones del estado de necesidad el titular del bien jurídico puesto en peligro es el mismo que el del bien en que se interviene, para la redistribución del peligro debe concurrir el consentimiento (presunto) de este titular JAKOBS, G: *Derecho penal. Parte General...*, págs. 514, Nm. 34.

¹²⁴⁴ BALDÓ LAVILLA, F: *Estado de necesidad y legítima defensa*, págs. 196-197.

¹²⁴⁵ COCA VILA, I: “Tirar a matar en cumplimiento de un deber...”, pág. 4, nota a pie de página nº 6.

¹²⁴⁶ Vid., en especial, WILENMANN, J: *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, págs. 682 y ss. Asimismo, con amplias referencias, vid. COCA VILA, I: “Tirar a matar en cumplimiento de un deber...”, pág. 4, nota a pie de página nº 6. Expresa que en tanto que el bien sea disponible, al igual que en la legítima defensa, la renuncia a la salvación excluye la justificación de la salvación emprendida JAKOBS, G: *Derecho penal. Parte General...*, págs. 511, Nm. 29. Opina que no existe facultad legítima de estado de necesidad en auxilio de terceros en caso de que el sujeto necesitado-amenazado renuncie, se oponga o se niegue a la misma BALDÓ LAVILLA, F: *Estado de necesidad y legítima defensa*, pág. 197.

¹²⁴⁷ En un sentido afirmativo, maneja la concepción de deberes de salvaguarda y alude a su convivencia así como necesaria coordinación en el ordenamiento jurídico con las facultades de salvaguarda BALDÓ LAVILLA, F: *Estado de necesidad y legítima defensa*, págs. 199 y ss. En cambio, entiende que de las causas de justificación de legítima defensa y estado de necesidad no se deriva ningún deber de defensa, ni propia ni de terceros, lo cual no significa que la conducta permitida no pueda estar además catalogada deónticamente como obligatoria por una norma distinta a la permisiva COCA VILA, I: “Tirar a matar en cumplimiento de un deber...”, pág. 4. También, enmarcándose en esta línea de pensamiento, razona que de las reglas sobre la legítima defensa y el estado de necesidad no puede deducirse la existencia de una obligación de ejercer la acción típica permitida WILENMANN, J: *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, pág. 728.

sino, más bien, porque en semejantes coyunturas el mal a conjurar se cerniría sobre bienes jurídicos irrenunciables de la talla de la vida o la salud individual respecto a los cuales los beneficiarios de la acción de salvaguarda carecerían de disponibilidad¹²⁴⁸, razón por la cual, su consentimiento poco importaría.

Pues bien, como veníamos diciendo, la prestación de consentimiento por los beneficiados del estado de necesidad aún en esta sede una relevancia notable, siempre y cuando proceda. En sentido estricto, la obtención de un tal consentimiento, siquiera presunto, por parte de los titulares del secreto, antes que justificar la conducta de revelación, seguramente ya conduciría directamente hacia su atipicidad¹²⁴⁹: mediando consentimiento del titular del secreto, no habría revelación penalmente relevante de ningún tipo. El problema es que, en ocasiones, quienes sufren las consecuencias perjudiciales de un hecho antijurídico llevado a cabo a propósito del desarrollo de una actividad empresarial ignoran su condición de víctimas¹²⁵⁰, salvo que alguien, como el CO, se lo haga saber. Por eso mismo, a menudo los damnificados por el delito quedan privados de la oportunidad de expresar qué es lo que prefieren: si exponer su intimidad con la denuncia externa, o bien, todo lo contrario, mantenerla intacta pero afrontar los perjuicios derivados del injusto penal que desde buen comienzo pretende evitarse. Aunque con amplia regularidad el CO contará con la oportunidad de ponerse en contacto con las víctimas, por mucho de que luego omita este trámite, no siempre esta práctica resultará oportuna, bien por los serios escollos concurrentes a fin de ponerles nombre y apellidos a los agraviados, bien por la acentuada proximidad del mal a evitar.

Ante la falta de prestación de un consentimiento expreso o bien, todo lo contrario, de una oposición o renuncia explícita a la salvaguarda, habría que ejercitar cierto pensamiento hipotético: debería averiguarse, desde una óptica *ex ante facto*, cuál era presumible y razonablemente la voluntad de las víctimas¹²⁵¹. Y todo depende, como ocurre con frecuencia, de las circunstancias específicas. Si lo que está en juego son

¹²⁴⁸ En este sentido, RUBIO LARA, P. A: *Omisión del deber de impedir determinados delitos...*, pág. 249.

¹²⁴⁹ Representa un lugar de disenso en la doctrina penal la ubicación de la institución del consentimiento en la teoría del delito. Por todos, vid. LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, págs. 358 y ss., Nm. 69 y ss.

¹²⁵⁰ COFFEE, J. C: "Making the Punishment Fit the Corporation: The Problems of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction", *Northern Illinois Law Review*, Vol. 1, n° 3, 1980, págs. 3-35, pág. 8.

¹²⁵¹ En este sentido, vid. LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, págs. 373-374. Rn 124-126.

intereses tales, como, por ejemplo, el patrimonio individual, no queda para nada claro qué es lo que con un alto grado de probabilidad los sujetos pasivos querrían. Y mucho menos cuando estos sean multitud, según ocurre paradigmáticamente en los fraudes colectivos, puesto que la voluntad de cada cual podría diferir: mientras unos optarían por renunciar a las legítimas posibilidades de salvaguarda a fin de preservar su preciada privacidad, otros tantos estimarían personalmente como más beneficioso el amparo de su patrimonio. Salvo cuando la acción salvadora del CO quepa escindirla exclusivamente en pos de aquellos que han prestado su consentimiento (por ejemplo, revelando la información confidencial de unos pero no la de otros), esta última coyuntura conllevaría una serie de cuestiones de crucial envergadura. Fundamentalmente tendría que desentrañarse cuál de las posturas contrapuestas prevalece y si, en su caso, cabría seguir eximiendo al CO de responsabilidad por la conducta penal ejecutada con respecto a aquellos detractores de la opción finalmente escogida, para lo cual, habría que dilucidar, ante todo, si estos últimos restarían sujetos a deberes de tolerancia fundamentados en razones de solidaridad intersubjetiva.

Aun cuando se alcance la convicción de que las víctimas unánimemente exteriorizarían su oposición contra la acción de salvaguarda del CO, tal vez podría llegar a ponerse en tela de juicio el efecto oclusivo de ese rechazo en torno la operatividad del estado de necesidad justificante. Y ello porque, a fin de cuentas, el mal que el CO pretende evitar no surge de la naturaleza sino que proviene de una infracción penal con una dimensión pública incuestionable. Consiguientemente, podría dar la impresión de que los damnificados por el injusto penal carecen de una total disponibilidad de la situación, al existir adicionalmente un interés general paralelo al suyo: que el Estado sea conocedor de las infracciones penales con trascendencia pública perpetradas en el seno de la sociedad civil a fin de poder perseguirlas.

Contra semejante forma de ver las cosas, pienso, por el contrario, que, por mucho de que aquello que el CO busque impedir sea un hecho antijurídico, ese interés supraindividual solamente cabría extraerlo propiamente allá donde se haya impuesto a los ciudadanos un auténtico deber positivo de promover la persecución del delito, a saber, en aquel círculo delimitado de injustos penales contemplado en el tipo penal del artículo 450.2 CP. A fin de cuentas, es justo en esta sede donde el Estado, a partir de consideraciones de solidaridad mínima, aboga por la cooperación ciudadana a partir de

la imposición de un auténtico deber de interposición de una denuncia externa respecto un círculo cerrado de delitos públicos especialmente graves.

c) Cumplimiento de un deber (artículo 20.7 CP)

Comenzando por aquellos hechos de trascendencia penal sobre cuya comisión el CO haya obtenido próxima o actual noticia, tengo la impresión que, debido a la clase de ilícitos con los que este agente suele lidiar en el curso de su profesión, a lo sumo, podrían ser objeto del deber positivo-general de denuncia impeditiva emanado del tipo penal del artículo 450.2 CP delitos francamente poco comunes de constatar en el marco de la actividad social desarrollada por la persona jurídica, como son, ejemplificativamente, el tráfico de órganos o la trata de seres humanos. Luego, cuesta pensar en una ocasión en la que, durante el desempeño de su labor, el CO adquiriera conocimiento de un secreto cuya revelación devenga necesaria a fin de promover la persecución de alguna de las conductas criminales señaladas. Parece incontestable que, en términos comparativos, resulta mucho más fácil imaginar que la *notitia criminis* cursada guarde relación con aquellos otros injustos penales situados fuera del angosto ámbito material del deber de denuncia mentado (por ejemplo, daños informáticos, fraude fiscal o delito de contrabando), en cuyo caso, la operatividad de la eximente del artículo 20.7 CP quedaría de lleno excluida, extremo insatisfactorio pero, en cualquier caso, ajustado a Derecho. Después de todo, el CO, antes que obrar en cumplimiento de una obligación legal, excedería la frontera de lo exigible demarcada por el Estado.

La solución varía allá donde el CO interponga una denuncia externa sobre la comisión de un delito público ya consumado. Pues si el CO se ciñe con su denuncia a poner al alcance de las autoridades¹²⁵² aquella información reservada cosechada legítimamente a propósito del ejercicio de su profesión, parece que el acto típico de revelación transgresor de su deber de confidencialidad – formalmente incardinado en el tipo penal del artículo 199 CP – quedaría cubierto por la causa de justificación del artículo 20.7 CP al actuar dentro del margen del artículo 262 Lecrim¹²⁵³. Ello, siempre y cuando, claro,

¹²⁵² En modo alguno a los medios de comunicación y demás personas que no sean funcionarios públicos competentes para recabar denuncias penales. Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, R: “La trascendencia penal de la obtención...”, pág. 26.

¹²⁵³ Cree que hay deberes que justifican la conducta de ciudadanos y particulares LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general*, pág. 459, Nm. 99. Cuestiona, en cambio, que el deber de

tal proceder quepa catalogarlo como el recurso necesario y menos lesivo¹²⁵⁴ – cosa que no sucederá si hubiese resultado innecesario revelar información reservada a la hora de interponer la denuncia – y no concurra una grave desproporción entre los objetivos perseguidos con el cumplimiento de la obligación y el daño que se causa para su cumplimiento¹²⁵⁵.

La interpretación acogida en relación con este último grupo de casos, como cabrá deducir, presupone la asunción de un par de ideas puntales. Primero, que la noción de deber contemplada en la eximente del artículo 20.7 CP ha de ser entendida en un sentido amplio, esto es, referida a cualquier deber jurídico¹²⁵⁶, de tal forma que no haría falta que el deber satisfecho ostente una naturaleza jurídico-penal. Segundo, que lo integrado por el artículo 262 Lecrim representa un auténtico deber jurídico-procesal anudado a sanciones gubernativas por su transgresión y no, en cambio, un deber cívico o bien, en el extremo opuesto, una facultad potestativa a manos del ciudadano¹²⁵⁷, de forma que cabría entender que la intervención del CO respondería al cumplimiento de una auténtica obligación legal.

Vistas las cosas así, debe ponerse de relieve la sorprendente paradojada generada una vez puesto en conexión todo lo antedicho. Suponiendo, por ejemplo, la comisión en la organización de un delito de estafa, la conducta de revelación del CO recabaría el amparo de la causa de justificación del artículo 20.7 CP sólo una vez tal conducta antijurídica haya conseguido consumarse – casaría en la holgada esfera de delitos públicos objeto del deber de denuncia previsto en el artículo 262 Lecrim –, pero no, en cambio, antes, cuando todavía permanezca en fase de ejecución delictiva, debido, recordemos, al estrecho ámbito material del artículo 450.2 CP excluido para delitos como el examinado. Este saldo final carece, a todas luces, de sentido. A fin de cuentas, parece incuestionable de que el interés a que el CO denuncie hechos de trascendencia penal aún susceptibles de ser evitados es mayor del que existe en caso de que lo descrito acontezca después de que estos hayan conseguido consumarse.

denunciar delitos quepa incardinarlo en la causa de justificación del artículo 20.7 CP MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 495, Nm. 18-19.

¹²⁵⁴ Vid. RAGUÉS I VALLÉS, R: “La trascendencia penal de la obtención...”, pág. 24.

¹²⁵⁵ Vid. RAGUÉS I VALLÉS, R: “La trascendencia penal de la obtención...”, págs. 24 y ss.

¹²⁵⁶ LUZÓN PEÑA, D. M: *Lecciones de derecho penal: parte general...*, pág. 458, Nm. 96.

¹²⁵⁷ Vid. Capítulo IV. Apartado 5.1.

Mayor matiz amerita, por lo demás, la adicional inclusión en la denuncia de aquel material probatorio acopiado durante la práctica de una pesquisa interna vulneradora de la intimidad de las víctimas del delito. Pues no será extraño que en el momento en que el CO se proponga poner en conocimiento de las autoridades el injusto penal, con carácter antecedente, haya dirigido toda una investigación interna en la organización a fin de verificar la verosimilitud del riesgo criminal inicialmente alertado por los canales dispuestos al efecto (líneas de *whistleblowing*, ejecución de procesos de *data analytics*, etc.). De acontecer eso, hasta donde alcanzo, ya no sólo entraría en liza el delito de revelación de secretos por razón de oficio o cargo del artículo 199 CP frente a la divulgación de aquel secreto al que el CO habría tenido legítimo acceso a propósito de la labor desempeñada en la empresa. Igualmente, en relación concursal, habría que considerar o el tipo agravado de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.3 CP, si es que el CO revela públicamente un secreto ajeno del que él mismo se ha apoderado ilegalmente¹²⁵⁸, o, incluso, la modalidad superagravada del artículo 197.5 CP, en caso de que la información en cuestión verse sobre datos médicos, religiosos, ideológicos o, en fin, cualquier otra información sensible que pertenezca al núcleo duro de la privacidad de las personas.

A este respecto, debe subrayarse, en primer lugar, que, cuando el CO investiga internamente el ilícito, no lo hace por su propia cuenta y riesgo¹²⁵⁹. Lo normal es que semejante pesquisa forme parte del compromiso de garante por éste asumido voluntaria e inequívocamente. Pero la ocupación de un *status* de garante no lo habilita para emprender indagaciones carentes de todo límite. Es sabido que, incluso en el momento de indagar de forma privada un ilícito, la intromisión en la esfera de libertad de los trabajadores presuntamente infractores y, con más motivo aún, en la de aquellas terceras personas afectadas por el ilícito, representa una frontera cuyo sobrepaso puede estimarse típicamente relevante. Por eso mismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han invertido particulares esfuerzos en delimitar el marco en el que debe

¹²⁵⁸ Este tipo agravado contempla la realización de dos comportamiento sucesivos: el descubrimiento de un secreto ajeno en los términos descritos en los artículos 197.1 y 197.2 CP así como la posterior difusión, revelación o cesión de ese mismo secreto. Como destaca CASABONA, quien incurra en esta modalidad agravada sólo deberá ser condenado por ella pero no, además, por el tipo básico, puesto que éste queda absorbido por la primera. Cfr. ROMEO CASABONA, C. M: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 147.

¹²⁵⁹ Ese podría ser el caso del cirujano plástico que se apoderó de historiales médicos de pacientes que no estaban a su cargo a fin de adjuntarlos en la denuncia por estafa que interpuso contra la clínica en la que trabajaba (STS de 22 de octubre de 2013 (RJ 2013/7728)).

desenvolverse una investigación acorde a Derecho¹²⁶⁰. Son sólo las fuerzas públicas quienes cuentan con la legitimidad para iniciar, previa autorización judicial, diligencias que atenten contra derechos fundamentales (intervención de las comunicaciones, por ejemplo), si bien dentro siempre de un estricto marco de legalidad procesal. Al CO, en puridad, le incumbe esencialmente recabar indicios criminalísticos con un mínimo de consistencia a fin de ponerlos ulteriormente en conocimiento del órgano de administración. Eso significa que queda fuera de su esfera de responsabilidad entrar más al fondo del asunto, hasta el punto de extralimitarse e irrogar una esfera de autonomía ajena.

Importa igualmente puntualizar que, cuanto menos en los casos que nos ocupan, el CO, a la hora de informar a las autoridades sobre la comisión de un hecho antijurídico, no actúa en representación de la empresa. En efecto, la denuncia cursada no responde a la pretensión del órgano rector de confesar el injusto penal o bien de cooperar con la Administración con tal de que la persona jurídica amerite postularse a las circunstancias mitigantes de la responsabilidad penal contempladas en el articulado. Algo así queda sobradamente constatado a la luz de la indiferencia manifestada tanto por los administradores sociales como por el resto de instancias de control internas frente al reporte interno canalizado por el CO. Tampoco, por otro lado, el CO tramita la *notitia criminis* como si de una suerte de semi-funcionario se tratase, ya que, según pudimos justificar, sobre él no pesaría ningún deber jurídico-especial de colaboración con las autoridades. Bien mirado, el CO, en el momento de promover la persecución del delito, colabora con el Estado bajo el mismo nivel de exigencia al que están sujetos el resto de ciudadanos.

Así pues, creo que dan en el clavo quienes piensan que el deber jurídico de denunciar delitos pretéritos excluye las vulneraciones de secretos que el denunciante lleve a cabo en la búsqueda de pruebas del hecho denunciado por no constituir su obligación la de investigar sino simplemente poner en conocimiento de las autoridades aquello que

¹²⁶⁰ Si bien centrados solamente en los derechos de los empleados investigados, vid. MONTIEL, J.P: “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, págs. 257 y ss. NIETO MARTÍN, A: “Investigaciones internas”, págs. 242 y ss. GÓMEZ MARTÍN, V: “Compliance y derecho de los trabajadores”, págs. 429 y ss.

conoce¹²⁶¹. Basta con notificar la perpetración del delito perseguible de oficio, siendo inexigible probarla, tal como lo explicita el artículo 264 Lecrim. La aportación por el CO de material probatorio acopiado a partir de una investigación interna lesiva para un interés legítimo – y la privacidad de las víctimas claramente lo es – constituiría, por tanto, un exceso falto de legitimidad.

En suma, puede darse por zanjado este epígrafe concluyendo que en aquel grupo de casos en los que el CO anexe a su denuncia una serie de pruebas documentales acopiadas ilegítimamente en el transcurso de una investigación interna perjudicial para la intimidad de las víctimas del delito, la justificación plena del tipo agravado de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.3 CP o incluso del tipo superagravado del artículo 197.5 CP en razón de la causa de justificación de cumplimiento de un deber quedaría fuera de alcance. A lo sumo, tal vez podría salvarse la eximente incompleta. Sin embargo, para ello habría que atender al supuesto de hecho concreto con tal de calibrar, de un lado, la búsqueda del éxito de la denuncia interpuesta (garantía de verosimilitud, peligro de pérdida y destrucción de pruebas, riesgo de ser procesado por un delito de denuncia falsa, etc.) y, añadiría, el tipo de interés legítimo afectado por el delito (no es lo mismo que esté en juego la vida, la integridad física o la indemnidad sexual de terceros a que lo esté su patrimonio) con, de otro lado, aquellas circunstancias referidas al grado de afectación de la intimidad de los sujetos en cuestión, pues reviste relevancia, por ejemplo, que la vulneración de su privacidad sea, de todos modos, inevitable una vez iniciado el proceso judicial¹²⁶².

¹²⁶¹ RAGUÉS I VALLÉS, R: “La trascendencia penal de la obtención...”, pág. 26. ROMEO CASABONA, C. M: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, págs. 133-134.

¹²⁶² Vid. RAGUÉS I VALLÉS, R: “La trascendencia penal de la obtención...”, págs. 28-29.

CAPÍTULO V
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MIEMBROS DEL ÓRGANO COLEGIADO DE
CUMPLIMIENTO

1. El órgano colegiado de cumplimiento como forma de configurar la función de *compliance*

Hasta el momento se ha venido suponiendo que la figura del CO era encarnada por un solo profesional. Es decir, se entendía que en la organización había sido instituido un único CO que ejercía su labor en solitario, sin perjuicio del asesoramiento y/o colaboración que pudiese recabar¹²⁶³. No obstante, en estructuras empresariales de medianas y grandes dimensiones, o bien en corporaciones que desarrollan una actividad especialmente peligrosa o altamente regulada, la fórmula colegial de la función de cumplimiento tiende a imponerse debido a las características definitorias de esta clase de organizaciones así como a los múltiples riesgos de incumplimiento que pueden florecer en su seno¹²⁶⁴. Resulta un tanto difícil pretender en estos casos que sea tan solo una persona quien se ocupe de gestionar todos y cada uno de los asuntos de *compliance* que requieren de atención ya no sólo por la considerable carga de trabajo que ello acarrearía sino también por la seria dificultad de hallar un perfil “renacentista” con conocimientos acerca de todos los ámbitos de riesgo. Por ello, pasa a ser necesaria la integración en la empresa de una pluralidad de responsables.

A falta de una regulación legal en este campo, no existe, al menos por el momento, un modelo consensuado de articulación colegial¹²⁶⁵. Las corporaciones, sirviéndose de su derecho a la libertad de empresa (artículo 38 CE), gozan de un holgado margen a la hora de resolver cómo configurar la función de cumplimiento en línea con sus necesidades y particularidades, siempre y cuando no traspasen las fronteras marcadas por las disposiciones normativas societarias y de buen gobierno corporativo. A día de hoy, es

¹²⁶³ Por ejemplo, de la lectura del Reglamento de los Órganos de la función de cumplimiento del Corte Inglés se extrae que esta sociedad mercantil tiene incorporado en su seno un responsable de cumplimiento normativo que cuenta con el asesoramiento de un Comité de Cumplimiento Normativo y con la colaboración de un Departamento de Desarrollo Corporativo Interno. Enlace: <https://www.elcorteingles.es/recursos/informacioncorporativa/doc/portal/2018/01/30/reglamento-organos-cumplimiento-27sept2017.pdf>

¹²⁶⁴ Los tribunales italianos brillan por su claridad en este extremo: *Indubbio che per enti di dimensioni medio-grandi la forma collegiale si impone (Ordinanza 4 aprile 2003 del Tribunale di Roma)*.

¹²⁶⁵ BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, pág. 349.

legalmente factible que el organismo colegiado en cuestión surja como producto de una fusión entre la función de cumplimiento y otros profesionales ya asentados en la compañía que tengan atribuidas funciones de vigilancia y control o bien que en su seno queden integrados multiplicidad de perfiles divergentes entre sí, tales como controladores internos, auditores, asesores jurídicos, responsables de recursos humanos o, por supuesto, COs *stricto sensu*.

El modelo que será acogido para los propósitos de este capítulo será uno de corte sectorial, pues éste es el que creo que mayores retos planteará a la teoría del delito. Con esta forma de configuración pretendo referirme a un organismo colegiado presidido y coordinado por un CCO y conformado por una serie de COs especializados en aquellos sectores de riesgo que hayan sido identificados en la matriz de riesgos como de eventual acaecimiento y significativa potencialidad lesiva (fraude fiscal, daños informáticos, corrupción, etc.)¹²⁶⁶, sin perjuicio de que alguno de ellos haya sido confiado seguramente a un departamento técnico (por ejemplo, medioambiente)¹²⁶⁷. Dependiendo del tipo de organización, será necesario, además, sistematizar dicho sector de cumplimiento (la penal) con otras áreas legales de interés (protección de datos, derecho de la competencia, tributario, etc.) a fin de consolidar en la organización una superestructura de *compliance*¹²⁶⁸.

2. Incumplimientos penalmente relevantes acontecidos en el seno del órgano colegiado de cumplimiento

Si afirmábamos que entre el órgano de administración y el CO rige una relación de tipo vertical en tanto delegante (superior) y delegado (subordinado), los miembros del órgano colegiado de cumplimiento comparten entre sí, en cambio, una relación horizontal de igualdad fruto del reparto funcional de tareas y la correlativa

¹²⁶⁶ Se hacen eco de esta forma de configuración BÜRKLE, J: “Grenzen der strafrechtlichen Garantenstellung des Compliance-Officers”, págs. 6 y ss. SCHROTT, T: *Unterlassungszurechnung bei drittvermittelten Rettungsgeschehen...*, págs. 307-308. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2ª ed., 2016, págs. 221-249, pág. 247.

¹²⁶⁷ Vid. Capítulo III. Apartado 3.2.2.a.

¹²⁶⁸ Vid. CASANOVAS YSLA, A: “Superestructuras de *compliance*: el estándar global”, *Blog KPMG Legal*, 2014. Enlace: <https://www.tendencias.kpmg.es/2014/10/superestructuras-de-compliance-el-estandar-global/>

especialización con la que se opera. Cualquier actividad cuyos resultados dependan de una óptima sincronización entre distintos profesionales focalizados en una concreta porción de una materia específica generará entre ellos ciertos vínculos en una esfera de práctica equivalencia, tal como sucede paradigmáticamente en las operaciones quirúrgicas marcadas por una clara distribución de roles (cirujano, anestesista, etc.). Aun así, siendo precisos, la presencia de un CCO en la estructura colegial permitiría colegir que a esa relación horizontal se le suma otra vertical respecto éste y todos los COs sectoriales existentes. Es más, para ser exactos, a dicha estructura se le acoplaría, a su vez, otra relación vertical más: aquella que vincula al órgano colegiado de cumplimiento en su conjunto con el órgano de administración.

Bajo este entendimiento, uno de los extremos más controvertidos y, pese a ello, menos estudiados del Derecho penal de empresa guarda relación con qué principio de imputación resultaría de aplicación entre aquellos sujetos, como los COs sectoriales, situados en un plano de horizontalidad. A fin de ofrecer una sólida respuesta a semejante cuestión, tendremos que examinar, antes que nada, los principios de imputación que han solido manejarse en esta constelación de relaciones con tal de razonar, acto seguido, cuál resultaría de aplicación en el supuesto de hecho que nos incumbe.

2.1. Principios de imputación en el marco de las relaciones horizontales: desconfianza, confianza y estricta separación de esferas

Nos adentramos en un contexto distinto a la relación vertical hilada entre el órgano de administración y el CO, uno en el que diversos COs sectoriales ubicados en el mismo eslabón de la estructura societaria mantienen entre sí un vínculo de corte horizontal carente de una orientación jerárquica. Y, en relación con este punto, resulta que la doctrina jurídico-penal ha solido manejar una serie de principios de imputación en el plano horizontal, cuya ordenación, en función del mayor o menor grado de vigilancia exigible, iría como sigue:

Primero, el principio de desconfianza, que traería como correlato la detentación de deberes de vigilancia y control recíprocos a efectos de obtener conocimiento sobre el posible acaecimiento de eventos antijurídicos para así reaccionar en aras de neutralizar

los cursos de riesgo alertados¹²⁶⁹. Estos deberes de vigilancia y control recíprocos suelen diferenciarse respecto a aquellos contextos de aseguramiento doble o múltiple¹²⁷⁰ surgidos a propósito de la realización de actividades especialmente riesgosas. Se trata de coyunturas muy particulares en las que un sujeto hace suyo el deber de examinar y compensar los fallos de un tercero en una actividad determinada. Aquí, según MARAVER GÓMEZ, “el sujeto no controla que el tercero actúe correctamente sino que tiene definido su deber de cuidado con independencia de que el tercero actúe o no correctamente”¹²⁷¹.

A continuación, encontramos el principio de confianza, con arreglo al cual, uno puede estar en condiciones de confiar en la actuación lícita de su compañero siempre y cuando éste actúe conforme a Derecho, a no ser que las circunstancias del caso demuestren lo contrario, de modo que, al preservar un deber de naturaleza reactiva, si en el supuesto de hecho en cuestión se evidencia la antijuridicidad del comportamiento de las personas posicionadas en una esfera de igualdad, tendría que intervenir con tal de evitar su materialización¹²⁷².

En último término, se adiciona una tercera vertiente originada de la mano del principio de competencia y bautizada con el nombre de principio de estricta separación de esferas¹²⁷³. Con arreglo a este principio, incluso cuando se albergue conocimiento preciso sobre la actividad delictiva ajena, el deber de intervención a estos efectos no será superior al de cualquier ciudadano medio, dando lugar, a lo sumo, al castigo contemplado por el delito de omisión pura de no impedir delitos ajenos (artículo 450.2 CP) asentado sobre la base de la infracción de deberes positivo-generales fundamentados en razones de solidaridad intersubjetiva.

¹²⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración...”, pág. 2.

¹²⁷⁰ MARAVER, GÓMEZ, M: *El principio de confianza en derecho penal*, págs. 143-145. ROBLES PLANAS, R: “Principios de imputación en la empresa”, pág. 501. PUPPE, I: “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, pág. 4. LA MISMA: “Vor § 13 StGB”, pág. 602, Nm. 164.

¹²⁷¹ MARAVER, GÓMEZ, M: *El principio de confianza en derecho penal*, págs. 143-144.

¹²⁷² SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración...”, pág. 1. MARAVER, GÓMEZ, M: *El principio de confianza en derecho penal*, págs. 120 y ss. FEJOO SÁNCHEZ, B: “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal...”, págs. 38 y ss.

¹²⁷³ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración...”, pág. 2. ROBLES PLANAS, R: “Principios de imputación en la empresa”, págs. 500 y ss.

Así las cosas, cabe notar que, hasta el día de hoy, la única ocasión en la que parte de la doctrina jurídico-penal española ha invertido notables esfuerzos en discutir cuál de los principios desarrollados regiría en las relaciones horizontales ha sido a raíz de la STS de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010/4482) y el voto particular del magistrado BACIGALUPO ZAPATER que la acompañó en lo tocante a los vínculos que unen a los integrantes del consejo de administración en la empresa:

En el caso objeto de examen, el administrador de una gestoría se apoderó para sí de unas cantidades que determinados particulares le confiaron a fin de invertir las en la compraventa de obligaciones hipotecarias. El debate pivotó en torno a si los otros dos integrantes del consejo de administración debían haber implementado mecanismos de vigilancia y control con tal de impedir la comisión de delitos de apropiación indebida como el cometido por su compañero¹²⁷⁴.

A juicio de la posición mayoritaria, los administradores sociales carecerían de deberes de vigilancia y control recíprocos. El TS asume que los administradores deben desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, tal como lo prescribía el derogado artículo 127.1 LSA (actual 225 LSC). Pero entiende, sin embargo, que sus deberes se encuentran limitados a desempeñar sus propias conductas de forma correcta y a informarse sobre la marcha de la corporación, pero no engloban, en cambio, la vigilancia de la actividad de los demás miembros del consejo de administración, hasta el punto de tener que comprobar que no aprovechan su cargo para cometer actividades delictivas. En consecuencia, la Sala II se decanta a favor del principio de confianza y niega la responsabilidad omisiva de los acusados¹²⁷⁵.

¹²⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, sin embargo, parece apreciar antes una estafa que una apropiación indebida. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración...”, pág. 4, nota a pie de página nº 9.

¹²⁷⁵ Niega que los administradores hayan de vigilarse y corregirse mutuamente como si de una relación de delegación se tratara LASCURAÍN, J. A.: “La responsabilidad individual en los delitos de empresa”, pág. 113. Comparten que en el campo de las relaciones horizontales el principio de confianza desplegaría sus máximos efectos PIÑA ROCHEFORT, J. I.; COX VIAL, F.: “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza...”, pág. 199. PUPPE, I.: “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, pág. 4. LA MISMA: “Vor § 13 StGB”, pág. 602, Nm. 164. Afirma que en la actuación de los órganos colegiados muchas veces tiene validez el principio de confianza MEINI MÉNDEZ, I.: “La intervención en la adopción colectiva de acuerdos en una sociedad y responsabilidad penal”, *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, nº 57, 2004, págs. 287-315, pág. 309. En esta línea, aboga por la vigencia del principio de confianza entre los administradores sociales ESTELLITA, H.: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 166.

Por el contrario, para BACIGALUPO ZAPATER, un ordenado empresario ostenta “el deber de vigilar la legalidad de la actuación de la sociedad de cuyo Consejo es miembro”. Por ello, asevera que “un ordenado comerciante tiene la obligación de vigilar que otros miembros del consejo de administración no distraigan dinero de la sociedad”. A fin de ofrecer una sólida fundamentación a este pensamiento, el voto particular aduce que este deber deriva del elemento normativo empírico-cultural de “ordenado empresario” forjado sobre las bases de las modernas exigencias del derecho mercantil contable, las recomendaciones establecida en el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo y los valores de la cultura empresarial actual. Es mediante el razonamiento reproducido que el magistrado disidente, en un sentido contrario a la opinión mayoritaria, acaba por confirmar la vigencia del principio de desconfianza¹²⁷⁶.

De los posicionamientos expuestos puede desprenderse que tanto la sentencia de la opinión mayoritaria como el voto particular de BACIGALUPO ZAPATER convergen en que la ley (concretamente, la normativa societaria), en tanto fuente de garantía reconocida expresamente en el artículo 11 CP, representa la génesis de la posición de garante de los administradores sociales, sin embargo, discrepan a la hora de trazar su contenido y sus límites.

SILVA SÁNCHEZ pone de relieve, en un sentido distinto al señalado, que el punto de desencuentro fundamental no estribaría en semejante cuestión dogmática sino, más bien, en otra de corte más bien fáctico: el conocimiento por el resto de integrantes del órgano de administración de la actuación del consejero que perpetró el delito de

¹²⁷⁶ En un primer trabajo sobre este sector de estudio SILVA SÁNCHEZ concluye que los miembros del consejo de administración tienen deberes de garante recíprocos, sin embargo, estos no son de vigilancia. Ello se traduce, en opinión de este autor, en que “los consejeros no tienen el deber de organizar mecanismos recíprocos de vigilancia sobre las conductas que realizan unos y otros. Pero sí significa que, si un Consejero adquiere el conocimiento, aunque sea en términos de probabilidad, de la comisión de un delito por parte de otro, puede ser hecho responsable por omisión de dicho delito si, teniendo la capacidad de hacerlo, no lo evita”. En resumidas cuentas, SILVA SÁNCHEZ se decanta, en un primer momento, por la confianza en sentido tradicional. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración...”, pág. 5. Sin embargo, en plena era del cumplimiento normativo, da la impresión de que SILVA SÁNCHEZ ha modificado su postura inicial para posicionarse a favor de la vigencia del principio de desconfianza. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M: “La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración...”, pág. 50. Por su parte, coincide con el pensamiento del magistrado disidente JAÉN VALLEJO, M: “Contenido y alcance del deber de garante de los miembros de un Consejo de Administración: ¿debe extenderse el deber de vigilancia a actos de ilegalidad como la distracción de dinero? (STS núm. 234/2010, de 11-3)”, CPC, nº 102, 2010, págs. 247-253, pág. 253.

apropiación indebida¹²⁷⁷. Pues si para la mayoría de la Sala II dicho conocimiento no consta probado o incluso de haber sido hipotéticamente satisfechos dichos deberes de vigilancia y control tal conocimiento no podría haberse de todos modos obtenido, a juicio del voto particular ocurre todo lo contrario. Por ello, este autor piensa, no sin razón, que ambos posicionamientos podrían haber recurrido sin problemas a la versión convencional del principio de confianza de haber coincido en este aspecto, a saber, la prueba del conocimiento. La posición mayoritaria estaría en condiciones de condenar a los administradores sociales sin necesidad de asumir la concurrencia de un deber de vigilancia interno a nivel horizontal. Por su lado, el voto particular, partiendo de ese mismo nivel de conocimiento, tampoco tendría por qué haber recurrido al principio de desconfianza, toda vez que la existencia de indicios concretos en torno a la actividad ilegal del compañero ya desvirtuaría la operatividad del principio de confianza en su faceta tradicional¹²⁷⁸.

Lo anterior demuestra cuán capital es acreditar el grado de conocimiento del agente competente. No basta con comprobar si el espectro de responsabilidad del integrante de la relación horizontal abarca la vigilancia y control del comportamiento de sus compañeros sino que, en caso de contestar afirmativamente, resulta imprescindible examinar igualmente el grado de conocimiento del injusto ajeno a fin de fundamentar la imputación dolosa o imprudente del resultado por vía omisiva¹²⁷⁹. Ni la mera existencia del deber es suficiente para extraer automáticamente el conocimiento del sujeto competente¹²⁸⁰ ni tampoco el conocimiento genera *per se* el deber, pues este último, como se ha visto, preexiste y hay que determinar su contenido¹²⁸¹.

Prescindir de un tal factor de conocimiento tanto en el marco de las relaciones horizontales como las verticales podría conducirnos hacia peligrosas doctrinas de responsabilidad objetiva (*strict liability*) que no encontrarían cabida en nuestro ordenamiento jurídico. En el Derecho comparado la más representativa es la tan polémica *responsible corporate officer doctrine* consolidada a partir de los

¹²⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración...”, pág. 4. Considera, en contra, que éste no es el núcleo esencial del caso MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresarial...”, pág. 247.

¹²⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración...”, pág. 4.

¹²⁷⁹ MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresarial...”, págs. 247-248.

¹²⁸⁰ MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresarial...”, pág. 247.

¹²⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración...”, pág. 5.

pronunciamientos *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943) y *United States v. Park*, 421 U.S. 658 (1975). Conforme a ésta, para hacer responsable individual a un miembro de la dirección corporativa por el quebrantamiento de las disposiciones de una determinada ley federal como, por ejemplo, la FDCA, bastaría con acreditar la ostentación de una posición de responsabilidad y autoridad en la compañía, la facultad de evitar la infracción y su falta de impedimento, no siendo necesario probar ni la concurrencia de un comportamiento doloso o imprudente ni su intervención delictiva en el hecho penal¹²⁸².

2.2. Principio de imputación aplicable entre los integrantes del órgano colegiado de cumplimiento

A primera vista, resultaría acertado definir a los COs sectoriales como responsables de área, habida cuenta de que su cometido profesional parecería estar circunscrito a una concreta parcela de trabajo en el marco del cumplimiento normativo. Lo descrito ofrecería razones de peso para colegir que cada cual debería focalizarse, en principio, en su respectivo ámbito de especialidad. No pasa desapercibido, sin embargo, que los COs sectoriales forman parte de un mismo organismo, el órgano colegiado de cumplimiento, cuya constitución busca aglutinar y coordinar las diferentes áreas de cumplimiento en corporaciones en las que algo así resulte preciso. Como pone de relieve CASANOVAS YSLA, “un órgano colectivo de *compliance* no sustituye la necesidad individual de los diferentes modelos de gestión y sus respectivos líderes, sino que tiende puentes entre unos y otros para alcanzar objetivos que beneficiarán a todos y, por tanto, también a la organización”¹²⁸³. Es decir, la configuración en clave colegial de la función de cumplimiento, pese a comportar un consecuente reparto de tareas en el plano horizontal, persigue, en puridad, un propósito común que incumbe a todos sus integrantes:

¹²⁸² Por ejemplo, la *responsible corporate officer doctrine* fue empleada en el pronunciamiento judicial *United States v. DeCoster n° 15-1890 (2016)* para sentenciar a tres meses de cárcel a Jack DeCoster y su hijo Peter DeCoster por haber distribuido a través de su compañía alimenticia huevos contaminados con salmonelosis. Se estima que aproximadamente 56.000 consumidores resultaron afectados. Enlace: <http://media.ca8.uscourts.gov/opndir/16/07/151890P.pdf> Los condenados solicitaron al Tribunal Supremo norteamericano revisar el pronunciamiento, sin embargo, en mayo de 2017 su petición fue denegada. Enlace: <https://www.foodsafetynews.com/2017/05/supreme-court-will-not-review-decoster-sentences-in-egg-cases/>

¹²⁸³ CASANOVAS YSLA, A: “Cuando la función la desarrolla un órgano colegiado”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2016, págs. 1-20, pág. 13. Enlace: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Errores_Cumplimiento_N12.pdf

garantizar la buena marcha del CMS – o mejor: superestructura de *compliance* – a fin de alcanzar el cumplimiento del Derecho en el seno de la empresa.

El CCO se erige como una figura clave en la búsqueda de una tal sinergia entre los distintos sectores de cumplimiento. Este profesional no suele articularse como un “vigilante de los otros”¹²⁸⁴. Más bien, encarna un perfil de representación y coordinación¹²⁸⁵. Pero, dada la inexistencia de un estatuto profesional, no hay norma legal que impida que su rol de superior jerárquico en el seno del órgano colegiado de cumplimiento sea configurado en un sentido algo más intenso, dotándole de auténticas competencias de vigilancia, control y sanción. Si no fuese ese el caso, entonces, su labor se ceñiría, de un lado, a representar al órgano colegiado de cumplimiento tanto *ad intra* (frente al órgano de administración) como *ad extra* (frente a las autoridades) y, de otro, a coordinar las tareas de los distintos COs sectoriales en aras de garantizar una óptima consecución de los objetivos de *compliance*, bien sea, por ejemplo, a través de reuniones plenarios (incluyéndose en la convocatoria a aquellos COs que operan en áreas extrapenales, como competencia o protección de datos) o bien por medio de reuniones individuales¹²⁸⁶. Aparte, nada habla en contra de que el CCO, bien sea por razones presupuestarias u otras de índole diversa, se ocupe, al mismo tiempo, de gestionar un campo de riesgo determinado (por ejemplo, blanqueo de capitales), pudiendo ser catalogado, entonces, como una suerte de *primus inter pares*.

Pues bien, parece incuestionable que los COs sectoriales, en virtud de su posición de deber, acogen el compromiso de integrar y articular aquellos mecanismos de *compliance* arraigados a su respectivo ámbito de especialización (medioambiente, blanqueo de capitales, fiscal, delitos informáticos, etc.) así como de extenderlos a todos los niveles de la empresa, incluidos los horizontales. En eso consiste su trabajo y para eso son contratados. Por ello, ejemplificativamente, el CO especializado en el sector de la corrupción privada debe verificar que los canales de *whistleblowing* están al alcance de los otros miembros del órgano colegiado de cumplimiento y que los controles implantados en este ámbito también les afectan. A fin de cuentas, no puede descartarse seriamente que estos, en un momento dado, sean también objeto de un acto de soborno

¹²⁸⁴ Esta denominación la emplea en un sentido genérico ROBLES PLANAS, R: “Principios de imputación en la empresa”, pág. 501.

¹²⁸⁵ CASANOVAS YSLA, A: “Cuando la función...”, pág. 14.

¹²⁸⁶ CASANOVAS YSLA, A: “Cuando la función...”, pág. 15.

por un tercero a fin de obtener un beneficio o favor en una actividad de negocio. De lo precedente se colige que en lo tocante a su respectiva esfera de responsabilidad el principio de desconfianza impera en las relaciones horizontales del órgano colegiado de cumplimiento. Cada CO sectorial debe perseguir la obtención de conocimiento sobre la comisión de ilícitos penales por medio de la gestión eficiente de las herramientas de *compliance* cuya debida operatividad recae en su esfera de incumbencia.

Hasta aquí no parece que las observaciones ofrecidas sean objeto de controversia. El verdadero aspecto de debate radicaría en qué principio de imputación rige en relación con aquellos sectores de riesgo situados fuera del marco de responsabilidad personal respectivo de cada CO sectorial. ¿Les corresponde a los COs sectoriales, además de supervisar de arriba hacia abajo la organización, ser vigilantes unos de otros en estos casos? ¿Cabe constatar la estructuración de una forma de vigilancia y control en semejante óptica horizontal? Es decir, ilustrando las ideas precedentes con un par de ejemplos, ¿debe el CO especializado en el campo de las estafas y la publicidad engañosa procurarse conocimiento sobre aquello que hace el CO ocupado del bloque de delitos informáticos a efectos de intervenir ante la falta de reporte de una actividad sospechosa? O bien, ¿resulta predicable una misma responsabilidad en el CO encargado del sector del medioambiente respecto a las labores emprendidas por el CO experto en fraude fiscal para el caso en que éste urda junto con el director financiero una operativa de defraudación con miras a evitar abonar una cuota tributaria del impuesto de sociedades?

Según creo, en este tipo de coyunturas, el principio de desconfianza dejaría de operar. El motivo es evidente: en el órgano colegiado de cumplimiento ya cabe localizar a un CO sectorial que se ha comprometido a gestionar aquellas medidas de *compliance* vinculadas con ese específico sector de riesgo. Es decir, ya existe un profesional al que se le ha depositado la responsabilidad de articular herramientas de vigilancia y control con miras a detectar tales injustos penales y cuya infracción del rol asumido le acarrearía específicas consecuencias jurídico-penales. Afirmar que también sus compañeros deben ocuparse de esta tarea acarrearía serias duplicidades e incluso multiplicidades que malbaratarían gravemente recursos y tiempo en contra de los principios de eficiencia y división del trabajo.

Ahora bien, en el lado opuesto, tampoco parece plausible que cada CO sectorial esté en condiciones de invocar a su favor el principio de estricta separación de esferas con tal de poder escudarse en su desentendimiento respecto aquello que sucede extramuros de su ámbito de competencia. Pese a que dé la impresión de que cada CO sectorial queda circunscrito a su respectiva parcela de trabajo, una que diverge respecto a aquella otra que recae en el ámbito de competencia de los demás, todos ellos, en realidad, compartirían una aspiración común: asegurar la funcionalidad global de la superestructura de *compliance* a fin de garantizar el cumplimiento del Derecho en la empresa. Por expresarlo con las palabras a las que recurre, en general, SILVA SÁNCHEZ, las esferas de organización de los COs sectoriales *prima facie* separadas se hallarían en realidad integradas en una (macro) esfera de organización común¹²⁸⁷. Con esto no pretendo expresar que la pertenencia a un mismo organismo sea lo que impida desentenderse sobre aquello que ocurre extramuros de su respectiva labor especializada. Bien mirado, es ese punto de intersección de responsabilidad entre los integrantes del órgano colegiado de cumplimiento radicado dentro de una tal división funcional lo que ofrecería base para ello. Consiguientemente, el nivel de incumbencia del CO sectorial respecto de aquello que acontece en el seno del órgano colegiado de cumplimiento no podría ser idéntico al de cualquier otro miembro de la organización. Pecaría de inconsistente afirmar, de hecho, que el grado de reproche dirigido contra uno de los COs sectoriales por su desligamiento puede llegar a ser el mismo que aquel atribuible a un miembro de la organización distinto (un operario, por ejemplo) que recaba igualmente conocimiento pero que, aun así, se mantiene impertérrito frente al ilícito penal.

Algo bien distinto a lo anterior concurriría en las relaciones hiladas entre los directivos de empresa, en tanto proyección paradigmática del principio de competencia¹²⁸⁸ y, por ende, de la máxima de que no todo es asunto de todos¹²⁸⁹. Su estricta separación ya no sólo orgánica sino estrictamente funcional permite fundamentar con más facilidad su desligamiento respecto a la labor del resto. Cabe decir, por ello, que el director de

¹²⁸⁷ En general, SILVA SÁNCHEZ, J.M: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, pág. 210.

¹²⁸⁸ Defiende la operatividad del principio de estricta separación de esferas entre los directivos de empresa SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración...”, pág. 4.

¹²⁸⁹ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B: *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, págs. 179, 191. PIÑA ROCHEFORT, J. I; COX VIAL, F: “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza...”, págs. 185-186. GARCÍA CAVERO, P: “Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 10, 2008, págs. 199-218, pág. 210.

marketing no tiene por qué ocuparse de supervisar que el producto final satisface los estándares de calidad exigibles en el mercado pero sí debe verificar que la publicidad emitida por la corporación es veraz y no conduce a engaño. Cada directivo se responsabiliza exclusivamente de su sector de actividad y pone sus máximos esfuerzos en conseguir el propósito para el que ha sido contratado (dependiendo del tipo de directivo: la gestión de los procesos de selección de personal, la distribución y venta de los productos de la empresa, la llevanza de la contabilidad de la empresa, etc.). Lo antedicho, sin embargo, no entraría en colisión con la institucionalización en plena era del *compliance* de la expresión “si ves algo, di algo”. A pesar de que sobre todos los integrantes de la empresa, incluidos los directivos, recaiga un deber *ad intra* de denunciar ante el CO por medio de los canales de *whistleblowing* aquellas conductas antijurídicas interceptadas, en mi opinión, su infracción no permitiría fundamentar una intervención delictiva de corte omisivo. Semejante comportamiento desencadenaría, a lo sumo, meras sanciones laborales¹²⁹⁰.

En resumidas cuentas, pienso que todo apunta a que el principio de imputación que presidiría las relaciones horizontales entre los COs sectoriales en conexión con aquellos ámbitos excluidos de su esfera de especialización sería el principio de confianza, entendido en un sentido tradicional. Al CO sectorial no le compete articular mecanismos de vigilancia y control recíprocos en torno a la labor de sus compañeros, a excepción de aquellos que recaigan dentro de su círculo de incumbencia. No obstante, parece inasumible, en el otro extremo, que pueda desentenderse completamente de aquello que sucede extramuros de su labor. Sólo en el supuesto de que recabe indicios fundados sobre la realización activa u omisiva de un injusto penal por uno de sus compañeros deberá proceder a neutralizarlo bajo el riesgo de incurrir, de lo contrario, en responsabilidad omisiva. Su posición de deber en este ámbito sería, en fin, reactiva, pero en ningún caso proactiva.

Por lo general, el CO sectorial carecerá de competencias ejecutivas válidas frente a sus compañeros con tal de relevarles de su puesto de trabajo con motivo de la comisión de un delito. De hecho, a duras penas va a ser eso posible en nuestro ordenamiento jurídico. Como la figura del CO tenderá a ser encarnada por un alto puesto directivo o

¹²⁹⁰ Vid. Capítulo IV. Apartado 3.3.2.a.

un consejero delegado, semejantes competencias de dirección y sanción, por expresa disposición legal, le corresponderán, cuanto menos en las sociedades de capital, originaria e indelegablemente al órgano de administración (artículos 249 bis a), e) y f) LSC)¹²⁹¹. Por eso, bastará con que el CO sectorial alerte al sujeto competente para remediar la situación antijurídica. Únicamente cuando, incluso transitando por esta senda, no se ponga fin a la realización típica y el CO sectorial haya agotado, si cabe, el resto de instancias internas de la corporación, cabrá barajar, a modo de último recurso, acudir las autoridades de la mano de una denuncia externa, si bien bajo un nivel de exigencia idéntico al predicable respecto a cualquier otro ciudadano¹²⁹².

3. Posible significación jurídico-penal de las votaciones en el órgano colegiado de cumplimiento

No siempre la toma de una decisión dependerá de la voluntad de un solo CO. En ocasiones, por el asunto del que se trate, tal vez sea precisa una deliberación colectiva seguida de una votación en la que participen todos o, cuanto menos, buena parte de los integrantes del órgano colegiado de cumplimiento¹²⁹³. Ante ello, podría ocurrir que el contenido de alguno de los acuerdos colegiales adoptados revista un carácter criminal, en cuyo caso, habrá que precisar la responsabilidad individual de sus votantes a la luz de su contribución personal, en tanto intervinientes en la formación de la voluntad del organismo al que pertenecen¹²⁹⁴, pues lógicamente, en ningún caso, será admisible imputar el resultado lesivo al organismo colegiado en su conjunto, lo que contravendría frontalmente el principio de culpabilidad propia¹²⁹⁵.

¹²⁹¹ Vid. Capítulo II. Apartado 5.1.

¹²⁹² Capítulo IV. Apartado 5.1.

¹²⁹³ En la *praxis* existen ejemplos de implementación de sistemas de votación para la toma de decisiones de los órganos colegiados de cumplimiento. Ejemplificativamente, véase el artículo 15 del Reglamento de la Unidad de Cumplimiento de Iberdrola. Enlace: https://www.iberdrola.com/wcorp/gc/prod/es_ES/corporativos/docs/reglamento_unidad_cumplimiento.pdf También véase el artículo 13 del Reglamento del Comité de Cumplimiento Normativo de Atresmedia. Enlace: <https://www.atresmediacorporacion.com/documents/2015/10/15/B743D8C3-431B-45CE-BC37-DDACA65A50E4/01103.pdf>

¹²⁹⁴ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, pág. 156. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, págs. 478-479. WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1996, pág. 166.

¹²⁹⁵ En particular, acerca del rechazo mayoritario del delito colegial originado en la doctrina jurídico-penal italiana, vid. MEINI MÉNDEZ, I: “La intervención en la adopción colectiva de acuerdos...”, págs. 292-295. KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, C.H. Beck, München, 2001, págs. 47-48.

Originariamente la responsabilidad penal por la toma de decisiones colegiadas ha constituido una materia que ha preocupado especialmente a la doctrina jurídico-penal en el contexto de la introducción de productos nocivos en el mercado a propósito de casos tan mediáticos y debatidos como el del spray para el cuero¹²⁹⁶ o el de los barnices de madera¹²⁹⁷, en Alemania, o el del aceite de colza¹²⁹⁸, en España. Empero, en la actualidad, es dable afirmar que este asunto trasciende de este estricto campo y resulta extensible a otros igual de relevantes, como la Administración Pública¹²⁹⁹ o, incluso, como se ve, el cumplimiento normativo. Por ello, en lo que sigue, trataremos de dar respuesta a algunas de las cuestiones más elementales originadas a propósito de la aprobación en el seno del órgano colegiado de cumplimiento de un acuerdo colegial de corte antijurídico.

3.1. Precisiones iniciales

3.1.1. Delimitación entre acción y omisión

Una primera precisión que hace falta trazar con carácter previo a cualquier proceso de individualización de la responsabilidad penal en el marco de las votaciones efectuadas en el seno de cualquier organismo colegiado tiene que ver con la determinación de si la decisión colectiva adoptada da lugar a una acción o bien a una omisión penalmente relevantes¹³⁰⁰. Para este fin, deviene esencial examinar el sentido típico de la decisión colectiva adoptada¹³⁰¹. Es decir, el acto positivo de votar no preconditiona el carácter activo de la responsabilidad penal de sus intervinientes, antes bien, es el contenido del acuerdo en sí el que permite fundamentar una responsabilidad penal activa u omisiva. Concretamente, en relación con esta última forma de realización delictiva, es preciso

¹²⁹⁶ Sentencia del BGH de 6 de julio de 1990 – 2 StR 549/89.

¹²⁹⁷ Sentencia del BGH de 2 de agosto de 1995 – 2 StR 221/94.

¹²⁹⁸ STS de 23 de abril de 1992 (RJ 1992/6783).

¹²⁹⁹ Vid. WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, págs. 162-164.

¹³⁰⁰ Advierten esta necesaria distinción apriorística entre acción y omisión en el marco del caso *Lederspray*, entre otros, KUHLEN, L: “Strafliche Produkthaftung”. En ACHENBACH, H; RANSIEK, A; RÖNNAU, T., (dirs.): *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2015, págs. 122-124. ROTSCH, T: “Lederspray“ redivivus – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen. Zugleich ein Beitrag zu der vermeintlichen Notwendigkeit der Abgrenzung von Tun und Unterlassen und den Voraussetzungen der Mittäterschaft”, *ZIS*, Vol. 1, 2018, págs. 1-13, págs. 2-4.

¹³⁰¹ LASCURAÍN, J. A: “La responsabilidad individual en los delitos de empresa”, pág. 112. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, nº 8, 1998/1999, págs. 187-212, pág. 189.

matizar que las denominadas omisiones colectivas, en puridad, pueden llegar a articularse de dos formas bien distintas: o bien a través de un acuerdo, en virtud del cual, se omita un comportamiento específico o bien por medio de la omisión de una determinada decisión colegiada encaminada hacia la evitación de un concreto resultado antijurídico¹³⁰².

Bajo estas premisas, parece que tanto una como otra forma de realización delictiva – acción y omisión – podrían darse en el marco del organismo colegiado de cumplimiento. Pues tanto resulta imaginable que sus miembros adopten la decisión de eliminar una denuncia del buzón de entrada del canal de *whistleblowing* (acción) como que omitan la actualización de unas medidas de control ya desfasadas (omisión), bien mediante acuerdo (primera modalidad omisiva), bien no reuniéndose para adoptar uno, debiendo hacerlo (segunda modalidad omisiva).

3.1.2. Simultaneidad o no simultaneidad

Otra precisión que necesariamente ha de efectuarse, debido a sus importantes repercusiones en sede penal, guarda relación con el hecho de si las votaciones del órgano colegiado de cumplimiento son o no realizadas de forma simultánea¹³⁰³. Partiendo de la definición aportada por JAKOBS, entendemos que dos comportamientos son simultáneos si cada cual toma una decisión sin saber lo que el otro va a decidir¹³⁰⁴. Concurrirá simultaneidad, por ende, cuando los miembros del órgano colegiado de cumplimiento tengan que votar al mismo tiempo y cada cual no sepa en qué sentido votará el resto. No habrá cabida para una tal simultaneidad, en cambio, en caso de que el reglamento interno de funcionamiento establezca, con base en criterios de índole diversa, un orden de prelación en la emisión del voto.

¹³⁰² SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, págs. 156-157. GRECO, L.: *Problemas de causalidade e imputação objetiva...*, pág. 43. KNAUER, C.: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, págs. 201-202.

¹³⁰³ Al respecto, vid. MEINI MÉNDEZ, I: “La intervención en la adopción colectiva...”, págs. 296 y ss.

¹³⁰⁴ JAKOBS, G: “Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen”. En KÜHNE, K. K., (coord.): *FS für Koichi Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden, 1995, págs. 419-436, pág. 424.

3.1.3. Acuerdo inmediatamente ejecutivo o acuerdo mediatamente ejecutivo

Recaba especial relevancia distinguir igualmente en función de si los acuerdos que han sido aprobados por el órgano colegiado de cumplimiento son directamente ejecutivos o bien mediatamente ejecutivos¹³⁰⁵:

Cuando un organismo colectivo, ya sea la junta de socios, el consejo de administración o el órgano colegiado de cumplimiento, alcanza una decisión y su adopción ya es sinónimo de ejecución delictiva o incluso de consumación, se entiende que el acuerdo es inmediatamente ejecutivo. En las sociedades mercantiles el paradigma de esta constelación de decisiones sería la aprobación por los socios mayoritarios del acuerdo de negar el derecho de información a un socio minoritario (artículo 293 CP). Y puede que algunos de los acuerdos del órgano colegiado de cumplimiento también lleguen a materializarse sin necesidad de pasar por filtros intermedios, si es que, por ejemplo, sus integrantes, después de una intensa deliberación, acuerdan omitir reportar al órgano de administración un evento antijurídico detectado que finalmente no consigue impedirse.

En el reverso, resulta asimismo imaginable que la decisión colectiva no detente semejante inmediatez ejecutiva y que su materialización dependa de la posterior actuación de sujetos subordinados. Justo eso sucedió en el caso del spray para el cuero: los integrantes de la dirección corporativa acordaron continuar con la venta del producto nocivo pero fueron otros quienes lo fabricaron y distribuyeron. Y quizás algo similar ocurra en el seno del órgano colegiado de cumplimiento si sus miembros, contando con facultades ejecutivas, ordenan a un trabajador continuar con una práctica empresarial contraria a Derecho. Son estos quienes emiten la orden, no obstante, su ejecución queda en manos de otro, no en las suyas.

¹³⁰⁵ Sobre esta distinción, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, págs. 157-158. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones acerca...”, págs. 200 y ss.

3.2. Voto a favor

3.2.1. Adopción del acuerdo por mayoría ajustada

a. Causalidad e imputación objetiva

Parece indiscutible que quien emite su voto a favor de una decisión de corte criminal debe afrontar las consecuencias jurídico-penales que se derivan de los resultados lesivos producidos. Tradicionalmente, a fin de dotar de fundamento a esta aseveración, un consolidado sector doctrinal ha configurado la individualización de la responsabilidad penal de los intervinientes con base en la exigencia de una relación causal entre la emisión del voto y la adopción del acuerdo colectivo penalmente relevante¹³⁰⁶. Para aquellas decisiones que son aprobadas a partir de una mayoría ajustada, esto es, la mayoría mínima requerida a efectos de aprobar un concreto acuerdo, el empleo de la clásica fórmula de corte hipotético de la *conditio sine qua non* ofrecería, según esta sección de pensamiento, resultados satisfactorios: si cualquiera de los votos es eliminado, el resultado lesivo no se produciría, por lo cual, deviene sencillo apreciar su carácter causal. Los problemas empiezan a surgir en el momento en el que el acuerdo es adoptado a partir de más votos de los necesarios¹³⁰⁷.

Sin embargo, resulta que la visión reproducida no ha estado exenta de opiniones disonantes. Y con razón. Pues semejante fijación en el aporte individual parece olvidar que el llamado a tomar la decisión colectiva es el organismo colegiado en conjunto y no sus integrantes individualmente considerados¹³⁰⁸. Es decir, no se trata de contribuciones que por sí solas creen una pluralidad de riesgos penales paralelos e independientes que expliquen por sí solos el resultado sino de la creación conjunta de un único riesgo a raíz de una decisión colectiva articulada por medio de la conjunción de un número

¹³⁰⁶ Ofrecen una completa visión panorámica, a este respecto, KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, págs. 83 y ss. WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, págs. 75 y ss. SCHAAL, A: *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2001, págs. 22 y ss.

¹³⁰⁷ Vid. Capítulo V. Apartado 3.2.2.

¹³⁰⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 196. GARCÍA CAVERO, P: “La responsabilidad penal por decisiones colegiadas en el ámbito de la empresa”, *Derecho & Sociedad*, n° 39, 2012, págs. 70-76, pág. 72.

determinado de votos (cuanto menos, los requeridos para la aprobación del acuerdo)¹³⁰⁹. Ese es el hecho penal que ha de interesarnos.

En consecuencia, a mi entender, lo que hay que examinar no es aislada e independientemente el aporte de cada miembro para luego comprobar si encaja desde una óptica causalista con la decisión colegial. Parece más atinado fijarse directamente en el propio acuerdo colectivo, pues, al fin y al cabo, es éste el que se relaciona causalmente con el resultado típico y el que acaba por crear un solo riesgo desaprobado por el Derecho o aumentar el ya existente por encima del umbral de lo socialmente permitido. Sólo poniendo la mirada en el acuerdo antijurídico en sí resulta posible fundamentar satisfactoriamente la responsabilidad de los intervinientes en vista a sus contribuciones (sus votos). Tal razonamiento, a la postre, alcanza las mismas conclusiones que los postulados analizados dentro del marco de las decisiones adoptadas por medio de una mayoría ajustada – todos aquellos que votaron a favor del acuerdo antijurídico han de responder penalmente – si bien transita por una senda que, desde mi punto de vista, resulta dogmáticamente más atinada.

b. Cointervención delictiva: en concreto, la coautoría

b.1. Acción y omisión

Es sabido que el sector del *compliance* reclama a sus profesionales el desempeño de un amplio espectro de funciones de diversa naturaleza¹³¹⁰. Y resulta comprensible que si estos adoptan una decisión colegiada penalmente relevante en cualquiera de las materias que les atañe, su contenido pueda divergir en función del asunto concreto sometido a votación. Por ejemplo, quizás su acuerdo verse sobre una deficitaria implantación de un

¹³⁰⁹ En este sentido, JAKOBS, G: “Strafrechtliche Haftung...”, págs. 421 y ss. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 196. GARCÍA CAVERO, P: “La responsabilidad penal por decisiones colegiadas...”, págs. 70,72. WEEZEL, A. V: “Autoría y responsabilidad por el producto: ¿participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva?”. En MONTEALEGRE, L. E., (coord.): *Derecho Penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin y sobre las estructuras modernas de imputación. Tomo II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, págs. 51-72, pág. 61. Por lo general, no considera necesario probar la relación causal entre la contribución al hecho y el resultado lesivo producido OTTO, H: “Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich”, pág. 282. En este sentido, también, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, págs. 333-335. RENZIOWSKI, J: “Die fahrlässige Mittäterschaft”. En DANNECKER, G., (dir.): *FS für Harro Otto: zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Carl Heymann, Köln, 2007, págs. 423-439, págs. 431-432.

¹³¹⁰ Vid. Capítulo I. Apartado 2.

control necesario para impedir riesgos de corrupción. O bien incluso tal vez concurra una convergencia entre una omisión conjunta y una omisión sucesiva¹³¹¹ si es que los miembros del organismo acuerdan omitir reportar al órgano de administración una irregularidad alertada (omisión conjunta), imposibilitando, de este modo, su correlativa intervención de cara a impedir la comisión del injusto ajeno (omisión sucesiva).

A falta de la posibilidad de realizar un profuso análisis que abarque cada una de las hipótesis imaginables, en las siguientes líneas me limitaré a exponer y aplicar, dentro del ámbito de las votaciones efectuadas en el seno del órgano colegiado de cumplimiento, los presupuestos generales de la coautoría en tanto punto de conexión entre las distintas clases de acuerdos colectivos que puedan aprobarse. Y ello sin ignorar que no siempre la adopción de una decisión colegial en este campo detentará ese significado en sede de autoría y participación, pudiendo hallarse supuestos en los que acaben por proyectarse otras formas de intervención delictiva, tales como la co-autoría mediata o la co-participación, dependiendo del sentido de la decisión colegial adoptada o del tipo penal implicado¹³¹².

Pues bien, la doctrina jurídico-penal mayoritaria reclama como presupuesto inexorable a efectos de fundamentar una responsabilidad en coautoría la apreciación de un elemento subjetivo radicado, sin embargo, en el tipo objetivo: un plan conjunto en torno a la realización colectiva de una actividad generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado¹³¹³.

A este respecto, DENCKER adopta una posición especialmente crítica con la extendida calificación del acuerdo conjunto para la realización del hecho (*gemeinsamer Entschluß zur Tat*), toda vez que, a su parecer, resultaría más pertinente hacer referencia a una decisión para la realización de un hecho conjunto (*Entschluß zur gemeinsamen Tat*), pues, según entiende, habrá veces en las que al coautor el proyecto intelectual le vendrá

¹³¹¹ ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, págs. 284-285.

¹³¹² En este sentido, acerca los acuerdos colegiales, si bien desde una óptica genérica, RODRÍGUEZ MONTANÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 198. KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, págs. 163 y ss. DENCKER, F: “Mittäterschaft im Gremien”. En AMELUNG, K., (hrsg.): *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro Universitate, Sinzheim, 2000, págs. 63-70, pág. 65.

¹³¹³ En contra, un sector minoritario de la doctrina entiende que no haría falta exigir este presupuesto sino sólo un reparto vinculante del trabajo en la realización del delito. Con amplias referencias, vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, págs. 228 y ss.

dado por otro sujeto¹³¹⁴. Tal posicionamiento no puede, sin embargo, convencer. Por mucho de que sean terceros las mentes del plan criminal, la adhesión del coautor al mismo justifica que éste sea tratado como suyo en idéntica medida que quien lo ideó, razón por la cual, dicho plan aún cabría seguir siendo concebido desde una óptica colectiva. Es más, rara vez diversas personas van a lanzar una propuesta de forma simultánea: las mentes humanas no están sincronizadas unas con otras. Lo más habitual es que sea uno sólo quien tome la iniciativa de delinquir y otros quienes acepten el proyecto criminal propuesto pero, sin embargo, lo maticen, enmienden, amplíen o recorten. Consiguientemente, no creo que sea erróneo aludir en estos casos a una conjunción de los coautores respecto al plan criminal en sí.

Que se haga depender la coautoría de la existencia de este elemento no significa, en cualquier caso, que el plan conjunto haya de ser expreso y previo al momento de la ejecución delictiva. A la doctrina le basta con que sea tácito y coetáneo a esa etapa¹³¹⁵. Es más, incluso puede que sea objeto de modificación a lo largo de la ejecución, bien sea ampliándolo o recortándolo, siempre y cuando esta circunstancia sea consentida por las partes¹³¹⁶, quienes, por cierto, pueden ser anónimas unas respecto a las otras.

La importancia del requisito subjetivo examinado queda constatada, en primer lugar, por representar el presupuesto que permite tanto fundamentar como limitar el denominado principio de imputación recíproca, con arreglo al cual, a los coautores se les podría atribuir lo que ha hecho el resto, como si ellos mismos lo hubiesen llevado a cabo¹³¹⁷. Reina cierto consenso en la doctrina en que el plan conjunto fundamenta semejante estructura de imputación porque es precisamente a partir del mismo que resulta constatable un compromiso entre los coautores en torno a la realización típica conjunta que posibilita apreciar la unidad y vinculación de sus aportaciones. Pero, por

¹³¹⁴ DENCKER, F: *Kausalität und Gesamttat*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1996, págs. 158-160.

¹³¹⁵ MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, págs. 407 y ss., Nm. 15 y ss. BOLEA BARDON, C: *La cooperación necesaria...*, págs. 37-42. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 205. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, págs. 160 y ss. EISELE, J: “§ 25”. En BAUMANN, J; WEBER, U; MITSCH, W; EISELE, J., (dirs.): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Giesecking, Bielefeld, 12^a ed., 2016, págs. 737-796. Pág. 757, pág. 757, Nm. 61. En cambio, parece insistir en el carácter previo del acuerdo DENCKER, F: *Kausalität und Gesamttat*, pág. 133.

¹³¹⁶ EISELE, J: “§ 25”, pág. 757, Nm. 61.

¹³¹⁷ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, págs. 180-181. No paso por alto, sin embargo, que la imputación recíproca podría llegar a encontrarse en tensión con la exigencia de una responsabilidad estrictamente personal, razón por la cual, se antoja necesario delimitar bajo qué condiciones resulta tolerable. En este sentido, GRECO, L: *Problemas de causalidade e imputação objetiva...*, pág. 69.

otro lado, resulta que también la limita al trazar el coto de aquello que los coautores se han comprometido emprender, de tal forma que los comportamientos típicos que sobrepasen lo acordado serían considerados “excesos” que romperían el nexo de imputación y, por consiguiente, no serían susceptibles de ser atribuidos al resto de intervinientes¹³¹⁸.

De modo divergente, DENCKER rehúsa la extendida imputación recíproca de las divergentes contribuciones antes aludida. A juicio del autor alemán, lo que se les imputaría a los coautores no sería otra cosa que el hecho conjunto (*Gesamttat*)¹³¹⁹. Ello es producto de la coherencia que el autor alemán pretende mantener con sus postulados en torno a la aplicación en la coautoría del principio normativo de responsabilidad por el hecho global y la subsunción del comportamiento de los coautores en un tipo penal conjunto que extrae a partir de la interpretación sistemática de los tipos penales de la Parte Especial con el § 25.2 StGB¹³²⁰. Tal visión peca, sin embargo, por su circularidad, pues si hay algo que caracteriza al hecho conjunto es precisamente su articulación a partir de la amalgama de aportaciones individuales. Es decir, el hecho conjunto no deja de ser el producto de la adición de las distintas aportaciones de los coautores. Por eso mismo, si al coautor se le imputa el hecho conjunto, en realidad, está siendo responsabilizado también por el comportamiento ajeno de sus compañeros.

Por lo demás, el requisito del plan conjunto recaba igualmente una intensa trascendencia por tratarse, además, del puntal clave que permite diferenciar la coautoría de la autoría accesoria, caracterizada por la concurrencia de una pluralidad de comportamientos independientes creadores de riesgos penales desaprobados que acaban por realizarse en un mismo resultado lesivo (“concurrencia de riesgos”¹³²¹) fruto de la casualidad¹³²², pero, desde luego, no como correlato de la confluencia de un nexo subjetivo en clave de concierto delictivo. En esta sede la operatividad del principio de imputación recíproca queda de lleno excluida al tratarse de contribuciones aisladas unas de otras, razón por la cual es erróneo referirse aquí a una realización típica conjunta.

¹³¹⁸ Vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, págs. 180, 263 y ss. EISELE, J: “§ 25”, págs. 757 y ss., Nm. 62 y ss.

¹³¹⁹ DENCKER, F: *Kausalität und Gesamttat*, págs. 250 y ss. En un sentido análogo, BOLEA BARDON, C: *La cooperación necesaria...*, pág. 35.

¹³²⁰ DENCKER, F: *Kausalität und Gesamttat*, págs. 142 y ss.

¹³²¹ CORCOY BIDASOLO, M: “Participación y autoría accesoria...”, pág. 77 y ss.

¹³²² GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, págs. 182-183.

Volviendo a los supuestos de decisiones colectivas, si los miembros del órgano colegiado de cumplimiento acordasen de antemano su posicionamiento en relación con el asunto a dirimir, convirtiendo el acto de votación en una mera fachada formal, cabría ubicar sin problemas el plan conjunto en el acuerdo expreso informal adoptado de puertas hacia fuera con carácter previo a la sesión. Otra cosa es que los COs sectoriales, a lo sumo, debatan el objeto de la reunión antes o durante su celebración pero no sepan, ni mucho menos concierten, qué votará al final cada cual. Frente a esta situación, ubicar simple y llanamente el plan conjunto en el propio acuerdo colectivo se presenta como la solución más intuitiva pero, en cualquier caso, algo naif¹³²³. Los intervinientes, a la hora de votar, bien sea o no de forma simultánea, desconocen cuál va a ser el sentido de voto del resto de sus compañeros, por lo cual, resulta algo extraño concluir la existencia de un plan expreso, como si de un concierto directo en torno al “sí” al acuerdo colegial criminal se tratase.

Bien mirado, los miembros del órgano colegiado de cumplimiento, cuando participan en la votación, aceptan el proceso de formación de la voluntad colectiva y mediante la emisión de su voto favorable en el asunto concreto, sobre el que obviamente tienen constancia, expresan su intención de asumir como propio el acuerdo que, en última instancia, vaya a acogerse en la reunión a la que han sido convocados. Es decir, entre los votantes concurre un conocimiento mutuo en torno a esta circunstancia que permitiría fundamentar la presencia de un acuerdo de tipo concluyente¹³²⁴. La decisión colectiva aprobada gracias a la obtención de la concreta mayoría requerida representaría la terminación o punto del final del proceso de articulación de la voluntad del órgano colegiado de cumplimiento antes que el presupuesto subjetivo del plan conjunto que, como he tenido ocasión de justificar, ya podría asentarse en un momento precedente, esto es, en la etapa de posicionamiento de los COs sectoriales en torno al asunto concreto sometido a votación.

¹³²³ De esta opinión, KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 159. En cambio, identifican, sin hallar problemas de por medio, la decisión colegial *per se* como el elemento subjetivo de la coautoría WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, págs. 90-91. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 480.

¹³²⁴ Próximo a estas ideas KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, págs. 161-162. Cree que en las votaciones colegiadas concurre un acuerdo tácito y simultáneo con la emisión de un voto en el mismo sentido que otros RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 205.

Con lo expuesto, queda bastante claro que el plan conjunto representa un elemento irrenunciable en sede de coautoría. Sin embargo, dista de ser el único y suficiente¹³²⁵. Al fin y al cabo, también las relaciones hiladas entre coparticipes o bien entre autores y partícipes pueden venir guiadas por un acuerdo de voluntades¹³²⁶. Y, lo que es aún más relevante, si nos contentamos con este solo requisito corremos el riesgo de recaer en la tan denostada teoría del acuerdo previo de corte subjetivista defendida en el pasado por el TS, conforme a la cual, para ser coautor, bastaba solamente con haber concertado un acuerdo de voluntades, sin importar la aportación objetiva al hecho delictivo¹³²⁷.

Cobra pleno sentido que la doctrina jurídico-penal estime preciso apreciar, de forma cumulativa al requisito subjetivo del plan conjunto, un presupuesto objetivo: la realización conjunta del hecho penal a partir de un criterio de división del trabajo¹³²⁸. En la coautoría huelga subrayar que las contribuciones individuales generalmente no son capaces por sí solas de explicar el resultado lesivo. Esto deviene posible sólo a partir de su adición con el resto de aportaciones. En efecto, por medio de su unión los intervinientes consiguen hacer mucho más que lo que podrían haber hecho de manera aislada¹³²⁹, lo cual da lugar a la creación de un único riesgo típico desaprobado.

Pues bien, tampoco en este terreno el criterio de competencia puede ser, en un primer estadio, descuidado, habida cuenta de que el riesgo penal conjunto necesariamente debe incumbir a los coautores, al haber sido por estos mismos generado¹³³⁰. Superado este filtro, ya cabe debatir acerca de la concurrencia de un dominio de carácter normativo. A este respecto, es sobradamente conocido el criterio propuesto por ROXIN del dominio funcional, con arreglo al cual, los coautores, para ser calificados como tales, han de haber suministrado una aporte esencial al hecho, hasta el punto que su retirada pueda desbarajustar el plan delictivo¹³³¹. Una de las críticas más punzantes a esta tesis ha sido

¹³²⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, pág. 31. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 226.

¹³²⁶ MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 424, Nm. 82. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, pág. 31.

¹³²⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, págs. 16-17. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, págs. 198 y ss.

¹³²⁸ MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, págs. 403 y ss., Nm. 2 y ss. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, págs. 292 y ss. EISELE, J: “§ 25”, págs. 763 y ss. Nm. 79 y ss.

¹³²⁹ PUPPE, I: “Der gemeinsame Tatplan der Mittäter”, *ZIS*, Vol. 6, 2007, págs. 234-246, pág. 236.

¹³³⁰ Ahora nos centramos en los supuestos de acción. Evidentemente nuestras consideraciones tendrán que variar frente a los casos de comisión omisiva. Más adelante nos pronunciaremos sobre ello.

¹³³¹ ROXIN, C: *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, págs. 269 y ss.

la esgrimida por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO quien, desde las filas de la teoría de la determinación objetivo-positiva desarrollada junto a su maestro LUZÓN PEÑA¹³³², propugna que el criterio defendido por ROXIN conduce hacia una concepción negativa de la coautoría (dominio negativo) inadmisibles. El mero poder de interrupción, a juicio de este autor, no puede convertir a alguien en coautor. Por eso, hace falta, en su opinión, que el coautor posea un dominio positivo – mejor: una determinación positiva – en virtud de la cual pueda decidir sobre la producción del hecho típico¹³³³.

Desde mi punto de vista, la esencialidad de la contribución no puede servir como criterio para definir cuando alguien puede ser castigado a título de coautor, pues hay aportaciones particularmente esenciales que también pueden tener origen en los cooperadores necesarios¹³³⁴. Aparte, nótese que no siempre será posible apreciar semejante esencialidad en el estricto campo de la coautoría: concretamente cuando el resultado esté sobrecondicionado y, consiguientemente, la retirada de la aportación no produzca ningún efecto adverso contra el éxito de la producción del hecho penal. Esto podría ocurrir, por ejemplo, si dos ladrones sujetan a un hombre mientras un tercero le roba sus pertenencias, a pesar de que con la fuerza de uno solo de ellos ya baste para mantenerlo agarrado. Lo anterior no obsta, sin embargo, para localizar otras situaciones de hecho en las que un tal dominio negativo se muestre como la cara adversa del dominio positivo¹³³⁵, esto es, cuando la contribución al hecho penal sea de tal entidad que tanto condicione su realización como desbarajuste el plan en el supuesto de ser retirada.

Bajo estas premisas, pienso que para hablar de dominio global entre los coautores resulta determinante que estos estén en condiciones de controlar el riesgo desaprobado necesariamente de manera conjunta, sin que sea requisito inexorable para ello que su intervención tenga lugar en la fase ejecutiva¹³³⁶. Es decir, el riesgo típico, esto es, el

¹³³² Vid. LUZÓN PEÑA, D.M; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica del hecho como criterios de autoría”, *passim*.

¹³³³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: *La autoría en el derecho penal*, págs. 669-670. EL MISMO: “Autoría y participación”, págs. 19-20, 31-33.

¹³³⁴ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 398.

¹³³⁵ *Ibidem*, págs. 400 y ss.

¹³³⁶ GARCÍA CAVERO, P: “La responsabilidad penal por decisiones colegiadas...”, págs. 74-75. Disienten en este punto, entre otros, ROXIN, C: *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, pág. 274. MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 406, Nm. 13. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas

único creado por los coautores, tiene que estar necesariamente bajo su control de forma compartida (co-dominio)¹³³⁷. Como bien sintetiza BOLEA BARDON, cada coautor “posee algo más que el control sobre su porción del hecho, pero también implica que sólo dirige el suceso junto a los demás”¹³³⁸. Se trata, en fin, de un ataque conjunto a un mismo bien jurídico basado en una unidad de las actuaciones individuales¹³³⁹.

Salta a la vista que en materias colectivas en las que, por definición, han de intervenir dos o más personas, el integrante individual del órgano colegiado de cumplimiento, por sí solo, no es capaz ni de dirimir nada ni mucho menos de lesionar o poner en peligro el bien jurídico. Alcanzar un acuerdo con tintes criminales depende de una alianza junto al resto de sus compañeros en la votación colectiva. Para ello, cada CO sectorial despliega un aporte de igual rango – su voto favorable de idéntico valor¹³⁴⁰ – cuya suma abre la puerta a la referida decisión colegial. Es así como sus contribuciones respectivas acaban por verse reflejadas conjuntamente en el momento de la ejecución del hecho penal, que bien podrá tratarse del acuerdo colectivo en sí una vez aprobado (decisión colegial inmediatamente ejecutiva) o bien del hecho posterior materializado por un subordinado fruto de la emisión de una orden por los miembros del órgano colegiado de cumplimiento que hayan manifestado su respaldo (decisión colegial mediatamente ejecutiva).

Obviamente los votantes favorables a la decisión colegial criminal son competentes en este terreno ya no sólo porque el asunto sometido a votación recae dentro de su ámbito de responsabilidad – por eso tienen voz y voto a efectos de expresar su posicionamiento – sino porque el específico riesgo conjunto desaprobado les incumbe, precisamente por haberlo generado. Tampoco parece controvertido colegir que todos comparten entre sí un dominio normativo global en torno a dicho riesgo enmarcado fuera de la esfera de lo permitido. Después de todo, son estos los que mediante sus votos permiten la adopción de la decisión colegial trascendente para el Derecho Penal y los que en sede colegial

reflexiones...”, pág. 208. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, págs. 372 y ss. BOLEA BARDON, C: *La cooperación necesaria...*, pág. 37.

¹³³⁷ BOLEA BARDON, C: *La cooperación necesaria...*, pág. 32.

¹³³⁸ *Ibidem*, pág. 32.

¹³³⁹ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 402. En un sentido análogo, BOLEA BARDON, C: *La cooperación necesaria...*, pág. 31.

¹³⁴⁰ Habla sobre una misma intensidad de comportamiento entre los votantes KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 158. En este mismo sentido, también, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 198.

controlan conjuntamente el suceder típico. En lo que concierne particularmente a las votaciones aprobadas mediante una mayoría ajustada, no hay duda, por otro lado, de que sus respectivos votos son de esencial importancia, hasta el punto de que la sola retirada de uno pone en riesgo el éxito de la aprobación del acuerdo colegial. No obstante, como se ha podido justificar, la esencialidad de la contribución no constituye un criterio determinante en el ámbito de la coautoría¹³⁴¹ sino meramente un elemento circunstancial, pues habrá ocasiones, como la presente, en las que sí pueda ser objeto de apreciación, mientras que en otras no, como cuando el resultado de la votación se alcance con más votos de los necesarios¹³⁴².

En otro orden de cosas, resulta de gran interés examinar igualmente aquellas decisiones aprobadas en el seno del órgano colegiado de cumplimiento que recaigan, como sucederá con bastante frecuencia, sobre la omisión de un determinado comportamiento. Con tal de poder fundamentar satisfactoriamente un título de responsabilidad en coautoría comisiva omisiva, habría que comprobar, antes de nada, si el asunto sometido a votación se corresponde con aquella clase de riesgos que conforme al compromiso de garante acogido respectivamente por los COs sectoriales implicados tenía que ser controlado. Es decir, ha de tratarse necesariamente de una materia que repercuta en aquel ámbito de responsabilidad en el que estos se desenvuelvan como barreras de contención.

Que se exija la satisfacción de este presupuesto básico no quiere decir, sin embargo, que el compromiso de garante haya de ser necesariamente el mismo¹³⁴³. Puede que éste sea el grupo de supuestos más frecuente o, cuando menos, el más sencillo de imaginarse (por ejemplo, dos funcionarios de prisiones conciertan dejar de vigilar a un prisionero o bien dos guías optan por abandonar a su suerte a unos senderistas en el pico de una montaña¹³⁴⁴), pero, desde luego, no tiene por qué ser necesariamente el único.

¹³⁴¹ En sede de coautoría estima irrelevante la esencialidad de la contribución de cada voto individual para la adopción del acuerdo RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 206.

¹³⁴² Vid. Capítulo V. Apartado 3.2.2.

¹³⁴³ En cambio, defienden con carácter general la coautoría omisiva allá donde existe un deber de garante común ROXIN, C: *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, pág. 451. DENCKER, F: “Mittäterschaft im Gremien”, pág. 68.

¹³⁴⁴ Los ejemplos son de ROXIN, C: *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, pág. 451.

Semejante pensamiento de carácter unitario ha solido ser defendido especialmente por un sector de la doctrina que ha centrado sus análisis en aquellos contextos de introducción de productos peligrosos en el mercado¹³⁴⁵. Y en tales coyunturas resulta que, por lo general, parece sencillo localizar una convergencia en sede de garantía, puesto que todos los integrantes de la dirección corporativa son igual de responsables a la hora de acordar retirar el producto del mercado cuando queda probada su nocividad. En nuestro campo, tal coincidencia material puede que se articule cuando la omisión colectiva tenga que ver con cuestiones de *compliance* genéricas que deban interesar a todos los miembros del órgano colegiado de cumplimiento (por ejemplo, la revisión y actualización de determinadas medidas de control no financieras) por tratarse de asuntos de común incumbencia que recaen dentro de sus respectivos compromisos de garante libremente asumidos.

Con todo, entiendo que cabría seguir calificando la omisión como colectiva en caso de que ésta recaiga en la infracción de compromisos de garante divergentes cuyo cumplimiento conexo sea preciso a la hora de intervenir frente a determinados sucesos de trascendencia penal. Esto tal vez ocurra en asuntos específicos que trasciendan a más de un solo sector de cumplimiento y en los que sea necesaria, por consiguiente, la confluencia de varios COs sectoriales con compromisos de garantes de base no coincidentes. Sirva como ejemplo la llevanza de una compleja investigación interna acerca de la presunta comisión por un directivo de la corporación de un complejo concurso real de delitos continuados de fraude fiscal y cohecho activo. Cada CO sectorial habría hecho suyo el compromiso de gestionar las herramientas de cumplimiento que recaigan en su específico ámbito de especialidad, incluidas las relativas a la investigación de comportamientos criminales. No obstante, la multidisciplinariedad del caso exigiría la colaboración y puesta en común de esfuerzos por parte de los distintos COs sectoriales implicados.

Tanto si acaba por concurrir la primera situación descrita como la segunda, algo a lo que no puede renunciarse, sea cual sea el caso, es a la necesidad de una intervención

¹³⁴⁵ Entre otros, KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 202. SCHAAL, A: *Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, pág. 256. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, págs. 207-208.

conjunta de los garantes con miras a controlar el riesgo desaprobado¹³⁴⁶, en tanto reflejo del requisito objetivo de la coautoría previamente examinado, pues si al garante individual le incumbe y es capaz de evitar el resultado típico por sí mismo, deja de cobrar sentido enjuiciar su omisión como colectiva. Esta idea aparece reflejada con mayor claridad en el plano de la comisión activa: quien realiza positivamente por sí solo cada uno de los elementos del tipo objetivo (por ejemplo, propinar un puñetazo a un tercero y atentar contra su libertad sexual) ya responde por la totalidad del injusto penal (en el ejemplo anterior, un delito de agresión sexual del artículo 178 CP), por lo cual, no resulta ni preciso ni adecuado – por no decir que carece de sentido – imputar el resultado a título de coautoría.

Por lo que toca al elemento del plan conjunto, si los integrantes del órgano colegiado de cumplimiento adoptan en una sesión a la que han sido convocados un acuerdo que versa sobre la omisión conjunta de unas medidas que están obligados a emprender por su condición de garantes, las consideraciones respecto a la concurrencia del plan común no sufrirían modificación alguna en relación con su homólogo comisivo, dado que en lo único en lo que se diferiría sería en el carácter omisivo del contenido de la decisión colegial pero no en las etapas de formación de la voluntad colectiva y ejecución delictiva, que permanecerían intactas. Aun así, sabemos que ésta no es la única expresión de las llamadas omisiones colectivas¹³⁴⁷. A lo mejor los COs sectoriales omiten reunirse de cara a deliberar y manifestar su posicionamiento acerca de un asunto en el que deben pronunciarse.

Si estos optan por discutir y someter la materia a votación informalmente (por ejemplo, los COs sectoriales adoptan colectivamente la decisión penalmente relevante en una distendida conversación mantenida en los pasillos de la empresa) sería posible localizar un plan conjunto expreso y precedente en aras de fundamentar una omisión colectiva¹³⁴⁸,

¹³⁴⁶ MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 409, Nm. 25. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 208. MAÑALICH RAFFO, J. P: “Omisión del garante e intervención delictiva...”, pág. 260. SCHAAL, A: *Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, págs. 201 y ss. OTTO, H: “Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich”, pág. 283. EISELE, J: “§ 25”, pág. 766, Nm. 86. DENCKER, F: “Mittäterschaft im Gremien”, pág. 68. HAAS, V: “Die Beteiligung durch Unterlassen”, pág. 397. HOFFMAN-HOLLAND, K: “Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff...”, pág. 638. En contra de la coautoría omisiva MOSENHEUER, A: *Unterlassen und Beteiligung*, págs. 135 y ss.

¹³⁴⁷ Vid. Capítulo V. Apartado 3.1.1.

¹³⁴⁸ En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 207.

sin perjuicio de los óbices probatorios que florecerían en el marco del proceso judicial¹³⁴⁹.

Pero tampoco resulta disparatado imaginarse que los miembros del órgano colegiado de cumplimiento comenten entre ellos sus potenciales sospechas acerca de la concurrente comisión de un presunto evento penal en las dependencias corporativas y que incluso realicen adicionalmente alguna pesquisa interna a fin de recabar más conocimiento sobre las circunstancias que gravitan en torno al asunto advertido pero, aun así, dejen correr el tiempo sin llegar a un consenso definitivo sobre cómo neutralizarlo. Esta constelación de coyunturas divergen a aquellas otras en las que predomina una absoluta inactividad y desentendimiento de los garantes a pesar de albergar conocimiento sobre un eventual riesgo desaprobado¹³⁵⁰.

Cuando esto ocurre, salta a la vista que no habría espacio para poder asentar un proyecto común explícito. La inmediata tentación subsiguiente es la de plantearse si cabe apreciar, entonces, un acuerdo tácito o concluyente. Sin embargo, dicha alternativa topa con serios escollos que dificultan seriamente su plena aplicabilidad.

La mera realización típica simultánea no basta para inferir un acuerdo de voluntades cuando entre los sujetos no concurre comunicación alguna en torno a la comisión del ilícito penal. Tal como ilustra PUPPE, si varios gamberros, de manera espontánea y sin mediar acuerdo alguno, empiezan a pintarrapear un muro, faltaría fundamento suficiente como para imputarles recíprocamente los daños causados. Ninguno de los intervinientes se obliga a la realización del hecho, ni puede calcular el comportamiento de los demás ni sabe qué tan lejos irán¹³⁵¹. Es imprescindible, por tanto, que exista un mínimo grado de interacción entre los intervinientes a tenor del cual se permita forjar un plan conjunto bien delimitado, no bastando con que concorra conocimiento recíproco en torno a la realización típica. Estoy de acuerdo con PUPPE, por tanto, en que también el acuerdo concluyente ha de determinarse y precisarse con tal de poder interpretarlo como la

¹³⁴⁹ Alerta acerca de los problemas de prueba en torno a aquellas conversaciones informales entre los administradores que han de ser reconstruidas SCHAAL, A: *Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, pág. 253.

¹³⁵⁰ En este sentido, si bien en relación con los casos de introducción de productos peligrosos en el mercado, vid. *Ibidem*, pág. 252.

¹³⁵¹ PUPPE, I: “Der gemeinsame Tatplan der Mittäter”, pág. 238.

expresión de un específico plan conjunto¹³⁵². Ello cobra especial sentido a la hora de circunscribir responsabilidades ante posibles excesos por parte de alguno de los coautores.

La solución a la problemática descrita tal vez pase por adoptar un posicionamiento prudentemente restrictivo en torno a qué ha de entenderse por acuerdo concluyente. De lo contrario, corremos el riesgo de difuminar los contornos del elemento subjetivo de la coautoría. Quizás podríamos aventurarnos a sostener que sólo cuando las circunstancias del caso permitan colegir a partir de determinadas conductas ciertos signos de consenso entre los sujetos en relación con la realización típica cabría extraer un acuerdo concluyente¹³⁵³. Ante la duda, tal como convincentemente razona GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, habría que aplicar el principio *in dubio pro reo* y concluir que los sujetos han actuado de forma independiente unos de otros¹³⁵⁴.

Sobre esa base, no parece que se satisfaga semejante presupuesto cuando los COs sectoriales, aisladamente unos de otros, se mantengan impertérritos frente a los sucesos penales, pues parece obvio que no se daría una comunicación tal como quepa localizar un acuerdo común. A lo sumo, cabría hacer referencia a quebrantamientos independientes de sus respectivos compromisos de garantía susceptibles de ser reconducidos a la figura de la autoría accesoría, ante la cual, quedaría imposibilitada la imputación recíproca en coautoría por faltar el irrenunciable requisito del plan conjunto¹³⁵⁵. En cambio, si los COs sectoriales interaccionan mutuamente pero, al final, acaban por omitir dirimir cómo solventar la situación antijurídica advertida, pienso que sólo cabría apreciar un acuerdo concluyente que ofrezca base para una coautoría si en el caso concreto son localizables determinados signos conforme a los cuales se permita extraer un mínimo consenso en torno a la omisión conjunta.

¹³⁵² PUPPE, I: “Der gemeinsame Tatplan der Mittäter”, pág. 238.

¹³⁵³ Tal como señala GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “un acuerdo concluyente sólo podrá ser aceptado en función de reglas de comunicación y no sobre consideraciones basadas en la confianza y en la buena fe de los sujetos”. Cfr. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 162. Asimismo, define tanto el acuerdo expreso como el concluyente como actos de comunicación perceptibles DENCKER, F: *Kausalität und Gesamttat*, pág. 149.

¹³⁵⁴ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 163.

¹³⁵⁵ En este sentido, en general, sobre las decisiones colegiadas SCHAAL, A: *Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, pág. 253. Niega la coautoría en los delitos omisivos cuando no media acuerdo alguno y simplemente no se adoptan por el órgano las medidas debidas para evitar el resultado lesivo RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 207.

b.2. Dolo e imprudencia

En sede de imputación subjetiva, puede que entre los miembros del órgano colegiado de cumplimiento, a la hora de deliberar y votar sobre un asunto determinado, concurre conocimiento conjunto en torno a la creación global de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado que, si bien no siempre se representará como seguro y preciso, tal vez adopte, en un bien número de ocasiones, un tono eventual. Ello daría base para fundamentar, en líneas generales, una coautoría u otra forma de cointervención dolosa que en el plano de la imputación subjetiva no plantearía concretas o especiales problemáticas.

Mayores retos suscita, por el contrario, la vívida discusión académica acerca de la posibilidad de articular una coautoría imprudente a barajar allá donde las decisiones del órgano colegiado de cumplimiento versen sobre la realización de comportamientos carentes de la diligencia debida. No es éste el lugar para examinar con exhaustividad la viabilidad de una coautoría imprudente, de modo que, en lo que sigue, nos ceñirnos a examinar los aspectos más esenciales.

Desde una óptica legislativa, no parece que en el marco del ordenamiento jurídico español el artículo 28 CP ponga trabas a la aceptación de esta figura¹³⁵⁶. El contenido del precepto legal señalado hace referencia a la realización conjunta de un hecho. Es decir, en idéntica medida a lo que ocurre con la autoría directa y la mediata, el legislador penal español se limita a describir en un tono neutro, esto es, carente de una carga subjetiva, un comportamiento objetivo común tanto para la modalidad subjetiva dolosa como para la imprudente. Análogamente tampoco el tenor legal del § 25.2 StGB aparece circunscrito solamente a los delitos dolosos, tal como convincentemente lo ha advertido un sector de la doctrina alemana¹³⁵⁷.

Por lo que concierne a los presupuestos de la coautoría, debe empezar por señalarse que los criterios de este título de autoría debe lógicamente amoldarse a las particularidades

¹³⁵⁶ De esta opinión, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, págs. 212-213.

¹³⁵⁷ Entre otros, KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 191. DENCKER, F: *Kausalität und Gesamttat*, pág. 179. SCHAAL, A: *Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, pág. 211. WEIBER, B: "Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?", *JR*, Vol. 5, 1998, págs. 230-239, págs. 232-233.

de la imputación imprudente¹³⁵⁸. Tratándose de una modalidad de imputación subjetiva distinta al dolo cobra sentido que los requisitos de una y otra diverjan. Esta premisa es capital y va a determinar nuestras próximas consideraciones.

Comenzando por el requisito subjetivo de la coautoría, hay quien esgrime como argumento principal a efectos de negar la modalidad imprudente de esta forma de autoría la imposibilidad de apreciar un plan conjunto sin que medie dolo por parte de los coautores¹³⁵⁹. Algunos partidarios de la coautoría imprudente incluso se desprenden de este presupuesto por considerar que su exigencia por parte de los detractores representa una errónea traslación de los criterios de la dogmática del dolo a la imprudencia¹³⁶⁰. Uno de los autores más representativos de esta sección de pensamiento es WEIBER quien, pese a defender la validez de la coautoría imprudente, cree que la causación imprudente excluye la existencia de un plan conjunto. A su juicio, el plan conjunto representa un requisito arraigado a la modalidad dolosa de coautoría, por eso, suple su falta de apreciación sobre la base de que en el campo de la imprudencia ha de concurrir la infracción en coautoría de un deber de cuidado pero no, en cambio, la realización de dicho plan¹³⁶¹.

Pienso, en cambio, que es posible seguir sosteniendo la confluencia de un acuerdo conjunto, eso sí, adaptado a la fisonomía del delito imprudente y, por consiguiente, configurado a partir de un contenido distinto al de su homólogo doloso. Después de todo, como bien lo expresa ROSO CAÑADILLAS, “el acuerdo común es un elemento constitutivo de la coautoría, ya sea dolosa, ya sea imprudente, sin el cual esta figura no puede existir”¹³⁶². En la coautoría imprudente el plan conjunto no va a venir referido a la producción de un resultado lesivo sino a la realización de una conducta descuidada

¹³⁵⁸ GRECO, L: *Problemas de causalidade e imputação objetiva...*, pág. 65. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 213. WEIBER, B: “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft”, pág. 232. KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, págs. 183 y ss. RENZIKOWSKI, J: “Die fahrlässige Mittäterschaft”, pág. 434. HÄRING, D: “Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht”, *Sui Generis*, 2018, págs. 1-19, pág. 8.

¹³⁵⁹ Por todos, vid. ROXIN, C: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II...*, pág. 96, nota a pie de página n° 310, Nm. 239. WEIBER, B: “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, pág. 232, nota a pie de página n° 22. KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 182, nota a pie de página n° 830.

¹³⁶⁰ WEIBER, B: “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, pág. 232. KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 183.

¹³⁶¹ WEIBER, B: “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, pág. 232.

¹³⁶² ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, pág. 586.

lesiva¹³⁶³. A estos efectos, no creo que sea necesario que los coautores cuenten con un conocimiento conjunto acerca del riesgo que entraña su comportamiento. Bastaría con que dicho conocimiento venga referido a la realización colectiva de una actividad que en sí misma es peligrosa¹³⁶⁴, de tal modo que, con ello, se dé cabida tanto a la culpa consciente como a la inconsciente.

Siguiendo con el elemento objetivo de la coautoría, la razón principal aducida por los detractores de la modalidad imprudente de esta forma de autoría para justificar su dificultad de apreciación guarda relación con la imposibilidad de poder constatar una realización conjunta basada en un criterio de división del trabajo, toda vez que, a su juicio, en la imprudencia no se aspiraría al logro de resultado lesivo alguno¹³⁶⁵. En consonancia con lo defendido sobre el elemento subjetivo, entiendo que en la coautoría imprudente la realización conjunta no tendría nada que ver con una actividad destinada a la producción de un resultado lesivo sino con un comportamiento transgresor del deber objetivo de cuidado¹³⁶⁶.

¹³⁶³ De esta opinión, MIR PUIG, S: *Derecho Penal. Parte General*, pág. 409. Nm. 24. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 214. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 206. CHOCLÁN MONTALVO, J. A: *Deber de cuidado y delito imprudente*, pág. 129. ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, pág. 581. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Autoría y participación”, pág. 35. LUZÓN PEÑA, D. M: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, *ADPCP*, Tomo 42, Fasc. 3, 1989, págs. 889-914, págs. 898-899. En un sentido parecido, SCHAAL, A: *Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, págs. 222, 227, 242. Acepta también el requisito del acuerdo conjunto en los delitos imprudentes RENZIKOWSKI, J: “Die fahrlässige Mittäterschaft”, págs. 436, 439. Admite una coautoría imprudente en las decisiones colegiadas cuando concurre la ejecución conjunta de un proyecto de acción imprudente pero considera innecesario acudir a esta figura para resolver los problemas de causalidad suscitados en esta sede EISELE, J: “§ 25”, pág. 766, Nm. 86. En una línea opuesta, cree que el plan conjunto debería abarcar el resultado lesivo porque en los delitos imprudentes dicho resultado pertenece al delito GROPP, W: “Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung – miteinander oder nebeneinander - Überlegungen zur so genannten “fahrlässigen Mittäterschaft”, *GA*, Vol. 156, n° 5, 2009, págs. 265-279, pág. 273. Por su lado, rechaza la posibilidad de articular una coautoría imprudente porque entiende que el principio de imputación recíproca sólo es tolerable cuando existe una obra común de realizar el hecho en la que concurra, como mínimo, dolo referido al resultado, de manera que, a su juicio, no resulta suficiente la mera presencia de un plan común que deje de abarcar el resultado GRECO, L: *Problemas de causalidade e imputação objetiva...*, págs. 69-70.

¹³⁶⁴ ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, pág. 582. También, habla de una consciente interacción entre los intervinientes en torno a la ejecución de la acción natural que se presenta como causa del resultado imprudente HÄRING, D: “Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt...”, pág. 10.

¹³⁶⁵ Con extensas referencias bibliográficas, vid. ROXIN, C: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II...*, pág. 96, Nm. 239, nota a pie de página n° 310.

¹³⁶⁶ WEIBER, B: “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, pág. 233. En un sentido análogo, HÄRING, D: “Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt...”, pág. 10.

Sobre este punto, hay que preguntarse, por lo demás, si, como cree WEIBER, el deber de cuidado ha de ser forzosamente común entre los coautores¹³⁶⁷. En mi opinión, tal vez estos sean los supuestos más claros y fácilmente imaginables pero no por ello los únicos posibles. Habrá ocasiones en las que el deber de cuidado sea el mismo y otras en las que diverja pero su infracción respectiva tenga incidencia sobre una misma realización típica conjunta¹³⁶⁸. Esta última alternativa creo que aparece proyectada con bastante claridad en sede comisivo omisiva imprudente. Si se acepta como válida la idea de que aquí el contenido material del compromiso de garante y el del deber de cuidado coinciden, por mucho de que conceptualmente difieran y en el plano de la tipicidad transiten por sendas divergentes¹³⁶⁹, y se admite, a su vez, que existen casos en los que los coautores omisivos van a acoger compromisos de garantes no plenamente coincidentes¹³⁷⁰, al final, la conclusión que acaba por alcanzarse es que también resulta factible plantearse la concurrencia de deberes de cuidado desiguales.

3.2.2. Adopción del acuerdo por mayoría sobrecondicionada

Particularmente complejos se presentan aquellos supuestos a los que JAKOBS bautiza con el nombre de resultados sobrecondicionados¹³⁷¹ en los que la decisión colegiada acaba siendo aprobada por más votos de los necesarios al haberse logrado una unanimidad o una mayoría reforzada. Haciendo uso del ejemplo propuesto por KNAUER, imaginemos un organismo colegiado compuesto por nueve miembros cuyos acuerdos son adoptados en su seno por mayoría simple. Si cinco integrantes votan a favor y cuatro en contra, para la opinión clásica el atributo causal de su respectivo voto sería fácil de probar, pues, si cualquiera de estos es eliminado, el resultado desaparece. Bastaría con recurrir a la fórmula de la *conditio sine qua non*.

¹³⁶⁷ WEIBER, B: “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, pág. 236.

¹³⁶⁸ A favor de que los deberes de cuidado sean divergentes en la coautoría imprudente ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, pág. 574.

¹³⁶⁹ Vid. Capítulo III. Apartado 9.2.2.

¹³⁷⁰ Vid. Capítulo V. Apartado 3.2.1.b.1.

¹³⁷¹ JAKOBS, G: “La responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos” (Traducción a cargo de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.). En MIR PUIG, S; LUZÓN PEÑA, D.M., (dirs.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 75-98, pág. 80.

Pero supongamos que en el recuento quedan consignados siete votos a favor y dos en contra, constatándose un exceso de votos favorables (dos, para ser exactos)¹³⁷². Si la votación no ha sido simultánea, quienes votaron con posterioridad al alcance de la mayoría simple requerida podrían alegar que su voto ha sido “redundante” y así sortear una eventual responsabilidad penal. La situación empeora con creces en caso de que la votación se haya llevado a cabo de forma simultánea, toda vez que cada votante podría escudarse detrás del argumento de que su voto no ha sido causal del resultado, ya que, a pesar de que se supriman individualmente los votos respectivos, el resultado seguiría concurriendo¹³⁷³. Este insatisfactorio escenario abriría la puerta, de un lado, a una execrable situación de irresponsabilidad organizada y, de otro, a una paradoja, pues, de ser adoptado el acuerdo por la mayoría mínima requerida, el problema descrito se desvanecería¹³⁷⁴.

Desde luego, los inaceptables resultados derivados de una aplicación rigurosa de la clásica fórmula hipotética de la *conditio sine qua non* distan de conseguir solventarse a partir de la denominada causalidad cumulativa que, como enseguida tendremos ocasión de demostrar, difícilmente cabría catalogarla como una verdadera alternativa a la tesis tradicional. Según esta formulación, todas las contribuciones aportadas independientemente entre sí¹³⁷⁵ son causa del resultado lesivo si sólo a partir de su conjunción es posible que éste se produzca.

Un ejemplo: dos personas, A y B, vierten de forma separada en el café de otra, C, unas dosis de veneno que conjuntamente pero no por separado resultan letales¹³⁷⁶.

Salta a la vista que, ya de base, de un caso práctico como el reproducido, perfectamente encuadrable en los supuestos de causalidad cumulativa, tan siquiera cabría predicar que el resultado está sobrecondicionado, pues tanto las dosis de veneno de A y de B eran

¹³⁷² KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 83.

¹³⁷³ KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, págs. 83-84. DENCKER, F: “Mittäterschaft im Gremien”, págs. 66-67. ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pág. 261.

¹³⁷⁴ WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, pág. 104. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 191.

¹³⁷⁵ Acerca del requisito de independencia exigido en la causalidad cumulativa vid. KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 94, nota a pie de página 424.

¹³⁷⁶ Con amplias referencias de autores que están a favor del uso de esta tesis en los organismos colegiados, vid. KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 93, nota a pie de página 420.

necesarias para dar muerte a C. Por si fuese poco, con la tesis de la causalidad cumulativa la causalidad de las contribuciones ya se extrae, sin más, a partir de la fórmula de la *conditio sine qua non*, coincidiendo ambas teorías materialmente: si en el ejemplo empleado fuese sustraída mentalmente la dosis de veneno suministrada por A o por B, C seguiría vivo¹³⁷⁷. Luego, aun cuando se produjese un verdadero resultado sobrecondicionado, al final, ninguna de las contribuciones aisladamente considerada sería *conditio sine qua non* del mismo, toda vez que podría sustraerse cada una de ellas sin que éste dejase de concurrir¹³⁷⁸, derivándose las mismas consecuencias indeseadas que aquellas originadas a partir de la visión tradicional sobre el concepto de causalidad¹³⁷⁹. Aparte, si bien es cierto que el acuerdo colegial sólo se forma una vez sumados los votos favorables necesarios para su aprobación, los votantes no actúan por cuenta propia, como en los ejemplos de causalidad cumulativa, sino conjuntamente, esto es, a partir de la celebración de una reunión en la que intervienen de cara a debatir un asunto que acaba siendo sometido a votación¹³⁸⁰.

Justificado que la teoría de la causalidad cumulativa no ofrece ningún avance respecto a la clásica fórmula de la *conditio sine qua non*, no han faltado auténticas propuestas doctrinales alternativas que han acudido a una reformulación del concepto tradicional de causalidad en aras de lograr una solución más óptima que la que se deriva:

Una primera guarda relación con el empleo de la llamada causalidad alternativa o doble causalidad. Se trata de condiciones independientes¹³⁸¹ que, a pesar de ser interpuestas en

¹³⁷⁷ GRECO, L: *Problemas de causalidade e imputação objetiva...*, pág. 48. En esta misma línea, afirma que la causalidad cumulativa no constituye ninguna excepción a la aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non* WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, págs. 110. Cree que mediante la comparación de la decisión colegial con los casos de causalidad cumulativa no se logra ningún progreso respecto al (rechazado) uso de la fórmula de la *conditio sine qua non* KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 94.

¹³⁷⁸ Así, GRECO, L: *Problemas de causalidade e imputação objetiva...*, pág. 48. KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 94.

¹³⁷⁹ Rehúsan, también, la solución de la causalidad cumulativa, entre otros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: "Algunas reflexiones...", pág. 192. MEINI MÉNDEZ, I: "La intervención en la adopción colectiva...", pág. 297, nota a pie de página n° 41. GIMBERNAT ORDEIG, E: "¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriadad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas)", *ADPCP*, Tom. 52, n° 1-3, 1999, págs. 51-72, págs. 63-64, nota a pie de página n° 29.

¹³⁸⁰ KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, págs. 93-94. WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, págs. 109-111. SCHAAL, A: *Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, págs. 246-247.

¹³⁸¹ Sobre el presupuesto de independencia requerido en la causalidad alternativa vid. KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 95, nota a pie de página n° 426.

conjunto, son de por sí suficientes para ocasionar el resultado. En tal caso, se asume como válida la idea de que concurre causalidad si varias condiciones pueden ser suprimidas mentalmente de forma alternativa, pero no cumulativa, sin que desaparezca el resultado. Un ejemplo que acostumbra a ofrecerse es el siguiente:

A y B disparan, al mismo tiempo, contra el cuerpo de C. Ambos disparos aciertan pero tanto uno como otro ya contaban con el potencial necesario para provocar aisladamente la muerte¹³⁸².

A esta solución se le reprocha, no sin razón, que el voto individual *per se* no basta aisladamente para aprobar una decisión colegial penalmente relevante sino que se antoja necesario el voto favorable de más de una persona, hasta el punto de tener que lograr, cuanto menos, la mayoría mínima requerida¹³⁸³. Disiento, en cambio, con que por medio de esta fórmula se corra el riesgo de convertir en causas a las no-causas. Un sector doctrinal entiende, en efecto, que como en la causalidad alternativa concurre causalidad solamente si el resultado lesivo es suprimido a partir de una eliminación cumulativa pero no alternativa de todas las condiciones interpuestas, este pensamiento, aplicado a los acuerdos colectivos, implicaría que también los votos en contra o las abstenciones sean considerados causa del resultado, habida cuenta de que si son suprimidos alternativamente, el resultado permanecería intacto, pero si su supresión acontece en conjunción con los demás votos, entonces, desaparecería¹³⁸⁴. No obstante, semejante conversión, sin duda impropia, no tendría por qué ocurrir, precisamente porque al no erigirse ni los votos en contra ni las abstenciones como verdaderas causas del resultado por no condicionar su aprobación tan siquiera podrían ser tenidas en cuenta en ese proceso de supresión hipotética de votos, independientemente de que por su condición de posicionamientos manifestados en la sesión celebrada hayan sido considerados en el recuento final.

¹³⁸² Con amplias referencias de autores con una opinión favorable al uso de esta fórmula en las decisiones colectivas, vid. KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 94, nota a pie de página nº 425.

¹³⁸³ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 479. KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, págs. 94-96. WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, págs. 111-112. SCHAAL, A: *Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, págs. 229, 242. RANSIEK, A: "Strafrecht im Unternehmen und Konzern", *ZUG*, Vol. 5, nº 28, 1999, págs. 613-658, págs. 643-644. En contra también de aplicar la causalidad alternativa en decisiones colegiadas GIMBERNAT ORDEIG, E: "¿Las exigencias dogmáticas...", págs. 63-64, nota a pie de página nº 29.

¹³⁸⁴ KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, pág. 96. GRECO, L: *Problemas de causalidade e imputação objetiva...*, pág. 49.

La inconveniencia del planteamiento examinado ha conducido a otro tipo de sugerencias más sofisticadas, como la de retomar el concepto de causalidad conforme a las leyes de la experiencia (o de la naturaleza) desarrollado por ENGISCH¹³⁸⁵. Para el autor alemán lo decisivo no es cuestionarse hipotéticamente “qué habría ocurrido” sino preguntarse “qué ha sucedido realmente”. Y a estos efectos, propone la siguiente fórmula: “una conducta es causal para un resultado cuando a esa conducta se han encadenado subsiguientemente en el tiempo, modificaciones en el mundo exterior que en su sucesión estuvieron unidas con la conducta y entre si según las leyes (naturales) y que han desembocado en algún componente del supuesto de hecho concreto delimitado como resultado por la ley penal”¹³⁸⁶. Por medio del criterio reproducido, sería posible, según un sector de opinión, apreciar el carácter causal de los votos favorables emitidos, pues cada uno de ellos habría conducido hacia la aprobación de la decisión penalmente relevante¹³⁸⁷. Sin embargo, el principal inconveniente que presenta esta teoría es que, si bien permite constatar desde una óptica empírica una relación entre los votos y el acuerdo típico adoptado, deja en el aire por qué dicha relación sigue concurriendo aun cuando el voto en cuestión es dispensable¹³⁸⁸.

Finalmente PUPPE, recurriendo a la fórmula de la INUS *condition* (*insufficient non-redundant part of an unnecessary but a sufficient condition*), sugiere otra reformulación del concepto de causalidad que bautiza con el nombre de teoría de la condición mínima¹³⁸⁹. Como ENGISCH, PUPPE abandona formulaciones hipotéticas y, en su lugar, cree que para que un factor sea causal del resultado éste ha de constituir un componente necesario de una condición mínima de un resultado. Para los casos de decisiones colegiadas sobrecondicionadas se diría que la condición mínima para alcanzar un acuerdo colectivo penalmente relevante es la mayoría simple de votos. Por ejemplo, en un organismo colegiado formado por tres miembros, la condición mínima serían dos votos a favor. Un componente necesario de dicha condición mínima es la emisión de los

¹³⁸⁵ ENGISCH, K: *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbeständen*, Mohr, Tübingen, 1931, págs. 21 y ss.

¹³⁸⁶ La traducción es de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 193.

¹³⁸⁷ Muestran su acuerdo con esta propuesta WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, págs. 113-118. HASSEMER, W: “La responsabilidad por el producto...”, págs. 141-143.

¹³⁸⁸ GRECO, L: *Problemas de causalidade e imputação objetiva...*, pág. 50.

¹³⁸⁹ PUPPE, I: “Vor § 13 StGB”, págs. 567 y ss., Nm. 102 y ss. LA MISMA: “Der gemeinsame Tatplan der Mittäter”, págs. 239 y ss.

dos votos favorables necesarios para alcanzar dicha mayoría. Si todos votan a favor de la decisión colegial, según esta teoría, cada cual sería causa del resultado, toda vez que cada una las combinaciones posibles serían subsumibles en la condición mínima “mayoría simple de dos votos”, pues ésta tanto podría alcanzarse a partir de la suma “primer voto + segundo voto” como por medio de la ecuación “primer voto + tercer voto” o “segundo voto + tercer voto”¹³⁹⁰.

Si bien la propuesta de PUPPE es altamente interesante y aporta cierta luz a la problemática expuesta, creo que la cuestión de los resultados sobrecondicionados podría resolverse satisfactoriamente también en el plano de la imputación fijándonos en el acuerdo en sí, antes que en los votos individuales, tal como hace JAKOBS. En opinión de este autor, en el momento en que se va a ejecutar el acuerdo, todos los votos favorables aparecen reflejados, tanto los que se emitieron antes de alcanzar la mayoría requerida como los que se emitieron con posterioridad¹³⁹¹. Si aceptamos que el riesgo penal conjuntamente creado se configura a partir del acuerdo colegial y que dicho acuerdo existe solo una vez recontados todos los votos y constatada la mayoría exigida¹³⁹², puesto que rara vez se parará de contabilizar a partir de un número determinado de votos¹³⁹³, en realidad, el orden de prelación establecido en las votaciones no simultaneas deviene irrelevante.

Cada votante se añade a una decisión colectiva criminal que en fase de ejecución va a reflejar su respectiva aportación (el voto favorable), independientemente de cuando se haya emitido. Por eso, no resulta controvertido hacer responder al votante superfluo a pesar de que en el momento cronológico en el que emite su voto ya se haya logrado la mayoría requerida por el reglamento interno de funcionamiento. En caso contrario, permitiríamos que el mero orden temporal escudara de responsabilidad penal a una

¹³⁹⁰ Ofrecen su apoyo a este criterio, entre otros, KUHLEN, L: “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto” (Traducción a cargo de BOLEA BARDON, C.). En MIR PUIG, S; LUZÓN PEÑA, D.M., (dirs.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 231-245, pág. 241. NEUDECKER, G: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*, Peter Lang, Frankfurt, 1995. págs. 224 y ss. También, si bien centrándose en el plano de los delitos imprudentes, GRECO, L: *Problemas de causalidade e imputação objetiva...*, págs. 53 y ss.

¹³⁹¹ JAKOBS, G: “La responsabilidad penal en supuestos...”, págs. 79-87. Comparten este pensamiento MEINI MÉNDEZ, I: “La intervención en la adopción colectiva...”, págs. 298-299. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, págs. 196-198.

¹³⁹² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones...”, pág. 189.

¹³⁹³ Si fuese así, los votos restantes serían intentos frustrados de formar parte de la decisión colectiva antijurídica. Cfr. JAKOBS, G: “La responsabilidad penal en supuestos...”, pág. 86.

persona cuya contribución ha resultado ser idéntica a la de los primeros votantes que dieron su apoyo al acuerdo colegial antijurídico¹³⁹⁴.

Trasladados los postulados precedentes a las votaciones simultáneas, no se pasa por alto que, en dicha constelación de casos, la resolución de la problemática expuesta es aún más clara. Como los votantes emiten su voto a la vez y, por consiguiente, no cabe discernir quien votó antes o después, cada uno de los votos emitidos se proyectaría en idéntica medida en la decisión penalmente relevante que acaba por ejecutarse, no sólo en un sentido de contribución material al hecho (los votos detentan un mismo valor) sino también en lo tocante al momento temporal de su emisión (los votos se prestan al unísono). De ahí que no haya nada que impida concluir que todos los intervinientes han de responder penalmente.

3.2.3. Acuerdo adoptado pero no materializado

Los integrantes del órgano colegiado de cumplimiento tal vez hayan aprobado un acuerdo mediatamente ejecutivo con un contenido trascendente para el Derecho Penal pero éste no haya llegado, sin embargo, a materializarse. Situaciones como la descrita plantean un importante reto en sede de *iter criminis* que amerita ser resuelto, pese a que en el ámbito de los acuerdos inmediatamente ejecutivos ni siquiera se suscite, dado que la ejecución o incluso consumación de esta clase de decisiones ya coincidiría con la fase de su adopción, siendo innecesarias ulteriores intervenciones por parte de terceros.

A este respecto, debe saberse que la participación en el acto de votación representa una mera conducta preparatoria¹³⁹⁵ que sólo será objeto de pena si con arreglo al tenor legal del artículo 17.3 CP el tipo penal de la Parte Especial lo prevé expresamente. En el orden socioeconómico algunos ejemplos son el delito de estafa (artículo 269 CP) o el

¹³⁹⁴ Arguye que no parece relevante para la asignación de responsabilidad el hecho de que el voto se emita cuando exista ya una mayoría suficiente para el acuerdo penalmente antijurídico, puesto que no deja de ser responsable el que en un consejo de siete vota en quinto lugar cuando sus cuatro primeros compañeros han votado ya afirmativamente LASCURAÍN, J. A: “La responsabilidad individual en los delitos de empresa”, pág. 112. En contra, opina que los votantes adicionales, como mucho, podrían ser considerados cómplices, dado que, a su parecer, no se puede ostentar el dominio del hecho cuando el resultado ya está condicionado GIMBERNAT ORDEIG, E: “¿Las exigencias dogmáticas...”, pág. 64.

¹³⁹⁵ Así, JAKOBS, G: “La responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos”, págs. 75-76. MEINI MÉNDEZ, I: “La intervención en la adopción colectiva...”, pág. 297. PÉREZ CEPEDA, A, I: “Criminalidad de empresa...”, pág. 109. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 477.

delito de blanqueo de capitales (artículo 304 CP). La votación no es aún externalización de la conducta sino solo su antesala. Se trata de la preparación interna de una conducta negocial que luego se externalizará con su ejecución¹³⁹⁶.

A partir de aquí, pueden suceder dos cosas en relación con el acuerdo mediatamente ejecutivo adoptado: o bien que el órgano colegiado de cumplimiento emita una orden al trabajador a efectos de materializarlo y éste no la cumpla en contra de su designio (por ejemplo, porque se haya percatado de su condición delictiva) o bien que dicho sujeto subordinado inicie su ejecución pero ésta acabe por frustrarse por razones ajenas a su voluntad. Tengo la impresión que en el primer caso cabría apreciar una responsabilidad a título de proposición que sólo recabaría una pena en un *numerus clausus* de tipos penales¹³⁹⁷, a diferencia del segundo supuesto, en el que sería posible enjuiciar un acto de tentativa (acabada o inacabada, dependiendo del caso) merecedor de castigo, toda vez que la ejecución habría dado comienzo en el momento mismo en el que el trabajador empieza a materializar la orden delictiva.

3.3. Voto nulo

Si bien no es del todo usual, tampoco puede descartarse que el reglamento de funcionamiento interno del órgano colegiado de cumplimiento prevea el cumplimiento de una serie de formalidades en el transcurso de la votación cuya transgresión derive en la obstaculización de la contabilización del voto emitido, dando pie a su nulidad. Lo fundamental aquí es saber si aquel interviniente que vota a favor del acuerdo colectivo criminal finalmente aprobado pero cuyo voto es declarado nulo como consecuencia de la insatisfacción de las formalidades requeridas responde penalmente junto al resto.

Pues bien, sabemos que el votante pretende dar su apoyo al acuerdo colegial pero, en último término, su voto no es computado en el recuento. Es decir, en puridad, acaba por no participar ni en la votación – su voto, a fin de cuentas, no es consignado – ni mucho menos en la aprobación de la decisión. Por consiguiente, tampoco resulta razonable tenerlo en cuenta a efectos de imputación penal. A lo sumo, su intervención podría entenderse como un fallido intento de votar a favor de una decisión penalmente

¹³⁹⁶ JAKOBS, G: “La responsabilidad penal en supuestos...”, págs. 83-84.

¹³⁹⁷ PÉREZ CEPEDA, A, I: “Criminalidad de empresa...”, pág. 109.

relevante – acto de votación que, recordemos, sólo constituiría como tal una conducta preparatoria no siempre punible – demasiado alejado de la lesión del bien jurídico como para merecer un castigo por el Derecho Penal.

3.4. Voto en contra

Votar en contra del contenido de una decisión colegiada representa el signo más claro de oposición. Quien disiente y así lo hace constar en acta expresa su desacuerdo con el parecer de la mayoría. Parece evidente, pues, que el votante disidente no podrá ser objeto de una pena por los resultados típicos que se deriven con base en su sola condición de miembro del órgano colectivo¹³⁹⁸ o bien en virtud de su intervención en la sesión. Con la emisión de su voto opositor no sólo omite adicionarse a la posición mayoritaria favorable al acuerdo sino que, más allá de eso, manifiesta debidamente su rechazo, actuando, en definitiva, conforme a Derecho, al intentar frustrar mediante su voto individual la resolución criminal¹³⁹⁹.

Pero puede que quien haya votado en contra sea, en realidad, el impulsor de la iniciativa criminal y que, a fin de salvar su responsabilidad, haya mostrado formalmente su contrariedad al acuerdo, demostrando una falta de correspondencia entre su voluntad real y la exteriorización de la misma. Coincido con MEINI que, cuando esto ocurre, debe rechazarse automatizar una exoneración penal¹⁴⁰⁰. La formalidad mercantil (emitir en la sesión un voto opositor que luego es registrado en acta) no puede sobreponerse a la materialidad penal (ser el impulsor del acuerdo colegial delictivo).

En otro orden de cosas, hay que plantearse si, una vez constatada una tal posición de contrariedad, resulta adicionalmente exigible que el votante disidente tome pasos adicionales a fin de impedir la materialización del acuerdo bajo el riesgo de responder,

¹³⁹⁸ Vid. WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, págs. 173-175.

¹³⁹⁹ Afirma que quien vota en contra no se presenta como un elemento causal del resultado típico WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, págs. 173-175. Opina que el votante opositor no aporta ninguna contribución antijurídica relevante al hecho KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, págs. 204-205. Sostiene que los votos en contra no son ni necesarios ni tampoco útiles para la cobertura del proyecto típico y del hecho conjunto DENCKER, F: “Mittäterschaft im Gremien”, pág. 69. Expresa que cuando el miembro de un consejo vota en contra de una decisión no está desplegando ninguna aptitud lesiva para el bien jurídico protegido, ni siquiera de forma indirecta GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 483.

¹⁴⁰⁰ MEINI MÉNDEZ, I: “La intervención en la adopción colectiva...”, págs. 290-292. En este sentido, también, SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, pág. 164.

en caso contrario, por vía omisiva. Tal interrogante guarda un estrecho vínculo con un punto de estudio ya abordado en otro apartado de este capítulo: los principios de imputación en las relaciones horizontales. A fin de cuentas, el escenario descrito es uno en el que un CO sectorial recaba conocimiento, gracias a su intervención en la sesión, acerca de una resolución delictiva en la que están implicados varios de sus compañeros.

En su momento concluimos que, a excepción de aquellos campos que recaen en el ámbito de responsabilidad respectivo de cada CO sectorial, donde impera el principio de desconfianza, en el resto, rige el principio de confianza en su configuración tradicional¹⁴⁰¹. Por eso, si un CO sectorial tiene constancia de la conducta antijurídica de uno o varios de sus *partners*, debe intervenir a fin de frustrar su realización delictiva¹⁴⁰², bien sea a tenor de la operatividad del principio de confianza, en caso de tratarse de un asunto que esté desvinculado de su respectivo campo competencial, o bien del principio de desconfianza, si resulta que el contenido de la decisión colegial le incumbe. De todos modos, en relación con esta última posibilidad, no pasa desapercibido que si el CO sectorial, a raíz de su presencia en la sesión, ya obtiene conocimiento acerca de la existencia de un acuerdo colectivo antijurídico que afecta a su esfera de responsabilidad, el recurso al principio de desconfianza resultaría un tanto superfluo al concurrir las condiciones necesarias para acudir directamente al principio de confianza en sentido tradicional.

¹⁴⁰¹ Vid. Capítulo V. Apartado 2.2.

¹⁴⁰² En la esfera del órgano de administración, se muestra a favor de que el votante opositor tiene que hacer aquello que esté en sus manos para evitar la materialización del acuerdo colectivo GIMBERNAT ORDEIG, E: “¿Las exigencias dogmáticas...”, págs. 69-70. También opina que el integrante del órgano de administración es garante en principio en lo que afecta a eventuales *outputs* lesivos que resulten de las decisiones para las que es competente el órgano al que pertenece SILVA SÁNCHEZ, J. M: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, pág. 165. Por su parte, cree que los administradores de las sociedades ostentan un deber de garante frente a la sociedad y frente a sus accionistas, en virtud del cual, tienen que hacer lo posible para impedir la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos propios de la empresa cuya administración les ha sido confiada MEINI MÉNDEZ, I: “La intervención en la adopción colectiva...”, pág. 304. Sostiene que el interviniente disidente sólo será responsable por omisión si ha asumido el compromiso específico ante el riesgo concreto de impedir que se realice el resultado PÉREZ CEPEDA, A, I: “Criminalidad de empresa...”, pág. 109. En relación con el caso del spray para el cuero, enjuicia como poco claro que cada administrador estuviese obligado a hacer todo lo posible y exigible en aras de impedir la realización de la decisión colegial HASSEMER, W: “La responsabilidad por el producto...”, pág. 184. Entiende que no se puede imputar por vía omisiva el resultado típico cuando no resulte claro que el votante opositor hubiese podido influir en la opinión del resto RANSIEK, A: “Strafrecht im Unternehmen und Konzern”, pág. 647. Se opone, en líneas generales, a una responsabilidad comisiva omisiva del votante opositor pero acepta la posibilidad de hacerle responder por omitir denunciar ante las autoridades la decisión colegial criminal cuando ésta recaiga sobre alguno de los delitos previstos en el § 138 StGB WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, págs. 178-180, 183.

La acción debida del CO sectorial podrá articularse de distintas formas: intentar convencer a los demás a fin de que modifiquen el rumbo de su decisión, impugnar el acuerdo por su carácter antijurídico o bien avisar al CCO, en el supuesto de no estar implicado en el acuerdo, o bien al órgano de administración, si es que sí. Ante la posibilidad de que ni uno ni otro reaccione, podrá plantearse, una vez agotadas todas las vías internas de comunicación, la satisfacción del deber general de denuncia, si bien siempre en el mismo nivel de exigencia que cualquier otro ciudadano¹⁴⁰³.

3.5. Voto en blanco, abstención, asistencia para alcanzar el quórum requerido e inasistencia a la reunión

Más allá del binomio voto favorable – voto en contra, los integrantes del órgano colegiado de cumplimiento tal vez opten legítimamente por votar en blanco, al preferir no respaldar ni a uno ni a otro bando, dado que ninguna de las alternativas reflejan su parecer en el objeto de discusión. Asimismo es posible que el interviniente prefiera manifestar su neutralidad en clave pasiva, esto es, por medio de su abstención de voto. En ambos casos faltaría la proyección de una conformidad con la decisión colectiva criminal con miras a poder fundamentar su responsabilidad penal. Tanto quien vota en blanco como quien se abstiene de votar manifiestan su imparcialidad en el asunto, si bien de formas distintas: el primero expresamente, siendo su voto, a estos efectos, consignado en acta, mientras que el segundo opta por formularlo de otro modo distinto, a saber, pasivamente. Una interpretación que coligiese su apoyo a la decisión colegial antijurídica resultaría altamente inconsistente por ir en contra del principio de presunción de inocencia. Ambos sujetos exhiben, a lo sumo, un posicionamiento neutro, no resultando factible colegir ni su rechazo ni su respaldo al grupo que vota antijurídicamente¹⁴⁰⁴.

Un importante interrogante que se suscita en este campo es el de si debe responder por omisión aquel integrante que en una votación no simultánea vota en blanco o se abstiene cuando prevé que adoptando semejante comportamiento permitirá la aprobación de un acuerdo penalmente relevante. Un ejemplo: en el curso de una

¹⁴⁰³ Vid. Capítulo V. Apartado 2.2.

¹⁴⁰⁴ En este sentido, en relación con la abstención de voto, WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, pág. 211. Defiende que quien se abstiene de votar no ha responder penalmente DENCKER, F: “Mittäterschaft im Gremien”, págs. 69-70.

votación se consignan cinco votos en contra y seis votos a favor, no obstante, aún falta que vote el último interviniente. Si éste se suma al grupo disidente, se logra un empate que frustra el acuerdo. Por el contrario, si vota en blanco o se abstiene, la mayoría antijurídica gana. Esta problemática desaparece en las votaciones simultáneas, dado que todos los integrantes del organismo colegiado votan al mismo tiempo, por lo que no se sabe qué votará el resto.

En mi opinión, la percepción del potencial sentido criminal de una específica decisión, a pesar de que todavía no haya sido adoptada, bastaría para activar el deber de hacer todo lo posible para impedirlo: emitir un voto en contra. No creo que haya que esperar hasta que el acuerdo sea aprobado para intervenir si ya concurre conocimiento de que esto sucederá con certitud en caso de que el sujeto vote en blanco o se abstenga. Distinto sería que aún quedasen miembros por votar y no fuese posible colegir cuál será el rumbo de la votación. Las circunstancias de hecho todavía no alertarían acerca de una eventual aprobación de una decisión ilegal, puesto que todavía cabría que los votantes restantes se posicionasen en contra del acuerdo, logrando, con ello, su bloqueo.

Otro asunto no menos trascendente es el de si debe recabar algún significado para el Derecho Penal que un componente del órgano colegiado de cumplimiento facilite con su presencia la formación del quórum requerido a fin de constituir la sesión en la que se aprueba la decisión colectiva criminal contra la que el mismo se opone. Son los denominados casos de colaboración disidente¹⁴⁰⁵. Acudir a la reunión, hasta donde alcanzo, sólo representa un mero ejercicio de un derecho conferido a todos los miembros del órgano colegiado de cumplimiento. Su mera asistencia no tendría por qué reflejar su conformidad con la decisión mayoritaria – ello queda evidenciado ulteriormente con la emisión del voto en contra – sino solo la aceptación del proceso de formación de la opinión colegial¹⁴⁰⁶. Aparte, tal vez ocurra que, en el momento en el que se acuda a la reunión, se desconozca la intención de voto del resto y, por ende, se ignore si el acuerdo acabará por ser o no adoptado, circunstancia éste que sólo podrá conocerse con carácter *ex post*, esto es, una vez recontados los votos.

¹⁴⁰⁵ JAKOBS, G: “La responsabilidad penal en supuestos...”, págs. 89-90.

¹⁴⁰⁶ JAKOBS, G: “La responsabilidad penal en supuestos...”, pág. 90. MEINI MÉNDEZ, I: “La intervención en la adopción colectiva...”, págs. 300-301.

Finalmente debemos reflexionar acerca de qué responsabilidad penal afrontarían aquellos otros integrantes del órgano colegiado de cumplimiento que ni siquiera están presentes el día de la sesión en la que se aprueba la decisión colegial delictiva. En principio, ninguna¹⁴⁰⁷. La asistencia a una reunión dista de tratarse de un deber jurídico cuya infracción pueda comportar algún tipo de responsabilidad sino que, más bien, representa en un derecho disponible susceptible de ser ejercido por sus titulares. Existirían, no obstante, dos importantes excepciones:

Primero, cuando con arreglo a las reglas internas de funcionamiento del órgano colegiado de cumplimiento se permita votar al incompareciente con posterioridad a la sesión (por ejemplo, debido a una baja laboral por enfermedad o maternidad que haya imposibilitado su asistencia personal a la reunión) y éste se adhiera al acuerdo colegial criminal, viéndose reflejado su voto a la hora de la ejecución delictiva¹⁴⁰⁸. En relación con este punto, no ha de caerse en el error de valorar tal intervención penal correlativa como una coautoría sucesiva¹⁴⁰⁹ (u otra forma de cointervención sucesiva). La fase de ejecución todavía no habría dado comienzo, puesto que la votación habría quedado en suspenso hasta que el votante ausente emite su voto. Será entonces cuando tenga lugar el recuento de votos y se articule, con base en el mismo, la voluntad colectiva del órgano colegiado de cumplimiento en clave de una decisión colegial que o bien ya será sinónimo de ejecución delictiva o bien acabará por ser finalmente ejecutada fruto de la emisión de una orden a un trabajador.

Segundo, en las situaciones de ausencia intencionada. Concretamente en aquellas coyunturas en las que el integrante del órgano colegiado de cumplimiento no acude a la reunión a fin de eludir el conocimiento del contenido de la decisión antijurídica finalmente aprobada y evitar tener así que lidiar con el impedimento de la realización típica. Frente a ello, me parece que cabría apreciar una estructura de ignorancia deliberada que daría pie a una responsabilidad dolosa (eventual) o imprudente en el agente, dependiendo del caso¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁷ En este sentido, GARCÍA CAVERO, P: “La responsabilidad penal por decisiones colegiadas...”, pág. 73.

¹⁴⁰⁸ Al respecto, vid. WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, págs. 193 y ss.

¹⁴⁰⁹ En más profundidad, sobre la figura de la coautoría sucesiva y sus particulares problemáticas, vid. SCHAAL, A: *Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, págs. 180-182. PUPPE, I: “Der gemeinsame Tatplan der Mittäter”, págs. 234 y ss.

¹⁴¹⁰ Vid. Capítulo IV. Apartado 3.5.

Aclarados estos puntos, conviene realizar, con todo, dos importantes precisiones antes de cerrar este epígrafe. De un lado, todas y cada una de las consideraciones realizadas acerca de la irresponsabilidad del sujeto que vota en blanco, se abstiene, asiste a la reunión o se desentiende por completo de la misma mantendrían su vigencia siempre y cuando éste no haya sido la mente maestra del plan criminal o incluso cuando hubiese convenido con carácter previo intervenir de ese modo para favorecer su éxito. Si fuese ese el caso, no resultaría admisible que su falso posicionamiento le condujese hacia la impunidad, toda vez que, como bien sabemos, la formalidad del Derecho Mercantil no puede constituir una excusa válida a fin de sortear la materialidad que debe presidir el Derecho Penal¹⁴¹¹. De otro lado, en cada una de las distintas alternativas examinadas seguiría dándose cabida a un deber de intervención con tal de evitar la materialización del acuerdo colectivo una vez advertida su articulación delictiva, del mismo modo que si se hubiese votado en contra del acuerdo, lo cual resulta perfectamente exigible con arreglo a los principios de imputación analizados en sede horizontal¹⁴¹².

3.6. Voto secreto

Que el voto sea nominal o secreto importa más bien poco a efectos de calificar penalmente la conducta del votante. La votación secreta sólo arroja dificultades en sede probatoria¹⁴¹³. Si existe unanimidad de votos favorables es indiscutible que todos los votantes responderán penalmente¹⁴¹⁴. Pero el verdadero escollo se presentará cuando, siendo suficiente una mayoría para alcanzar el acuerdo, no concurra semejante consenso y sean localizables uno o varios votos contrarios a la opinión dominante. Por aplicación del principio *in dubio pro reo*, a ninguno de los votantes se le podría exigir responsabilidad penal¹⁴¹⁵, salvo que se consiga acreditar por otros medios quien votó a favor y quien en contra, lo cual, a la hora de la verdad, resultará, desde luego, hartamente

¹⁴¹¹ Vid. Capítulo V. Apartado 3.4.

¹⁴¹² Vid. Capítulo V. Apartados 2.2., y 3.4.

¹⁴¹³ WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, pág. 186. MEINI MÉNDEZ, I: “La intervención en la adopción colectiva...”, pág. 299. GARCÍA CAVERO, P: “La responsabilidad penal por decisiones colegiadas...”, pág. 75. LASCURAÍN, J. A: “La responsabilidad individual en los delitos de empresa”, pág. 112.

¹⁴¹⁴ WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, pág. 185. MEINI MÉNDEZ, I: “La intervención en la adopción colectiva...”, págs. 299. GARCÍA CAVERO, P: “La responsabilidad penal por decisiones colegiadas...”, pág. 75.

¹⁴¹⁵ WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, págs. 184-185. MEINI MÉNDEZ, I: “La intervención en la adopción colectiva...”, pág. 299.

complicado¹⁴¹⁶. Nuevamente se advierte un preocupante riesgo de irresponsabilidad organizada: los integrantes del órgano colegiado de cumplimiento podrían acordar que tan solo uno de ellos votase en contra y el resto a favor, impidiéndose conocer, de ese modo, quien votó en uno u otro sentido. Para contrarrestar la situación descrita, la doctrina ha propuesto dos vías de solución:

(1) Prohibir las votaciones secretas¹⁴¹⁷: esta solución evidentemente corta de raíz el problema, al imponerse por vía legal una obligación de identificación, sea cual sea el acuerdo que pretenda adoptarse, no obstante, elimina la ventaja de que el votante, en razón del contenido del asunto sometido a votación, evite revelar su posicionamiento.

(2) Exigir al votante disidente dejar constancia de su oposición en el acta correspondiente¹⁴¹⁸: pese a que tal requerimiento comporte renunciar al anonimato que caracteriza a la votación secreta, se trata de una vía *prima facie* idónea de cara a consignar expresamente su discrepancia respecto a la opinión mayoritaria. Coincido con MEINI en que, además de dicha oposición, habría que exigir adicionalmente, a fin de salvar su responsabilidad penal, que quien haya votado en contra haga lo posible para impedir la ejecución del acuerdo¹⁴¹⁹, tal como se tuvo ocasión de fundamentar¹⁴²⁰.

3.7. Voto de calidad

Frente a un eventual empate de votos en una concreta decisión es frecuente que al presidente del organismo colegiado se le conceda un voto de calidad a fin de desobstruir el bloqueo acaecido. Por ejemplo, si el órgano colegiado de cumplimiento está constituido por diez COs sectoriales y, para una reunión puntual, solo acuden ocho y la mitad votan a favor del acuerdo y la otra mitad en contra, el CCO tendría en su manos

¹⁴¹⁶ Acerca de la suficiencia probatoria de la asistencia y votación favorable de acuerdos delictivos en organismos colegiados, vale la pena destacar el voto particular emitido por el magistrado PI-SUNYER en la STC de 20 de julio de 1999 (RTC 1999/136) recaída en el caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna. El magistrado disidente critica a la Sala II del TS la transgresión del consagrado principio de presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) por haber inferido indebidamente, esto es, sin contar con suficiente prueba de cargo directa o indirecta, que los 23 miembros de la Mesa Nacional del partido de izquierda abertzale Herri Batasuna asistieron a la reunión del 5 de febrero de 1996 y votaron a favor de la decisión de difundir el video de la banda terrorista ETA en su propaganda electoral televisiva.

¹⁴¹⁷ WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, pág. 186. GARCÍA CAVERO, P: “La responsabilidad penal...”, pág. 75.

¹⁴¹⁸ GARCÍA CAVERO, P: “La responsabilidad penal por decisiones colegiadas...”, pág. 75.

¹⁴¹⁹ MEINI MÉNDEZ, I: “La intervención en la adopción colectiva...”, pág. 300.

¹⁴²⁰ Vid. Capítulo V. Apartado 3.4.

la capacidad de trazar el rumbo de la decisión, añadiéndose a uno u otro posicionamiento.

En caso de que el CCO opte por actuar conforme a Derecho y mediante su voto preponderante frustrare la adopción del acuerdo delictivo, parece incuestionable que no emanará ningún tipo de responsabilidad personal ni en él ni en cualquier de los otros votantes disidentes. Pero hay que reflexionar si en semejante escenario aquellos que votaron a favor afrontarían todavía algún tipo de consecuencia penal. Esto equivale a volver a preguntarse qué ubicación ocupa en el *iter criminis* la mera emisión de un voto favorable en una decisión colegial de corte criminal. Sobre este extremo ya llegamos a una conclusión: el simple hecho de votar a favor de una decisión penalmente relevante no es aún ejecución delictiva sino sólo un acto preparatorio que resultará punible únicamente cuando el tipo de la Parte Especial en cuestión así lo prevea¹⁴²¹.

En cambio, si el CCO vota a favor en la toma de la decisión, será él quien habrá abierto la puerta a la resolución criminal al haber permitido su aprobación mediante la emisión de su voto. Estará plenamente justificado, entonces, hacerle responder junto al resto de votantes de acuerdo conforme a los parámetros analizados. Al fin y al cabo, su voto cuenta como uno más y así aparecerá reflejado en el momento de la ejecución delictiva. Incluso, desde una óptica estrictamente causal, parece sencillo alcanzar esa conclusión: mediante la clásica fórmula de la *conditio sine qua non* se extrae que la eliminación mental e hipotética de su voto de calidad imposibilitaría la adopción del acuerdo antijurídico, de modo que queda fuera de duda de que éste constituiría causa del resultado lesivo producido.

¹⁴²¹ Vid. Capítulo V. Apartado 3.2.3.

CONCLUSIONES FINALES

1. A fin de examinar la responsabilidad penal por omisión del CO no es adecuado partir de una definición unívoca y cerrada de su profesión. Con la excepción de aquellos sectores regulados que ofrecen pautas sobre cómo ha de ser entendida la función de cumplimiento, el CO es, hoy por hoy, una función no regulada, desprovista de un estatuto legal que delimite con exactitud su campo de deberes. Corresponde emplear, por ello, una aproximación tópica mediante la cual quepa analizar la responsabilidad penal de este profesional con arreglo a cómo ha sido configurada en la situación concreta esta función, atendiendo al perfil encarnado y a las específicas competencias anudadas a su rol. Concretamente en este trabajo se ha estimado preciso manejar, allá donde proceda, la siguiente tríada de distinciones dicotómicas: (1) en atención a las facultades materiales otorgadas: CO sin competencias ejecutivas (competencias de mando y/o sanción) limitado al reporte de hechos antijurídicos al órgano de administración o CO con competencias ejecutivas responsabilizado de la evitación de los delitos de empresa; (2) según su vinculación con la organización: CO interno o CO externo (parcial o completamente); (3) con arreglo al número de responsables de cumplimiento normativo integrados en la empresa: CO individual u órgano colegiado de cumplimiento.

2. Frente a lo sostenido por la CFGE 1/2016, no es pacífico que el “órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control” al que alude el artículo 31 bis. 2 CP coincida con el CO. El artículo 6.1 b) del DLI 231, reproducido literalmente por nuestro articulado penal, hace referencia a un organismo distinto, gestado en la cultura de gobierno corporativo italiana, conocido por el nombre de OdV, cuya posición jurídica mantiene tanto importantes similitudes como significativas divergencias con la encarnada por el CO. Frente a ello, podemos aceptar que el legislador español ha pretendido emular fielmente el modelo italiano, en cuyo caso, convendría dar cabida en nuestro sistema a una dualidad de órganos: de un lado, el OdV o alternativamente aquel órgano que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica (por ejemplo, la comisión de auditoría), y, de otro lado, el CO. Por el contrario, en caso de demostrarse de que, en realidad, lo pretendido por el legislador era seguir los pasos del sistema norteamericano y referirse en el artículo 31 bis CP propiamente al CO, haría falta efectuar, entonces, una nueva

reforma en nuestro articulado con tal de clarificar este aspecto y evitar así acrobacias interpretativas como las efectuadas por la Fiscalía General del Estado.

3. Como contrapartida a la libre decisión de iniciar una actividad de negocio, es al órgano de administración a quien le compete originariamente, en tanto máximo responsable de la gestión social, neutralizar aquellos cursos lesivos surgidos a propósito de su desarrollo, entre los cuales se halla, dentro propiamente del ámbito del cumplimiento normativo, la comisión de delitos capaces de desencadenar responsabilidad penal en la persona jurídica que, por lo general, encontrarían acomodo dentro de la categoría de criminalidad de empresa.

4. Para que la persona jurídica se postule como acreedora de la eximente de responsabilidad penal contemplada en el artículo 31 bis CP, el órgano de administración deberá mostrar su esfuerzo y diligencia en pos del cumplimiento normativo, adoptando, cuando sea preciso, un CMS que incluya concretas medidas suficientemente idóneas como para contrarrestar aquellos riesgos de incumplimiento a los que se expone la empresa. Importa matizar, sin embargo, que para la persona jurídica la implementación de un CMS no representaría un deber jurídico cuya transgresión desencadene específicas sanciones penales, sino, bien mirado, una incumbencia, toda vez que omitir auto-organizarse en una línea proclive al respeto del Derecho constituiría una alternativa que únicamente le imposibilitaría acogerse al régimen de exención penal contemplado en el artículo 31 bis CP. Otra cosa es que, desde la óptica del órgano de administración, la carencia de un CMS quepa valorarla como expresión del incumplimiento de los deberes de vigilancia y control que le incumbe satisfacer, posibilidad ésta que podría darse allá donde la complejidad de la organización demande la sistematización de medidas de *compliance*.

5. Pese a que el órgano de administración sea quien, desde buen comienzo, tenga que gestionar y supervisar el CMS adoptado por la empresa, la imposibilidad de que se ocupe de todo aquello que acarrea esa actividad, incluido el cumplimiento legal, le obliga a delegar sus deberes de vigilancia y control en el CO, además de otros que divergen de una estricta “autovigilancia” en la empresa, como el fomento e integración de una cultura de cumplimiento en su seno. Y ello en un mayor o menor grado de

extensión, dependiendo de cual sea el perfil que el CO encarne. La posición jurídica del CO es, por tanto, delegada del órgano de administración, no originaria.

6. La validez jurídica de la delegación de competencias desplegada por el órgano de administración en el CO depende de la satisfacción de una serie de presupuestos aceptados mayoritariamente por la doctrina: la imposibilidad de delegar funciones indelegables, la selección por el delegante de una persona idónea y capaz para el ejercicio de la función delegada, la dotación al delegado de la autonomía necesaria así como la innecesidad de formalizar la delegación de competencias.

7. Tras examinar el artículo 529 ter 1 b) LSC, cabe concluir que no concurriría óbice legal alguno que impida que el consejo de administración de una sociedad cotizada pueda delegar la gestión y supervisión del CMS en otro sujeto. Por otro lado, de la lectura del artículo 249 bis a) LSC se desprende la imposibilidad de que el órgano de administración desatienda los deberes de vigilancia y control residuales que le compete respetar en tanto delegante así como de sus obligaciones de cumplimiento en su totalidad con tal de abdicar todas ellas en una suerte de “CO cortafuegos”. Paralelamente, con arreglo a la normativa laboral (principalmente, artículo 20.1 ET) y societaria (esencialmente, artículo 249 bis LSC), hay motivos para entender que las organizaciones de nuestro país están en plenas condiciones para dotar al CO de competencias ejecutivas, sean éstas competencias de mando y sanción *ad intra*, limitadas, eso sí, a los comportamientos típicamente relevantes de aquellos empleados que esencialmente componen la segunda vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, o bien competencias *ad extra*, basadas en la terminación de las relaciones comerciales con terceras partes.

8. El presupuesto de la selección de una persona idónea y capaz para ocupar el puesto de CO pelagra en un par de situaciones especialmente problemáticas:

Para empezar, en el momento en que el órgano de administración selecciona a un sujeto incompetente con conocimiento o bien sin cerciorarse diligentemente de su capacidad para desempeñar su puesto de trabajo. La infracción de sus deberes de selección imposibilitarían el oportuno despliegue de los efectos propios de la delegación de competencias, de modo que su posición jurídica permanecería inalterada, debiendo

responder principalmente por los resultados indeseados producidos. No obstante, el CO incompetente tampoco quedaría exento si es que acepta ejercer el cargo asignado, pudiendo entrar en consideración, en tal caso, la figura de la culpa (imprudencia) por asunción.

Igualmente, hallamos otra situación distinta a la anterior en la que el candidato al puesto de trabajo de CO engaña al órgano de administración, haciéndole creer que cumple con el perfil mínimo requerido. Mientras que el órgano superaría el estándar de diligencia exigible durante el proceso de selección, pese a incurrir en un estado de error fruto del engaño canalizado, la asunción del cargo de CO por aquel sujeto que se presenta como aparentemente competente y capaz, a pesar de ser o poder ser consciente de que no posee las condiciones para ejercer su función de forma inocua, ofrecería base para considerar nuevamente la figura de la culpa (imprudencia) por asunción con tal de barajar una posible responsabilidad penal a título imprudente por su comportamiento.

9. Podría ocurrir que el órgano de administración, pese a tener que conceder al CO los instrumentos necesarios para que ejerza exitosamente su función, no lo haga, bien por una absoluta indiferencia respecto a las cuestiones de cumplimiento normativo (“no querer pese a poder”), bien fruto del sufrimiento de dificultades económicas (“no poder pese a querer”). En el primer escenario el CO debería denunciar insistentemente al órgano de administración la falta de medios para, una vez constatada su negativa a abonárselos, devolverle el ámbito delegado y abandonar su puesto de trabajo, de tal modo que su persistencia en el mismo, pese a la carencia de medios, no le permitiría escudarse de una eventual responsabilidad penal por la omisa evitación del ilícito. En cuanto a la segunda hipótesis planteada, basada en el padecimiento por la empresa de dificultades económicas, lo más razonable es que, si ésta no se encuentra en condiciones de garantizar la inocuidad de la actividad social desempeñada, abandone el mercado en el que se desenvuelve con tal de evitar el desencadenamiento de posibles responsabilidades penales individuales y colectivas futuras.

10. La relevancia de la asunción material de competencias por encima de su formalización supone que la falta de expresión en un contrato de trabajo de la reestructuración de la esfera de organización personal a fin de expandirla para hacer las veces de CO en nada influiría a la hora de exigir responsabilidad penal por haber

ejercido incorrectamente esa labor, del mismo modo que, en un sentido contrario, una formalización carente de una orientación material dejaría intactas las esferas de responsabilidad tanto del delegante como del delegado.

11. Superado el conjunto de presupuestos de las que depende una delegación de competencias válida jurídicamente, la posición de deber del órgano de administración no se extingue sino que se transforma en otra secundaria basada en el cumplimiento de una serie de deberes de vigilancia y control residuales (activos y pasivos) acerca de la actividad del CO. Esa mutación de la posición jurídica del órgano de administración, acontecida gracias al ápice de confianza brotado tras haber delegado correctamente, no se traduce, sin embargo, de buenas a primeras en que éste confíe ciegamente en la labor del CO ni mucho menos en que se desentienda por completo del ámbito de control delegado. Bien mirado, es la desconfianza la que preside inicialmente la relación de delegación entablada, no sólo porque el CO sigue desenvolviéndose en el ámbito de organización del órgano de administración sino también por el necesario periodo de adaptación que éste, como cualquier otro cargo delegado, ha de atravesar.

Satisfechos sus deberes de vigilancia y control residuales, el órgano de administración ya estaría en condiciones de avanzar de la desconfianza hacia la confianza en la función ejercida por el CO, albergando, con ello, una plena seguridad de que la porción de riesgo en cuestión está bajo su absoluto control, pudiendo ocuparse, entonces, de la satisfacción de aquellas competencias de gestión social que siguen residiendo inalterablemente en su esfera de responsabilidad. Llegado a este punto, el órgano de administración únicamente tendría que intervenir cuando albergue indicios fundados acerca de la incorrección en el ejercicio del cargo por el CO. Pero esa confianza no podrá ser indefinida sino limitada por constituir el reverso de la desconfianza primariamente planteada. Habrá momentos, por tanto, en que esa confianza deje de operar con tal de dar paso nuevamente a la satisfacción regular de los deberes de garante residuales apuntados.

12. Es perfectamente admisible que la empresa externalice completamente la función de cumplimiento o bien sólo algunas concretas actividades de *compliance*, tales como la gestión del canal de denuncias o la impartición de los cursos de formación. De ser la función de cumplimiento externalizada completamente, a quien le corresponderá

responsabilizarse de las distintas obligaciones de *compliance* es al CO externo, pero, para poder confiar en el correcto ejercicio de su cargo, como antesala, devendrá preciso que el órgano de administración de la empresa contratante no sólo satisfaga las oportunas medidas de diligencia en el proceso de selección sino que cumpla igualmente con una función de supervisión y control residual. Algo distinta se presenta la externalización parcial. Si bien el órgano de administración también deberá superar el mismo estándar de diligencia en la selección de los encargados de la porción de cumplimiento externalizada, esta vez recaerá sobre el CO interno vigilar y controlar residualmente el cumplimiento de las concretas labores externalizadas en el responsable de la entidad contratada, sin perjuicio de que el primero, en calidad de competente originario del cumplimiento normativo en la empresa, continúe comprobando de forma un tanto más genérica que este último cumple correctamente con el conjunto de competencias asumidas.

13. La delegación operada en el órgano colegiado de cumplimiento no es expresión de una delegación en cadena. Bien mirado, el órgano de administración delega la responsabilidad de gestionar y velar por el buen funcionamiento del CMS en el órgano colegiado de cumplimiento en su conjunto y luego se procede, en el plano horizontal, al correspondiente reparto de tareas que traerá como correlato la correspondiente especialización.

14. Dista de ser dogmáticamente convincente y político-criminalmente adecuado concebir la relación entablada entre el CO y el órgano de administración como un encargo de la ejecución de la función, tal como lo sostiene un sector minoritario de la doctrina. Ni el cometido que se le asigna al CO responde a la estructura de un encargo ni las consecuencias político-criminales que se derivan de los postulados de esta tesis resultan convenientes.

15. Clarificada la estructura de delegación de competencias hilada entre el órgano de administración y el CO, conviene ahondar en la fundamentación de una eventual responsabilidad penal en comisión por omisión de este último sujeto partiendo de su eje central: la posición de garante. Con carácter general, no basta, a estos efectos, con ostentar y quebrantar sucesivamente un deber formalmente derivado de la tríada de fuentes contempladas en el artículo 11 CP (ley, contrato e injerencia) pero

materialmente explicado a partir de la ejercicio de una función de protección o vigilancia. Para poder castigar a un agente en comisión por omisión deviene adicionalmente preciso, por cuestiones tanto de legalidad como de proporcionalidad, apreciar una equivalencia tanto axiológica como estructural entre la realización típica activa y la omisiva. Es decir, si con la realización típica activa se constata una defectuosa organización de la esfera de la libertad personal, al crear riesgos desaprobados o incrementarlos por encima de umbrales de tolerancia social, también esa defectuosa organización debe darse en la comisión por omisión. Sólo así cabe entender que la comisión omisiva sea expresión del sinalagma ejercicio de la libertad-responsabilidad por las consecuencias. Siendo, entonces, la equivalencia el verdadero *quid* de la comisión omisiva, el criterio material que personalmente mejor creo que la define es el de la asunción libre e inequívoca del compromiso de actuar a modo de barrera de contención de los riesgos. El garante debe haber hecho suyo el compromiso de controlar un determinado curso de riesgo, estando éste bajo su absoluto control, de tal forma que, actuar en contra del previo compromiso material asumido, supondría permitir que éste fluya en una dirección lesiva para bienes jurídicos protegidos.

16. La transgresión por el CO de unas disposiciones contractuales de base jurídico-privadas carece del sustrato material necesario para justificar una imputación jurídico-penal. Frente a lo pretendido por las superadas teorías formales del deber jurídico, ni el contrato *per se* sirve como fundamento de una posición de garante ni mucho menos la indemnidad de los bienes jurídicos queda supeditada a su duración o validez. De hecho, a efectos de comisión por omisión, tan siquiera sería suficiente con advertir en el CO la infracción de un deber contractual de vigilancia. Bien mirado, es sólo a partir de la constatación de un auténtico compromiso material, normalmente asumido en el preciso instante en que se realizan actos inequívocos de contención del curso de riesgo en cuestión, que es posible generar una confianza especial en terceros en que el sector de riesgo está indubitadamente bajo control, condicionando, con ello, la disminución, abandono o incluso el omiso surgimiento de otras posibles medidas de protección o vigilancia.

Lo descrito ocurre, a todas luces, con el CO, toda vez que la libre asunción de su compromiso de garante por la vía de la delegación permite al órgano de administración, en calidad de competente originario de controlar los cursos de riesgo, descargarse en

buena parte de responsabilidad en materia de cumplimiento normativo, en mayor o menor medida según cuál sea el perfil que el CO encarne, e incluso despreocuparse de contratar a otro sujeto que haga sus veces de CO o de asignar el emprendimiento de sus tareas a otro cargo ya asentado en la compañía con un perfil suficientemente idóneo. Sin embargo, como dicta toda delegación de competencias, la confianza del órgano de administración en el cargo de CO no la obtendrá de buenas a primeras sino sólo una vez satisfechos los deberes de vigilancia y control residuales que le siguen incumbiendo respetar.

17. La posición de deber del CO no casa con la de un garante de protección *ad extra* en relación con bienes jurídicos colectivos y/o bienes jurídicos individuales de terceras partes. Ni el CO somete a su dependencia la protección de bienes jurídicos supraindividuales merecedores de amparo, al faltarle el monopolio del dominio normativo y la decisión sobre los mismos, ni tampoco hace lo propio con los bienes individuales ajenos, toda vez que su compromiso de control lo asume frente a la empresa que le contrata, no ante terceras partes, no ofreciendo, por tanto, base alguna para que éstas mengüen u omitan emplear otras herramientas de protección. En puridad, serían dichas terceras partes las competentes primarias para auto-protegerse ante eventuales agresiones externas, pese a que, todo sea dicho, no siempre cuenten con los medios precisos para garantizarse una protección integral. La posición de deber del CO estaría, en fin, desprovista de una proyección jurídico-pública y el efecto de protección desplegado causalmente por el CMS adoptado por la corporación debería ser catalogado meramente como un reflejo de su debida operatividad.

18. Tampoco es procedente concebir al CO como un garante de protección *ad intra* en referencia al amparo de la integridad de la empresa, expresión ésta que englobaría tanto su activo patrimonial como su capital reputacional. El *status* del CO, vinculado con la prevención delictiva en la empresa, no se corresponde con el de un delegado fiduciario en conexión con los intereses de los socios de la compañía. Ese cometido le corresponde primordialmente el órgano de administración en tanto agente de los titulares del negocio, a quienes deben una gestión de la empresa diligente así como una actuación leal en aras de maximizar sus rendimientos económicos.

19. Ambos, el CO sin competencias ejecutivas como el CO que sí las tiene, comparten entre sí una misma porción de garantía, a saber, el control del riesgo de inoperatividad en todas sus fases de vida (diseño, implementación, seguimiento y actualización) del conjunto de herramientas de *compliance* de las que se dota la empresa, tanto las de vigilancia y control intraempresarial y extraempresarial como las relativas al fomento e integración de una cultura de cumplimiento, cuyo propósito común radicaría en asegurar el cumplimiento del Derecho en la empresa. No obstante, la posición jurídica de cada cual difiere en lo tocante a la intervención contra el ilícito penal detectado, lo que, en el fondo, comporta que cada uno acoja un compromiso de garante divergente en este extremo.

20. El fenómeno de la fragmentación de la información imperante en las estructuras corporativas modernas, basadas en una descentralización de la gestión empresarial, dificulta seriamente que el órgano de administración pueda estar al tanto sobre aquello que acontece en el seno de la organización, incluida la comisión de aquellos delitos cuya comisión le incumbe evitar. Esa actualización regular respecto al estado de cosas concurrente en la empresa es, a todas luces, imprescindible, pues a duras penas podrá estar el órgano de administración en condiciones de conjurar los cursos lesivos emanados a propósito del desarrollo de la actividad comercial si desconoce lo que ocurre en el seno de la organización que gestiona.

Frente a lo descrito, no sorprende que el CO sin competencias ejecutivas sea quien, por la vía de la delegación de competencias, haga suyo expresa e inequívocamente el compromiso material de obtener la información sobre cumplimiento normativo, analizarla e iniciar, en su caso, las investigaciones internas subsiguientes para, en último término, comunicar al órgano de administración aquellos hechos cuya relevancia criminal revista un mínimo grado de verosimilitud, sin perjuicio de poder emitirle luego recomendaciones y consejos sobre las posibles actuaciones a seguir. El control del riesgo de desorientación que pueda afectar a este último sujeto, esto es, el riesgo a que desconozca los eventos contrarios a Derecho sucedidos en la organización, quedaría integrado, consiguientemente, en su esfera de responsabilidad.

Pese a que no quepa duda de que se trataría de una delegación de tipo parcial, dicha parcialidad no evapora la condición de garantía de la posición jurídica del CO sino que,

antes bien, limita su extensión en comparación con una delegación mucho más holgada. De hecho, la importancia de su posición jurídica, en tanto garante de información, no sería menor, toda vez que el conocimiento del órgano de administración sobre aquellos delitos perpetrados en la organización pasaría a depender de los oportunos avisos que el CO le remita en tiempo y forma.

21. Comparativamente más holgada se presenta la posición jurídica ocupada por aquel CO que cuenta con competencias ejecutivas. Pues éste, en vez de tener que ocuparse de trasladar la información sobre cumplimiento normativa al órgano de administración, le incumbe neutralizar por sí mismo el curso de riesgo emanado a propósito del desarrollo de la actividad empresarial, restando, por ende, su control directo dentro de su compromiso de control. La fórmula compuesta por la actualización acerca de los posibles delitos cometidos en la organización y el impedimento de la materialización de dichos hechos antijurídicos se hallaría concentrada, por tanto, en este mismo agente, en lugar de permanecer partida, como antes, en dos garantes distintos.

22. Es erróneo enjuiciar la posición de deber del CO desde la óptica de la competencia institucional, como si de un semi-funcionario público se tratase:

Primero, porque el fenómeno de la autorregulación regulada, empleado como fundamento teórico para entender a las empresas privadas de cuyo cumplimiento normativo se ocupa el CO como entidades colaboradoras y, en consecuencia, extensión del brazo del Estado en su crucial cometido de prevenir la comisión de delitos como parte fundamental de su deber de protección ciudadana, no encuentra reflejo en nuestro sistema. El Estado mantiene intacto su *status* tanto legislativo como sancionador, sin embargo, incentiva político-criminalmente a las organizaciones para que se auto-organicen de un modo tal para prevenir que en su seno se cometan aquellos comportamientos delictivos tipificados en el ordenamiento jurídico.

Segundo, debido a que la posición jurídica del CO está ligada, antes bien, con una competencia por organización, al optar libremente por reestructurar su esfera de responsabilidad en aras de expandirla a fin de abarcar un específico espectro de deber que originariamente le competía al órgano de administración, debiendo, por tanto, hacer frente a las consecuencias lesivas originadas a causa de un incorrecto ejercicio de la

libertad que el Derecho le reconoce. A lo sumo, el único vínculo que une este profesional con el Estado en su fundamental deber de protección ciudadanía es aquel que le incumbe en su condición de ciudadano, lo que se traduce en el cumplimiento de un deber de corte positivo-general.

23. Si bien es cierto que la posición de garante – o mejor, el compromiso de garante – es el centro en torno al cual pivota la realización típica en comisión por omisión, una sólida fundamentación de una responsabilidad penal de semejante naturaleza ha de superar el adicional examen del resto de presupuestos del tipo objetivo.

Primeramente en los delitos omisivos importa diferenciar, como en los activos, el título de intervención delictiva por el que ha de responder el agente. Si la autoría omisiva se configura a partir de la libre asunción por el garante del compromiso de intervenir directamente como barrera de contención a efectos de evitar la producción de un específico resultado lesivo, la participación omisiva entra en consideración cuando el agente o bien asume otro compromiso de garante distinto encaminado a contribuir a impedir ese mismo resultado o bien, en un sentido secundario, allá donde existan restricciones radicadas en el tipo penal de la Parte Especial que impiden articular un título de responsabilidad principal.

Así las cosas, para punir al CO en comisión por omisión se antoja inexorable comprobar en el caso concreto si ha concurrido la denominada situación típica, reflejada, en esta sede, en el aparente riesgo de acaecimiento de cualquiera de los eventos de trascendencia penal que recaigan dentro de la esfera de responsabilidad del CO. Frente a la situación de peligro, el CO debe haber omitido prestar aquella acción debida idónea, necesaria y posible que corresponda con arreglo a las circunstancias de hecho concurrentes y la posición de deber encarnada. Como corolario de la omisa prestación de la acción debida, tiene que producirse, por lo demás, aquel resultado lesivo que el CO, con arreglo a su posición de deber, tenía que haber evitado o dificultado. Y, constatada la materialización de ese resultado lesivo, hace falta comprobar *ex post facto*, con tal de fundamentar una comisión omisiva consumada, si, con una probabilidad rayana a la certeza, el CO lo hubiese evitado o, en su caso, dificultado a partir de la ejecución de la acción debida omitida, que es justamente a lo que responde la causalidad

hipotética en tanto criterio de imputación de objetiva en los delitos omisivos superpuesto a la relación de garantía.

24. Corresponde fundamentar en sede de tipicidad subjetiva si el comportamiento omisivo del CO le es imputable a título de dolo o de imprudencia. Sin lugar a dudas, la realización típica en comisión por omisión imprudente es la que mayor protagonismo tiende a recabar en el marco de los criterios de atribución de responsabilidad penal en las estructuras de empresa y, por correlación, también en el CO. Son varios los aspectos que, en su momento, sometimos a examen y que, en buena medida, inciden en el análisis de su responsabilidad penal:

a) Conviene distinguir entre la noción de regla técnica, concretada en el campo del cumplimiento normativo en el conjunto de normas ISO y UNE publicadas en relación con esta materia, y la de deber objetivo de cuidado. Ni actuar conforme a lo dispuesto por la regla técnica permite concluir una intervención diligente del agente, toda vez que en la situación concreta pueden ser necesarias medidas de cuidado adicionales a las abstractamente requeridas, ni transgredirla deriva necesariamente en la infracción simultánea del deber objetivo de cuidado, si es que los factores que rodeen la situación de hecho concreta permiten minimizar los estándares de diligencia generalmente considerados.

b) En el plano de la comisión por omisión imprudente, el compromiso de garante, de un lado, y el deber objetivo de cuidado, de otro, pese a transcurrir por caminos separados en la teoría del delito, convergen materialmente en contenido.

c) La estructura de la comisión por omisión imprudente suele concurrir allá donde el garante, por no haber observado el cuidado objetivamente debido que se esperaba, desconoce o, si se prefiere, no se representa adecuadamente la situación típica; ignora su capacidad para llevar a cabo la acción debida considerada *ex ante* necesaria para evitar el resultado antijurídico o bien no consigue evitar el resultado antijurídico debido a la forma descuidada o inadecuada con la que emprende la acción debida.

d) Con arreglo a la cláusula de incriminación cerrada respecto las acciones y omisiones imprudentes que nuestro sistema asienta en el artículo 12 CP, sólo si la legislación penal

lo explícita, la realización imprudente del tipo penal de la Parte Especial resulta excepcionalmente punible, en caso contrario, yace impune y sin castigo. Eso significa que, salvo por puntuales excepcionales contempladas en el articulado (por ejemplo, el delito de blanqueo de capitales o el de insolvencias punibles), la ejecución imprudente de buena parte de los comportamientos delictivos adscritos al campo del cumplimiento normativo que circunscriben su ámbito típico a modalidades de comisión dolosa deberá ser catalogada como impune por atípica.

e) Pese a existir argumentos dogmáticos, político-criminales y legales suficientemente sólidos para dotar de sustento a la admisión teórica de la participación imprudente, tanto activa como omisiva, un atento análisis del artículo 12 CP nos permite descartar su punición, cuanto menos, en el ordenamiento jurídico español.

25. Asentadas las bases sobre la responsabilidad penal por omisión del CO, ya cabe entrar a considerar una serie de casos ubicados en distintos estadios del proceso de trabajo del CO, siendo el primer grupo de supuestos analizado aquel vinculado con una defectuosa comprobación por parte de este profesional de la operatividad de las medidas de vigilancia y control intraempresariales en cada una de sus fases de vida.

El incurrimento en un error de diagnóstico por el CO desencadenante de una deficiente asignación de medidas de vigilancia y control a un sector de riesgo determinado no resultaría típicamente relevante de haber sido ese examen diligentemente ejecutado a partir de una metodología conveniente y razonable, aun cuando en ese ámbito se acabe por cometer un ilícito penal. De ser su error vencible, cabría dar cabida a una responsabilidad por imprudencia a título de partícipe. Distinto es que una flagrante dejación por el CO de aquellas funciones que le incumbe desempeñar en esta fase ocurra con conocimiento de que está favoreciendo un delito ajeno a punto de ser ejecutado, en fase de tentativa o bien consumado pero con vistas a una continuación delictiva, lo que, sin duda, desembocaría en una responsabilidad de tipo dolosa.

También, en esta temprana etapa de diseño de las herramientas preventivas, podría ocurrir que el CO diseñe medidas de *compliance* cosméticas claramente escasas para prevenir un delito en concreto. Su implementación a sabiendas de la carencia de virtualidad práctica no permitiría *per se* una imputación dolosa, puesto que para ello

haría falta probar que el CO sabía o, cuanto menos, se representaba concretamente en la situación en cuestión que con la introducción de herramientas de prevención delictiva de tal clase estaba auxiliando a la comisión de un determinado delito. Lo normal es que ello derive en una responsabilidad por imprudencia.

Luego, en la etapa de implementación y seguimiento, si el CO omite establecer un control específico, retrasa en el tiempo su introducción o bien lo implementa de un modo tan gravemente defectuoso como para devenir prácticamente inoperativo, su comportamiento sería subsumible en una participación por omisión, dolosa o imprudente, al omitir dificultar u omitir contribuir a impedir, con ello, la comisión de un ilícito penal concreto. Un mismo título de responsabilidad se le asignaría en caso de omitir desplegar dolosa o imprudentemente un seguimiento continuo a fin de comprobar si un concreto control diligentemente introducido en la empresa está siendo respetado por los empleados.

Finalmente, en la fase de actualización, el CO respondería, otra vez, en calidad de partícipe omisivo por omitir actualizar los controles intraempresariales inicialmente integrados, bien dolosamente, si cuenta con conocimiento cierto o, cuanto menos, con representación concreta en la específica situación de que está posibilitando la realización de un ilícito penal por otro sujeto que se aprovecha de la inexistencia de esos controles debidamente actualizados, bien imprudentemente, si ese comportamiento responde a la omisa adquisición previa de aquellos conocimientos que le permiten seguir permaneciendo en un posicionamiento óptimo ajustado a las condiciones mínimas requeridas a efectos de desempeñar su función (culpa por asunción sobrevenida) .

26. Los vínculos de negocio interempresariales entablados por la organización con terceras partes ajenas a la estructura interna corporativa también pueden dar pie a la generación de significativos riesgos de incumplimiento que hace falta controlar. Muestra de ello son, primero de todo, los delitos cometidos por terceros en el ejercicio de las actividades sociales, por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. En segundo lugar, aquellos otros hechos antijurídicos perpetrados por integrantes de la corporación fruto de haber ofrecido a terceros con los que la entidad se vincula comercialmente un

producto o servicio que les ha permitido consumir su injusto penal. Y, en último término, aquellos comportamientos típicos realizados por terceros ajenos a la estructura interna de la persona jurídica pero en los que han participado activamente miembros de la misma.

Frente a la probable materialización de los riesgos de incumplimiento listados, es notoria la necesidad de que la persona jurídica se dote de mecanismos de vigilancia y control aptos para controlarlos. A no otra cosa responde el denominado *third party compliance*. Para ser más exactos, esta vertiente del cumplimiento normativo queda concretada en la ejecución de procedimientos de diligencia debida sobre las contrapartes contractuales, el establecimiento de medidas correctivas del riesgo que entablar la relación de negocio en cuestión suscita y, por último, la monitorización continua del cumplimiento por las terceras partes de los presupuestos de control acordados que condicionan la vigencia de la relación comercial hilada así como la actualización, si procede, de las medidas de *third party compliance*.

De la oportuna funcionalidad de esta serie de herramientas de carácter preventivo también se ocupa el CO, empezando por la inicial etapa de selección, a partir del examen del perfil de riesgo de la contraparte contractual a fin de asignarle unas u otras medidas de control. En principio, siendo semejante análisis diligentemente emprendido, el CO actuaría dentro de la esfera del riesgo permitido, no brotando en éste responsabilidad penal de ningún tipo si es que al final se materializa alguno de los riesgos de incumplimiento antes visto. Otra cosa es que ese error de valoración del riesgo suscitado por la tercera parte sea vencible, en cuyo caso, sí que cabría barajar una responsabilidad a título de partícipe imprudente.

También el CO ejecuta, con posterioridad, un seguimiento continuo más o menos intenso sobre la contraparte contractual para verificar si ésta satisface las condiciones de control requeridas. Aquí el CO incurriría en responsabilidad como partícipe por omisión en el supuesto de omitir, retrasar de forma incomprensible o ejecutar de modo gravemente defectuoso una tal medida de seguimiento apta para dificultar el injusto penal ajeno.

Cada cierto tiempo el CO ha de verificar igualmente si el riesgo inicialmente detectado permanece intacto o bien si, por lo contrario, ha variado frente a la concurrencia de una serie de circunstancias específicas, en cuyo caso, de omitir dicho comportamiento en transgresión de su compromiso de garante, podría nuevamente responder como partícipe por omisión.

27. La cultura de cumplimiento no ha de ser entendida como un fin en sí mismo que las empresas hayan de perseguir sino como un poderoso recurso, perfectamente compatible con la pura vigilancia y control intra y extraempresarial, apto para prevenir la comisión de delitos en la organización. Normalmente la cultura de cumplimiento ha solido asociarse con el ejercicio en el empresa de una función informativa, consistente en informar a los empleados y terceras partes sobre aquello dictado por el ordenamiento jurídico, y otra ético-social, destinada a alinear sus valores con aquellos promocionados por la empresa, extremos ambos que no dejarían de traducirse en una amalgama de medidas de cumplimiento normativo específicas (impartición de cursos de formación, organización de campañas de sensibilización, etc.). Sin embargo, la peligrosa incidencia ejercida en el comportamiento individual por sesgos cognitivos o racionalizaciones surgidos en el contexto corporativo, capaces de conducir hasta personas sin predisposición a delinquir a cometer un acto ilícito, aconseja adicionar a la cultura de cumplimiento otra vertiente más, que podríamos denominar tentativamente función inhibitoria de tendencias conductuales nocivas, destinada a contrarrestar los perniciosos efectos brotados a propósito de la concurrencia de dichos patrones de comportamiento. Este otro pilar de la cultura de cumplimiento, al igual que el resto, seguiría concretándose en la implementación de específicas herramientas de prevención delictiva, siendo una de la más novedosas el empleo en la empresa de pequeños empujones en cumplimiento normativo (*compliance nudges*).

El CO desempeña un innegable papel promotor de una cultura de cumplimiento en la organización, precisado en el aseguramiento del óptimo funcionamiento del conjunto de herramientas de prevención delictiva ligadas a este campo. Tras un atento análisis casuístico, es posible concluir que difícilmente un deficiente comportamiento del CO en esta sede va a acarrearle responsabilidad penal, sin perjuicio de la responsabilidad laboral que quepa anudarle con base en las infracciones contractuales en las que incurra. Su trascendente función en el establecimiento en la empresa de una cultura de

cumplimiento no nos debe hacer olvidar, en cualquier caso, cuán trascendente es que para ello la dirección corporativa predique con el ejemplo y muestre su constante apoyo a las distintas acciones de cumplimiento normativo desplegadas (*tone from the top*).

28. Desde el momento en el que el CO sin competencias ejecutivas hace suyo el control del riesgo de desorientación del órgano de administración, mediante la recopilación, filtración y ulterior reporte de la información sobre la comisión de ilícitos penales en la empresa, nace una expectativa respaldada por el Derecho en este último sujeto basada en la recepción de esa información de interés necesaria para intervenir directamente contra la comisión del delito alertado. El primero haría las veces de emisor de la información, mientras que a este último se le asignaría ser el receptor de la misma. En el marco de este contexto comunicativo, la omisión de reporte del CO supone la emisión al órgano de administración, en clave de silencio comunicativo, de un continuo mensaje de que todo va bien en la empresa, lo que desemboca en una errónea representación acerca del estado real de las cosas, como si hubiese sido engañado activamente a partir de un informe fraudulento.

Esa omisión de reporte tanto puede traer cuenta de un comportamiento doloso del CO como de otro imprudente materializado en algún estadio del proceso de recepción, gestión y remisión de la información sobre cumplimiento normativo. Igualmente, tampoco debe descartarse del abanico de posibilidades que al CO le haya resultado sumamente complicado hacerse con esa información, bien por mor del silencio organizativo imperante en la empresa, bien por haber sido víctima de un engaño canalizado normalmente a título doloso por uno de los integrantes de la persona jurídica.

Con base en lo antedicho, la omisión de reporte del CO permitiría articular una instrumentalización del órgano de administración configuradora de un título de responsabilidad en autoría mediata omisiva (dolosa o imprudente) si es que la sola vía de traspaso de la información sobre cumplimiento normativo es este profesional, bien por tratarse del exclusivo canal de comunicación sobre cuestiones de cumplimiento, bien por haber sido el único garante que ha tenido acceso a la información referida dada su particular posición en la organización. Pero, con miras a fundamentar satisfactoriamente dicho título de responsabilidad, resultará necesario constatar una

posición de hegemonía del CO sobre del órgano de administración, pues, de lo contrario, siendo la percepción del riesgo idéntica tanto en uno como en otro sujeto y, consiguientemente, no existiendo desnivel cognitivo alguno, procederá encuadrar sus comportamientos típicamente relevantes en una autoría accesoria.

Harina de otro costal es que la omisión de reporte del CO vulneradora del compromiso de garante libremente asumido ofrezca base para hacerle responsable de un modo meramente auxiliar, esto es, como partícipe omisivo (doloso o imprudente). Algo así ocurrirá cuando existan otras vías mediante las cuales el órgano de administración pueda ser conocedor de la información sobre la comisión de un ilícito o bien si cuenta con la posibilidad de conocer fácilmente las situaciones de riesgo mediante el mero cumplimiento de sus deberes de vigilancia y control residuales. En estos casos la omisión de reporte del CO solamente entorpecería la intervención del órgano de administración frente al hecho antijurídico, omitiendo contribuir a impedir su materialización mediante la canalización del reporte adecuado, pero no la neutralizaría *ex ante* completamente, toda vez que la creencia de que en el seno de la organización ningún ilícito penal ha tenido lugar no le sería entera y exclusivamente atribuible.

29. El CO actúa en línea con su compromiso de garante y, por ende, merece estar exento de responsabilidad en comisión por omisión, si diligentemente reporta en tiempo y forma al órgano de administración el delito detectado pero, aun así, el reporte cursado no alcanza su acervo cognitivo precisamente por haber blindado este último su propia esfera informativa ante circunstancias referentes a aquellas infracciones típicamente relevantes que deliberadamente desiste conocer. Si bien habrá ocasiones en los que, dado el grado de representación constatable, ya cabrá apreciar dolo eventual en la conducta del órgano de administración, en otras la teoría de la ignorancia deliberada deberá ser considerada.

30. De la asunción libre y voluntaria por parte del CO con competencias ejecutivas del compromiso de control directo sobre ciertos cursos lesivos surgidos a propósito de la actividad comercial se desprende que si éste, en infracción de su posición jurídica, omite conjurar la producción de un delito ajeno, bien personalmente, bien por medio de la emisión de órdenes de obligado acatamiento, su conducta sería del todo apta para integrar una autoría omisiva. Aun así, difícilmente el CO acabará por ser castigado bajo

dicho título de responsabilidad, ya sea principalmente por las restricciones legales presentadas por el tipo penal implicado (por ejemplo, un delito especial o uno de mera actividad) o bien, cuando infrinja negligentemente su compromiso de garante, debido a la falta de previsión legal de una modalidad imprudente para el delito que se ha omitido impedir.

31. Pese a su aproximación material al órgano de dirección en lo que a las funciones de vigilancia y control detentadas respecta, es incorrecto calificar al CO con competencias ejecutivas como un administrador de hecho a efectos de extenderle la cláusula de actuar por otro del artículo 31 CP, siempre y cuando se estime como válida una concepción material, aunque un tanto restrictiva, de esta noción para cuya apreciación sea preciso el ejercicio prolongado en el tiempo del conjunto o, cuanto menos, buena parte de las tareas de gestión social y representación que caracterizan al cargo de administrador social.

32. Por su condición el CO carece de un deber jurídico-reforzado de denuncia de actos delictivos frente a las autoridades. El único deber de denuncia externa que le alcanza es aquel que le incumbe en tanto ciudadano. Eso significa que, en caso de omitir denunciar externamente un delito frente al que el órgano de administración permanece impávido, a lo sumo, podrían entrar en consideración o bien las consecuencias jurídico-penales previstas en el artículo 405.2 CP, si se trata de un hecho antijurídico de inminente comisión, de actual ejecución o incluso del que aún quepa inferir un riesgo de continuidad delictiva que entre dentro del angosto ámbito material de el tipo penal mentado, o bien la (insignificante) sanción gubernativa contemplada en el artículo 262 Lecrim, de haberse consumado ya el delito en cuestión.

33. Cabe imaginar que, en caso de que el CO opte por denunciar ante las autoridades la infracción penal alertada, éste se vea abocado en una situación determinada a difundir una información reservada sobre la que tenga que guardar confidencialidad por tratarse de un secreto de empresa o bien de otro tipo de secreto anudado al perímetro de intimidad de aquellos terceros cuyos intereses legítimos han resultado lesionados por el ilícito penal cometido.

La revelación de un secreto de empresa en las condiciones descritas debería ser calificada como atípica conforme a lo dispuesto por la normativa reguladora del secreto empresarial, toda vez que ésta, tras una ponderación de los intereses enfrentados, habría resuelto autorizar la difusión de esta clase de información, entre otros casos, cuando su razón de ser estribe en el descubrimiento de un injusto penal.

Menos categórica se presenta la respuesta a ofrecer en relación con la divulgación de una información reservada perteneciente al perímetro de intimidad de las víctimas del delito. Habrá ocasiones en las que, bajo el cumplimiento de determinados presupuestos, la conducta típicamente relevante del CO pueda llegar a estar plenamente justificada al amparo de un estado de necesidad agresivo (artículo 20.5 CP) o de la eximente de cumplimiento de un deber (artículo 20.7 CP). En otros casos, especialmente en aquellos en los que el CO hubiese podido contactar con las víctimas del delito para que fuesen éstas las que decidiesen si denunciar el delito o preservar su intimidad, únicamente cabría barajar una eximente incompleta que permitiría rebajar la pena que se le imponga. Ni siquiera cabría considerar, en el extremo opuesto, una atenuación penológica si, en cambio, la persecución del delito hubiese podido ser auspiciada sin necesidad de haber divulgado información confidencial alguna.

34. El principio de imputación que preside las relaciones horizontales entabladas entre los COs sectoriales que conforman el órgano colegiado de cumplimiento en relación con la respectiva esfera de responsabilidad de cada cual es el de la desconfianza. Al CO sectorial se le contrata precisamente para integrar y articular aquellos mecanismos de *compliance* arraigados a su respectivo ámbito de especialización así como de extenderlos a todos los niveles de la empresa, incluidos los horizontales. Cada cual debe perseguir, por ello, la obtención de conocimiento sobre la comisión de ilícitos penales por medio de la gestión eficiente de aquel conjunto de herramientas de prevención delictiva cuya debida operatividad recae de lleno en su espectro de responsabilidad.

Casa perfectamente, en cambio, que el principio de imputación que impera a nivel horizontal entre los COs sectoriales respecto aquellos sectores de riesgo desvinculados de su ámbito de especialización sea el de la confianza, entendido en un sentido tradicional. Pese a que dé la impresión de que cada CO sectorial queda circunscrito a su respectiva parcela de trabajo, una que diverge respecto a aquella otra que recae en el

ámbito de competencia de los demás, todos ellos, en realidad, compartirían una aspiración común: asegurar la funcionalidad global de la superestructura de *compliance* a fin de garantizar el cumplimiento del Derecho en la empresa. Si bien en estos casos los COs sectoriales carecerían de un deber de articular mecanismos de vigilancia y control recíprocos, sí ostentarían otro de naturaleza reactiva, de modo que, una vez albergados serios indicios acerca de la realización activa u omisiva de un injusto penal por uno de sus compañeros, deberían proceder a intervenir del modo que resulte más oportuno, bajo el riesgo de incurrir, en caso contrario, en responsabilidad penal por omisión.

35. Frente a una decisión colectiva de corte antijurídico sometida a votación en el seno del órgano colegiado de cumplimiento, varios son los comportamientos que sus integrantes pueden adoptar, cada cual merecedor de una valoración jurídico-penal independiente:

a) Quienes votan a favor de un acuerdo antijurídico finalmente consumado podrían ser calificados como coautores (activos u omisivos, doloso o imprudentes) o, dependiendo del sentido de la decisión colegial adoptada o del tipo penal implicado, cointervinientes de otra clase (copartícipes, coautores mediatos, etc.), no constituyendo óbice válido para excluir la responsabilidad individual de los últimos votantes que el resultado de la votación haya estado sobrecondicionado. Podría ocurrir, sin embargo, que el acuerdo aprobado sea mediatamente ejecutivo y que, a pesar de haberse adoptado, no haya sido materializado, bien porque el órgano colegiado de cumplimiento emita una orden al trabajador para ello y éste no la cumpla, bien porque dicho sujeto subordinado inicie su ejecución pero ésta acabe por frustrarse por razones ajenas a su voluntad. Mientras que en el primer caso cabría apreciar responsabilidad a título de proposición que sólo recabaría una pena en un *numerus clausus* de tipos penales, en el segundo hablaríamos propiamente de una tentativa.

b) El CO sectorial al que se le declara nulo el voto emitido, no siendo éste computado en el recuento final, ni participa propiamente en la votación ni mucho menos en la aprobación de la decisión. Se trataría de un fallido intento de votar a favor de una decisión penalmente relevante demasiado alejado de la lesión del bien jurídico como para merecer un castigo por el Derecho Penal.

c) Votar en contra de la decisión ilegal adoptada representa un signo expreso e inequívoco de oposición, razón por la cual, carecería de fundamento imponer una pena al CO sectorial disidente, al actuar precisamente conforme a Derecho. Pese a todo, incurriría en responsabilidad penal por omisión en caso de omitir intentar frustrar la realización típica de sus compañeros, al tratarse de un escenario propio de aplicación de los principios de imputación en las relaciones horizontales.

d) Tanto el CO sectorial que vota en blanco como el que se abstiene exhiben un posicionamiento neutro sobre el asunto sometido a votación, no resultando factible colegir ni su rechazo ni su respaldo al grupo que vota antijurídicamente, lo que, desde luego, no les eximiría de intervenir para impedir el acuerdo antijurídico, tal como acontece con los votantes opositores.

e) Que el CO sectorial facilite con su presencia la formación del quórum requerido a fin de constituir la sesión en la que se aprueba la decisión colectiva criminal carece de relevancia jurídico-penal. Acudir a la reunión solamente representa un derecho conferido a todos los miembros del órgano colegiado de cumplimiento de cuyo ejercicio no cabe predicar un apoyo a la decisión antijurídica aprobada.

f) Dejar de comparecer a la reunión tampoco conduciría a responsabilidad penal de ningún tipo, salvo cuando el CO sectorial ausente vote con posterioridad a la sesión a favor del acuerdo o bien cuando intencionalmente omita asistir a la sesión con tal de evitar lidiar con el impedimento de la realización típica.

g) La votación secreta únicamente arroja problemas desde una óptica estrictamente probatoria, dadas las importantes dificultades que comporta demostrar quien votó a favor de la decisión antijurídica aprobada. Para corregir esto cabe o bien prohibir las votaciones secretas o bien exigir al votante disidente dejar constancia de su oposición en el acta correspondiente.

h) El voto de calidad emitido por el CCO a fin de resolver un empate de votos entre los COs sectoriales tampoco suscita demasiados interrogantes para el Derecho Penal. Si con su voto preponderante frustra la decisión colectiva, personalmente no tendría que

soportar responsabilidad penal alguna, mientras que, de optar por votar a favor, su voto contaría como uno más, debiendo someterse, junto al resto de partidarios de la decisión, a la imposición de una pena a título de coautor u otra clase de cointerviniente.

FINAL CONCLUSIONS

1. In order to adequately analyse the criminal liability for omission of the CO we cannot start from an unambiguous and closed definition of what is that the CO does. With the exception of some regulated sectors, which offer some guidelines on how the compliance function should be understood, the CO is currently an unregulated function that lacks a legal regulation statute that defines his/her range of duties. Therefore, it is necessary to make use of a topical approach and to analyse his/her criminal liability according to how the compliance function has been set up in the specific case, taking into account the profile embodied and the specific duties linked to his/her role. Specifically in this dissertation it has been deemed necessary to use, where appropriate, the following triad of dichotomous distinctions: (1) according to the material powers granted: CO without executive powers (command and/or sanction powers) limited to reporting of misconducts to the board of directors or CO with executive powers responsible for directly preventing criminal offences; (2) according to the relation with the organisation: internal CO or external CO (partially or completely); (3) according to the number of compliance officers hired: individual CO or compliance committee.

2. In opposition to what the CFGE 1/2016 claims, it is not clear that the "body of the legal entity with autonomous powers of initiative and control" foreseen by Article 31 bis. 2 of the Spanish Criminal Code refers to the CO. Article 6.1 b) of the DLI 231, reproduced literally by the Spanish Criminal Code, refers to a different body, established in the Italian corporate governance culture, known as OdV, whose legal position has both similarities and divergences with that legal position embodied by the CO. In light of this, were we to agree that the Spanish law maker has sought to faithfully emulate the Italian regime, it would then be appropriate to make room in our system for a duality of bodies: on the one hand, the OdV or alternatively that corporate body which is legally entrusted with the function of supervising the effectiveness of corporate internal controls (for example, the audit committee), and, on the other hand, the CO. On the contrary, if it were to be proven that the law maker intended to follow the footsteps of the North American system and mention the CO in Article 31 bis of the Spanish Criminal Code, it would then be necessary to amend our criminal code as to clarify this point to avoid interpretative acrobatics such as those carried out by the Spanish Public Prosecutor.

3. As a counterpart to the free decision to start a business activity, the board of directors is originally responsible for neutralizing those harmful risks that arise because of the development of that activity. Among them there are some wrongdoings the commission of which triggers corporate criminal liability and that, in general, would fit within the corporate crime category.

4. In order for the legal entity to be exempted from criminal liability according to those requirements established in Article 31 bis of the Spanish Criminal Code, the board of directors must prove its effort and diligence in achieving corporate compliance, adopting, where necessary, a CMS that includes specific measures appropriate to counteract the risks of non-compliance to which the company is exposed. However, it is important to note that the company has no legal duty to introduce a CMS the breach of which would lead to criminal penalties, but rather a concern to do so, since failure to self-organise in a way conducive to compliance with the law would make the company unable to benefit from that defense established in Article 31 bis of the Spanish Criminal Code. On the other hand, the non-establishment of a CMS could mean breaching the monitoring and surveillance duties by the board of directors as long as corporate complexity demands the systematisation of compliance tools.

5. Despite the fact that the board of directors is the one which has to manage and oversee the CMS adopted by the company from on the onset, its impossibility to deal with everything that involves corporate activity, including legal compliance, forces it to delegate to the CO its monitoring and surveillance duties as well as other duties different from a strict self-monitoring, such as the promotion and integration of a culture of compliance. This can take place to a greater or lesser extent, depending on the profile embodied by the CO. The CO's legal position is therefore delegated by the board of directors, not primary.

6. The legal validity of that delegation of powers deployed by the board of directors to the CO depends on meeting certain requirements accepted by most scholars: not delegating functions that cannot be delegated, selecting of a suitable and capable subject to develop the delegated function, granting of the necessary autonomy to the delegate and, last but not least, the need to formalize the delegation.

7. Following an analysis of Article 529 ter 1 b) LSC a conclusion can be reached, which is that there would be no legal obstacle preventing the board of directors of a listed company from delegating management and overseeing functions over the CMS. On the other hand, a careful reading of Article 249 bis a) LSC shows that the administrative body cannot neglect its residual monitoring duties and abdicate them all in a sort of "CO firewall". Meanwhile, in accordance with corporate and labour regulations, there is a reason to believe that corporations in Spain are fully able to provide the CO with executive powers, whether these be internal command and sanction powers limited to criminal conducts committed by employees or external powers based on the termination of business relations with third parties.

8. The selection of a suitable and capable person to fill the CO's position is at risk in a couple of problematic situations. To begin with, at the moment the board of directors hires an incompetent individual with knowledge or without diligently ascertaining his/her ability to perform the job. The breach of their recruitments duties would impede the effects of the delegation of powers and the board of director's legal position would remain unchanged and it would have to be mainly held criminally liable for the undesired results produced. Nevertheless, the incompetent CO would not be exempted from criminal liability either if he/she accepts the assigned position, in which case the figure of negligence by assumption could be taken into the account. It could also happen that the candidate for the CO position deceives the administrative body, making it believe that he/she meets the minimum required profile. While the board of directors would comply with the standard of care required during the selection process, despite incurring in an error as a result of the deception, the assumption of the CO's position by an individual who deceptively presents himself as competent, despite being aware (or being able to) that he/she does not fulfil the conditions to adequately exercise his/her function, would again offer basis to consider again the figure of negligence by assumption in order to hold criminal liability for his/her misconduct.

9. It is conceivable that the board of directors, despite having to give the CO necessary resources to successfully carry out its function, doesn't do so, either because of an absolute disregard for compliance issues ("not wanting to despite being able to"), or as a result of suffering economic difficulties ("not being able to despite wanting to"). In the

first scenario, the CO should insistently report to the administrative body the lack of resources in order to return the delegated duties and to leave his/her job once the refusal to provide appropriate resources has been confirmed. Persistence in his/her job, in spite of lacking of resources, would not prevent him from being prosecuted if he/she fails to comply with his/her duties. With regard to the second hypothesis, it is quiet reasonable that the legal entity, if it is not in a position to guarantee the harmlessness of that commercial activity carried out, it should leave the market in order to avoid future individual and collective criminal prosecutions.

10. The relevance of the material assumption of duties over their formalization implies that the lack of expression in an employment contract of the restructuring of the personal organizational sphere in order to expand it to act as a CO would have no influence over his/her criminal liability for his/her undue work, just as, in an opposite sense, a formalization lacking of material guidance would not affect the spheres of responsibility of both the delegator and the delegate.

11. Once the set of conditions on which a legally valid delegation of powers depends have been overcome, the board of directors position of duty would not vanish but rather change to a secondary one which consists on the fulfilment of a set of secondary monitoring and surveillance duties over the CO's activity. However, this legal position adjustment, which is the result of the degree of trust arised after a valid delegation, does not mean that the administrative body has a blind trust in the work conducted by the CO. At first glance, it is mistrust that rules the delegation, not only because the CO keeps working within the administrative body sphere of liability but also because of the needed period of adaptation through which this professional must go.

Having fulfilled its secondary monitoring and surveillance duties, the administrative body would already be in a position to move on from distrust to trust over the function performed by the CO, thereby providing full assurance that the risk sector is under his/her absolute control. At this point, the governing body will only have to react if it had good reason to believe that the CO is not performing his/her duties properly. Nevertheless, this trust cannot be indefinite but limited because it constitutes the reverse of the mistrust that was primarily raised. There will be times when that trust will cease

so as to give way again to the regular satisfaction of the aforementioned residual monitoring and surveillance duties.

12. It is perfectly acceptable for the company to completely outsource the compliance function or, as an alternative, only some compliance tasks such as managing whistleblowing channels or providing training courses. If the compliance function is fully outsourced, the outsourced CO will be responsible for the various compliance matters. However, in order to rely on the due fulfilment of its duties, it will be necessary for the contracting company's administrative body not only to satisfy the appropriate measures of care during the selection process but also to comply with its secondary monitoring and surveillance duties. Partial outsourcing is a different matter. Although the administrative body must also surpass the same standard of care at the time of choosing those individuals responsible for the outsourced compliance task, this time it would be up to the internal CO to monitor in a secondary sense that the contracted entity is complying with the outsourced tasks. However, the board of directors, as the original competent body for regulatory compliance within the company scope, will have to keep checking in a somewhat more generic manner that the CO correctly complies with the set of responsibilities assumed.

13. There's no chained delegation in the compliance committee. The board of directors delegates the responsibility for managing and ensuring the proper functioning of the CMS to the compliance committee as a whole and then it proceeds to the corresponding distribution of tasks that will lead to specialization.

14. It is far from dogmatically convincing and criminal politically suitable to conceive of the relationship between the CO and the administrative body as an assignment for the execution of a function, as a minority sector of the doctrine holds. Neither the task assigned to the CO responds to the structure of an assignment nor the criminal policy consequences deriving from this thesis are appropriate.

15. After analysing the delegation of powers deployed, it is necessary to study in depth the grounds for criminal liability for omission, starting with the main one: the existence of a position of guarantor. In general terms, it is not enough to hold and break successively a duty formally derived from that triad of sources covered in article 11 of

the Spanish Criminal Code (law, contract and interference) but materially explained from the exercise of a protection or surveillance function. In order to punish an individual for an unlawful omission it is also necessary for legality and proportionality reasons to assess both an axiological and structural equivalence with the unlawful act. In other words, if the unlawful act represents a defective organization of the individual's personal freedom by creating disapproved risks or increasing them above thresholds of social tolerance, this defective organization must also occur with regard of the unlawful omission. Only this is how it can be understood that the unlawful omission is an expression of the bilateral relationship exercise of freedom-liability for the consequences. Since equivalence is the crux of unlawful omission, the material criterion that I personally believe best defines it is that of the free and unequivocal assumption of the commitment to act as a barrier to contain risks. The guarantor must have made a commitment to control a certain risk, being this under his/her full control in such a way that acting against the previous material commitment made would mean allowing this to flow in a direction detrimental to protected legal goods.

16. Breaching a private contractual provision lacks the material substrate necessary to justify a legal-criminal charge. In opposition to the claims made by outmoded formal theories of legal duty, neither the contract serves as a basis for a position of guarantor nor can the indemnity of legal goods depend on its duration or validity. Indeed, a breach of a contractual monitoring duty by the CO would not even be enough for a criminal charge. Only when a material commitment is assumed, normally at the precise moment when unequivocal acts of containment of the risk in are carried out, it is possible to trigger special trust in third parties that the risk is undoubtedly under control, thus conditioning a diminishment, abandonment or even an omission of other protection or surveillance mechanisms.

This is clearly the case of the CO since a free assumption of its delegated commitment as a guarantor allows the board of directors to discharge a large part of its responsibility on regulatory compliance and even not to hire another individual to perform the role of CO or to assign his/her tasks to another professional already established in the company. Notwithstanding, as any delegation of powers, trust in the CO's position will only be gained once the board of directors has complied with its secondary monitoring and surveillance duties.

17. The CO's position of duty does not match with that of a guarantor of external protection regarding collective legal goods and/or individual legal goods from third parties. Neither does the protection of collective legal goods depends on the CO, since he/she lacks the monopoly of legal domain and the decision on them, nor does he/she protect someone else's individual goods, since his/her commitment is assumed with regard to the company that hires him/her, not with regard to third parties. Thus, the CO offers no basis for diminishing or omitting other protection tools. Third parties would clearly have primary responsibility for protecting themselves against possible external aggressions, even though, it must be said, they do not always have the necessary means to guarantee comprehensive protection. The CO's duty position would be devoid of any public-legal projection and the protective effect deployed by the CMS adopted should be labelled merely as a reflection of its due functioning.

18. It is inappropriate to conceive of the CO as a guarantor of internal protection with regard to the integrity of the company. This expression would encompass both company's assets and its reputational capital. The CO's status does not correspond to that of a trustee in connection with corporate partner's interests. This task falls primarily into the administrative body's range of duties as it acts as the agent of business owners to whom it owes a due corporate management as well as a loyal performance in order to maximize their economic profits.

19. Both the CO without executive powers and the CO who owns them share a same degree of responsibility, which is controlling the risk of non-functioning of the set of compliance tools through all stages (design, adoption, monitoring and updating). This includes both internal and external monitoring and surveillance as well as those tools used for promoting and integrating a culture of compliance whose common purpose would be to ensure compliance with the law within the corporate scope. However, each CO's legal position differs with regard to the intervention against criminal offences, which basically means that each one has a different responsibility in this sense.

20. The fragmentation of information phenomenon that prevails in those contemporary corporations based on a business management decentralisation makes it very difficult for the board of directors to keep abreast of what is going on within the organisation,

including those crimes whose commission it is its duty to prevent. A regular updating on the state of company's affairs is, by all means, essential, since the board of directors will hardly be in a position to avert harmful risks emanating from the development of corporate activity if it does not know what is happening within the organization it manages.

In light of of this, it is not surprising that the CO without executive powers is the one who expressly and unequivocally takes on the material commitment to collect information on regulatory compliance, analyse it and, if necessary, start internal investigations in order to report to the administrative body criminal offences, despite being able to issue recommendations and advices on possible actions to be taken. The control of the risk of disorientation that may affect the latter, that is, the risk that it will not be aware of those unlawful behaviours that have occurred in the organization, would consequently fall into the CO's sphere of responsibility. While there is no doubt that this would be a partial delegation, such partiality does not extinguish the guarantee condition of the CO's legal position but rather limits its extension in comparison to a broader delegation. Indeed, his/her legal position as a guarantor of information would not be less important since knowledge by the board of directors of those crimes perpetrated in the organization would depend on the warnings that the CO sends to it.

21. The legal position embodied by the CO with executive powers is comparatively broader than the one embodied by the CO who lacks them. Instead of having to report information on regulatory compliance to the administrative body, it is up to the CO to address those risks arising from the development of a business activity. The formula of updating on possible crimes committed within the organization scope and preventing the occurrence of such misconducts would therefore be concentrated on this same individual, instead of remaining split, as before, into two different guarantors.

22. The CO's position of duty can't be understood from the institutional competence view, as if he were a semi-public official:

First of all, because the enforced self-regulation phenomenon that serves as the theoretical basis for understanding private companies as collaborating entities and therefore an extension of the State's arm in its crucial task of preventing the commission

of crimes as a fundamental part of its duty to protect citizens is not foreseen in our system. The State preserves its legislative and punitive status but it provides criminal incentives for companies to self-organize in such a way as to prevent the commission of some wrongdoings.

Secondly, on the account of the fact that the CO's legal position is rather linked to a competence by organisation by freely choosing to restructure its sphere of responsibility in order to expand it to assume a specific duty originally from the board of directors and thus facing those harmful consequences arising from an undue exercise of that freedom recognised by law. At most, the only link that binds the CO with the State in its fundamental duty to protect citizenship is that which concerns him as a citizen.

23. While it is true that the position of guarantor – or rather, the commitment of guarantor – is the axis of the unlawful omission, a solid theoretical foundation of criminal liability for omission requires an additional examination of some other requirements:

Firstly, it is important to distinguish the title of criminal intervention for which the agent is held criminally liable. If authorship for omission is set up on the basis of the free assumption by the guarantor of the commitment to intervene directly as a containment barrier in order to avoid the production of a specific harmful result, participation for omission is taken into consideration when the agent either assumes another commitment as a guarantor aimed at contributing to prevent that same unlawful result or in a secondary sense where the criminal type presents restrictions that prevent the appreciation of a title of primary responsibility.

In order to punish the CO for an omission it seems necessary to check as well in the specific case whether the so-called risky situation has occurred. The risky situation involves the apparent risk of commission of any of the criminal offences whose deterrence fall within the scope of liability of the CO. Faced with the risky situation the CO must have failed to take such appropriate, necessary and possible action according to the circumstances and the position of duty embodied. As a corollary to the failure to take the prior-mentioned action, that harmful outcome that the CO should have prevented or hindered in compliance with its duty position must also occur. Once this

harmful result has happened it is necessary to verify *ex post facto* whether, with a probability bordering on certainty, the CO would have prevented it from happening or, if appropriate, made it more difficult to carry out, which is precisely what hypothetical causality responds to.

24. It is necessary to clarify whether the omission was undertaken knowingly or negligently by the CO. Undoubtedly negligent omission tends to gain most prominence within the framework of the criteria for attributing criminal liability within the corporate scope and, therefore, regarding the CO's activity as well. There are several points that, at the time, we examined and that, to a large extent, impact into the analysis of the criminal liability of the CO:

a) A distinction should be made between the notion of technical rule, specified in the field of compliance in the set of ISO and UNE standards published on this matter, and the objective duty of care. Neither acting in accordance with the technical rule allows a due performance of the individual, since in the concrete situation more measures of care than those abstractly required may be necessary, nor transgressing it necessarily leads to the simultaneous infringement of the objective duty of care, if factors surrounding the concrete situation allow minimizing the standards of care generally considered.

b) Both the commitment of the guarantor, on the one hand, and the objective duty of care, on the other hand, converge materially within negligent omissions despite their important differences from the theory of crime perspective.

c) The structure of negligent omission often goes where the guarantor, because of a failure to observe the expected care, is unaware of or, if preferred, does not adequately represent the risky situation; ignores its ability to carry out the due action *ex ante facto* necessary to prevent the wrongdoing or fails to avoid the illegal outcome because of the careless or inadequate way in which he undertakes the due action.

d) According to the closed incrimination clause regarding negligent actions and omissions foreseen in Article 12 of the Spanish Criminal Code, only if the Spanish Criminal Code says it, negligent behaviour is exceptionally punishable; otherwise it lies unpunished. This means that, besides some exceptions recognized in our criminal law

(for example, money laundering or insolvency offence), a negligent commission of a large part of wrongdoings attached to the compliance field must remain unpunished because of being unlawful.

e) Despite existing academic, criminal-policy and legal arguments that are sufficiently strong to support the theoretical admission of a negligent aiding and abetting, both active and omitted, a careful analysis of Article 12 of the Spanish Penal Code allows ruling out its punishment in our system.

25. Once grounds for the criminal liability of the CO have been stone-carved, it is now possible to analyse a set of cases located in different stages of the CO's working process. The first group is that related to an undue verification by this professional of the proper functioning of internal monitoring and surveillance tools.

A diagnostic error triggering a poor allocation of monitoring and surveillance measures to a given risk sector would typically not be unlawful if such diagnosis had been diligently executed by the CO on the basis of a reasonable methodology. If that mistake were defeated, the CO would then be held criminally liable as a negligent accomplice. Way different would be that the CO breaches his/her duties with the knowledge that he/she is supporting someone else's crime. This would undoubtedly lead to a liability as a knowingly accomplice.

At this early stage, it could also happen that the CO designs clearly scarce cosmetic compliance tools to prevent a certain crime. Implementing a cosmetic compliance tool knowing of its lack of functioning would not allow a knowingly unlawful behaviour. For that to happen it would necessary to proof whether the CO knew, or at least had plausible evidences, that he/she was indeed helping to commit a certain crime by setting up such crime prevention tools.

If the CO omits at the implementation and monitoring stage to establish a specific control, delays its introduction in time or implements it in such a seriously defective way that it becomes practically inoperative, he/she will face criminal liability as a knowingly or negligent accomplice for omission as he/she omits hindering or contributing to prevent the commission of a criminal offence. Same title of

responsibility would be charged to him/her in the event that he/she neglected to deploy an on going monitoring in order to check whether a control diligently introduced is being respected by employees.

Finally the CO would be held criminally liable as an accomplice for omission for failing to update internal corporate controls initially set up, either knowingly, if he/she knows or, at least, has enough evidences in the specific situation that by doing this he/she is enabling the commission of a certain criminal offence by another individual who is taking advantage of the inexistence of duly updated controls, or negligently, if this behaviour responds to the failure to acquire the knowledge that would allow him/her to remain in an optimal position in accordance with the minimum conditions required to carry out his/her function.

26. Inter-company business links between the corporation and third parties can also give rise to significant risks of non-compliance that need to be controlled. Evidence of this, firstly, are those offences committed by third parties on the course of corporate activities, on behalf of the legal entity and for its direct or indirect benefit because due control has not been exercised over them. Secondly, it must also be considered those wrongdoings committed by members of the corporation as a result of having offered to third parties with whom the company is commercially linked a product or a service that has allowed them to offend. Last but not least, it is also important to mention those other crimes carried out by third parties who are not members of the internal structure of the legal entity but in which members of the legal person have actively participated.

In light of the likely occurrence of the above-listed risks of non-compliance, it is not surprising that the legal entity must foresee some monitoring and surveillance mechanisms capable of controlling them. This is what the third party compliance is all about. Specifically this side of compliance involves the execution of due diligence procedures on the contractual counterparts, the enforcement of corrective measures of that risk raised by business relationships and, finally, an on going monitoring of compliance by third parties with those agreed control requirements that condition the validity of the business relationship established as well as an updating, if appropriate, of third party compliance tools.

The CO is also responsible for the proper functioning of this set of preventive tools. First of all, at the early selection stage through the examination of the contractual counterparty's risk profile in order to assign it one or other control measures. If such analysis is diligently undertaken the CO would act within the scope of the allowed risk and no criminal liability would arise if any of the risks of non-compliance seen above were to materialize. It is a different matter that the mistaken third party risk assessment undertaken can be overcome. In that case he could be charged as a negligent accomplice.

The CO carries as well an on-going monitoring of the contractual partner at a later stage to check whether it meets the agreed control conditions. Here the CO would be held criminally liable as an accomplice for omission if he/she omits, incomprehensible delays or executes in a grossly defective way such a follow-up measure, as its due establishment would make it more difficult for wrongdoings to be committed.

From time to time the CO must also verify whether the risk initially noticed remains unchanged or whether, on the contrary, it has changed due to a series of specific circumstances, in which situation, if this behaviour is omitted against its commitment as guarantor, he/she could again be held criminally liable as an accomplice for omission.

27. Culture of compliance must not be understood as an end in itself that companies must pursue but as a powerful resource, perfectly compatible with internal and external monitoring and surveillance tools, suitable for preventing the commission of crimes within the scope of corporate activity. Usually culture of compliance has been associated with the exercise of an informative function within the company scope, consisting of informing employees and third parties about what criminal law says, and another social-ethics function, aimed at aligning their values with those promoted by the company. Both functions involve setting up a set of corporate compliance tools (training courses, awareness campaigns, etc.). However, the dangerous impact on individual behaviour by cognitive biases or rationalizations arising in the corporate context, capable of pushing even morally regular people to the commission of an unlawful act, leads to the establishment of another function, which we could tentatively call inhibiting function of harmful behavioural trends, designed to counteract the harmful effects arising from the existence of such patterns of behaviour. This function, like the rest,

involves setting up specific crime prevention tools as well. One of the most recent one is the use of compliance nudges.

The CO plays an undeniable role in promoting a culture of compliance within the scope of the organization. His/her job involves ensuring the proper functioning of the set of crime prevention tools attached to this field. After a careful case-by-case analysis, undue behaviour by the CO at this field will unlikely result in criminal liability although he/she may face occupational liability on the basis of contractual breaches. His/her transcending function should not make us forget whatsoever how important it is that the corporate management preaches by example and shows its constant support for compliance initiatives (tone from the top).

28. Since the moment when the CO without executive powers takes over the control of the risk of disorientation of the board of directors through the collection, filtering and subsequent reporting of information on the commission of criminal offences within the company, an expectation supported by the law is born in this latter based on the compilation of that information necessary to intervene against wrongdoings. The CO would act as the sender of the information while the latter would be the receiver of that information. Within this communicative context, omitting to file a report is like sending a permanent message to the board of directors that everything is going well in the company. This leads to a misrepresentation of the real state of affairs as if the board of directors had been actively misled by a fraudulent report.

Failure to report can result either of a knowingly behaviour by the CO or of a negligent behaviour at some stage in the process of receiving, managing and forwarding information on compliance. Likewise, it should not be ruled out that the CO has found it quiet difficult to collect this information either because of the company's organizational silence or because he/she has been deceived maliciously by one of the members of the legal entity.

Based on the above, an omitted report of the CO would lead to an instrumentalization of the management body that would support a command authorship for omission (knowingly or negligently) if the only way of reporting information on regulatory compliance is that professional, either because he/she represents the only channel of

communication on compliance issues or because he/she has been the only guarantor that has had access to the information given his/her particular position within the organization. In order to satisfactorily justify this title of responsibility it'll be necessary that the CO embodies a position of hegemony over the administrative body. If risk perception is identical then their unlawful behaviour will fall into an accessory authorship.

Failure to report provides also basis for holding the CO liable as an accomplice for omission. This will happen when there are other channels through which the administrative body can become aware of a commission of an unlawful act within the corporation or if it has the possibility of easily knowing that by complying with its secondary monitoring and surveillance duties. In these situations the omitted report by the CO would only hinder the intervention of the board of directors before the wrongdoing. This means that the CO would not completely block the board of directors performance as a guarantor since its belief that no criminal offence has taken place within the organization would not be entirely and exclusively cause by him/her.

29. The CO complies with its commitment as a guarantor and therefore deserves to be exempted from criminal liability if he/she diligently reports a crime to the board of directors in due time and form but the report submitted does not reach it because the latter has deliberately desisted from knowing circumstances referring to those infringements. While there will be times when the administrative body behaviour may fall into the *dolus eventualis* category given the degree of representation that can be ascertained, in others scenarios the theory of wilful ignorance must be taken into the account.

30. It follows from a free and voluntary assumption by the CO with executive powers of the commitment to directly control certain harmful risks arising from commercial activity that if he/she fails to prevent the commission of an offence in breach of his/her legal position, either personally or issuing binding orders, his/her behaviour would entirely fit into an authorship for omission. Even so, the CO will hardly end up being punished under such title of responsibility either mainly because of the legal restrictions presented by the criminal type involved (e.g. a special offence or a mere activity offence) or when he/she negligently breaches its commitment as guarantor due to the

lack of a legal provision for a negligent modality of the offence that the CO has not prevented from happening.

31. Despite his/her material approach to the management body in regards to the monitoring and surveillance functions developed, it is not adequate to conceive the CO with executive powers as a *de facto* manager for the purpose of extending to him/her the clause of acting by another foreseen in Article 31 of the Spanish Criminal Code. This interpretation will be valid as long as a material, although somewhat restrictive, notion of a *de facto* manager is adopted. This means that for this notion to be appreciated a long-term exercise of the whole or, at least, a large part of management and representation tasks would be needed.

32. The CO lacks a reinforced legal duty to report criminal offences to the authorities. The only duty of external report that he/she must comply with is the one that reaches him/her as a citizen. This means that in case of failing to report to the authorities a wrongdoing before which the board of directors does nothing, at most, the CO will face the legal consequences foreseen in article 405.2 of the Spanish Criminal Code in those cases where there's an offence of imminent commission, in current execution or even of which it is still possible to infer a risk of criminal continuity. If the non-reported offence has already been committed then the CO will face that (petty) administrative fine covered in Article 262 of the Spanish Procedural Code.

33. If the CO chooses to report to the authorities a criminal offence, he/she may be forced in a given situation to disclose confidential information that must be kept confidential because it is either a company secret or a private information belonging to those third parties whose legitimate interests have been harmed by the criminal offence. Disclosing a trade secret under these conditions should be qualified as unlawful in accordance with the provisions of the Spanish regulation governing trade secrets, since this regulation authorizes the dissemination of this type of information when its reason for being lies in the discovery of a criminal offence.

Less categorical is the response to be given in relation to a disclosure of sensitive information pertaining to the privacy sphere of those victims of the crime. There will be times when, under certain conditions, CO's criminal behaviour may be fully justified

under the cover of a state of need (Article 20.5 of the Spanish Criminal Code) or a fulfilment of a duty (Article 20.7 of the Spanish Criminal Code). In other cases, especially those in which the CO could have reached the victims of the crime so that they could decide whether to report the crime or keep their privacy, only a partial exemption could be considered, which would allow a diminishment of the penalty. In another scenario, it would not even be possible to diminish the penalty if the prosecution of the crime could have been initiated without disclosing confidential information.

34. The principle of attribution of liability that rules those horizontal relationships between sectorial CO's in regard to their corresponding sphere of responsibility is that of mistrust. The sectorial CO is hired in order to set up those compliance mechanisms belonging to their specialized field as well as to apply them to all company tiers, including horizontal ones. Thus, each CO must pursue the acquisition of knowledge on the commission of criminal offences through the appropriate management of that set of crime prevention tools whose proper functioning falls squarely within the scope of their responsibility.

On the other hand, the principle of attribution of liability that prevails between sectorial CO's with respect to those risk matters that are unrelated to their specialized field is the principle of trust understood in a traditional sense. Although it may seem that each sectorial CO is bounded to its own working area, sectorial CO's share all indeed a common aspiration, which is ensuring the overall functionality of the compliance superstructure in order to guarantee compliance with the law in the company. Despite not having any duty to establish mutual monitoring and surveillance mechanisms, sectorial CO's do have a reactive duty. Thus, once they have collected evidences of an active or omitted offence by one of their colleagues, they must intervene. If not, they may face criminal liability for omission.

35. Members of the compliance committee can respond differently before an unlawful collegial decision submitted to a voting process:

a) Those who vote for an unlawful decision could be punished as co-authors or, depending on the decision adopted or the criminal type involved, co-interveners of other

kind (co-participants, co-mediated authors, etc.). It wouldn't count as a valid impediment to exempt last voters from individual liability that the voting process has been over-conditioned. It could happen, on the other hand, that the unlawful agreement, despite having been adopted, has not materialized, either because the compliance committee issues an order to a worker to do so and the latter does not comply with it, or because this subordinate starts its execution but it ends up being frustrated for reasons beyond his/her control. While in the first scenario liability for proposition could be considered, in the second one we would speak properly of an attempt.

b) The sectorial CO whose vote is declared void neither participates in the voting process nor in the approval of the unlawful decision. This would be a failed attempt to vote for a criminal decision just too far away from an injury to the legal good to deserve a punishment under criminal law.

c) Voting against an unlawful decision represents an express and unequivocal sign of opposition, which is why it would be unjustified to impose a penalty on the dissenting sectorial CO as he/she acts precisely in accordance with the law. Nevertheless, sectorial CO would face criminal liability for omission if he/she failed to attempt to frustrate the unlawful decisions of his/her colleagues, as this is a clear scenario for the application of those principles of attribution of liability that rule horizontal relationships.

d) Both the sectorial CO that votes in blank and the one that abstains show a neutral position on the matter submitted to vote. It's not feasible to infer either their rejection or their support to that group that votes for the illegal act. That, of course, would not exempt them from intervening to prevent the unlawful agreement as it happens with the dissenting voters.

e) Facilitating with its presence the formation of the required quorum in order to start the meeting in which the criminal decision is approved has no criminal relevance. Attending a meeting is only a right conferred to all members of the compliance committee whose exercise doesn't count as a support for the unlawful decision adopted.

f) Failing to attend the meeting would also not lead to criminal liability of any kind, except when the absent sectorial CO votes after the session for the agreement or

intentionally fails to attend the session in order to avoid dealing with the impediment of the criminal offence.

g) A secret ballot is only problematic because of the significant difficulties that involves proving who voted for the unlawful decision adopted. To amend this, either secret ballots should be banned or the dissenting voter should be required to register his opposition to the agreement at the right time and moment.

h) The casting vote issued by the CCO in order to resolve a tie of votes between sectorial COs does not raise too many questions either. If the CCO thwarts the unlawful decision by his/her preponderant vote, he/she would personally not be held criminally liable. Notwithstanding, if he/she decided to vote for the unlawful decision his/her vote would count as one more and then it'd justified to charged him as a co-author or co-intervener along with the rest of supporters.

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA CITADA

. Audiencias Provinciales

SAP de Castellón, Sección 2ª, de 18 de septiembre de 2008 (ARP 2008/625)

SAP de Barcelona, Sección 6ª, de 11 de julio de 2012 (ARP 2002/645)

. Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Andalucía de 4 de abril de 2007 (JUR 2008/26788)

STSJ de Cataluña de 20 de abril de 2010 (RJ 2010/259410)

STSJ de Andalucía de 20 de marzo de 2014 (AS 2014/1237)

STSJ de Galicia de 20 de abril de 2015 (AS 2015/867)

STSJ del País Vasco de 19 de mayo de 2015 (AS 2015/1156)

STSJ de Asturias de 31 de mayo de 2016 (RJ 2016/173507)

STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2017 (AS 2017/1282)

STSJ de Andalucía de 15 de marzo de 2018 (JUR 2018/273298)

. Sala I del Tribunal Supremo

STS de 22 de julio de 2015 (RJ 2015/3512)

. Sala II del Tribunal Supremo

STS de 5 de junio de 1957

STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1624)

STS de 24 de octubre de 1990 (RJ 1990/8880)

STS de 12 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8880)

STS de 23 de abril de 1992 (RJ 1992/6783)

STS de 26 de marzo de 1994 (RJ 1994/2599)

STS de 9 de julio de 1997 (RJ 1997/5838)

STS de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999/4973)

STS de 9 de octubre del 2000 (RJ 2000/9958)

STS de 27 de septiembre de 2002 (RJ 2002/9242)

STS de 25 de octubre de 2002 (RJ 2002/10461)
STS de 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7698)
STS de 19 de julio de 2007 (RJ 2007/4869)
STS de 15 de octubre de 2008 (RJ 2008/6434)
STS de 2 de febrero de 2009 (RJ 2009/442)
STS de 2 de abril de 2009 (RJ 2009/2939)
STS de 2 de julio de 2009 (RJ 2009/5976)
STS de 30 de octubre de 2009 (RJ 2009/5839)
STS de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010/4482)
STS de 25 de junio de 2010 (RJ 2010/7169)
STS de 16 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7497)
STS de 15 de marzo de 2012 (RJ 2012/4066)
STS de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013/943)
STS de 22 de octubre de 2013 (RJ 2013/7728)
STS de 2 de junio de 2014 (RJ 2014/3102)
STS de 23 de julio de 2014 (RJ 2014/3642)
STS de 29 de febrero de 2016 (RJ 2016/600)
STS de 16 de junio de 2016 (RJ 2016/2792)
STS de 23 de febrero de 2017 (RJ 2017/953)
STS de 27 de marzo de 2017 (RJ 2017/1270)
STS de 28 de junio de 2017 (RJ 2017/3084)
STS de 24 de mayo de 2018 (RJ 2018/3191)

. Sala IV del Tribunal Supremo

STS de 15 de junio de 1992 (RJ 1992/4575)
STS de 13 de febrero de 1998 (RJ 1998/1804)
STS de 19 de julio de 2010 (RJ 2010/7126)
STS de 5 de junio de 2012 (RJ 2012/6697)

. Tribunal Constitucional

STC de 18 de marzo de 1992 (RJ 1992/30)
STC de 18 de enero de 1993 (RTC 1993/14)

STC de 12 de junio del 2000 (RJ 2000/153)

STC de 20 de octubre de 2008 (RTC 2008/125)

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA CITADA

. Estados Unidos

New York Central & Hudson River Railroad co. v. United States 212 U.S. 481 (1909)
United States v. Dotterweich, 320 U.S. 277 (1943)
United States v. Park, 421 U.S. 658 (1975)
In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996)
United States v. Booker 543 U.S. 220 (2005)
United States v. Stein, 435 F. Supp. 2d 330, 381 (2006)
United States v. Peter Madoff, S7 10 Cr. 228 (2012)
United States v. DeCoster n° 15-1890 (2016)

. Inglaterra

London's Southwark Crown Court, Fabiana Abdel-Malek, 27 de junio de 2019

. Italia

Ordinanza 4 aprile 2003 del Tribunale di Roma
Sentenza 13 febbraio 2008, n° 1774 del Tribunale di Milano, Sezione VII Civile
Sentenza della Prima Sezione della Corte di Cassazione n. 18168 del 20 gennaio 2016

Alemania

Sentencia del BGH de 17 de mayo de 1966 – 5 StR 163/33
Sentencia del BGH de 6 de julio de 1990 – 2 StR 549/89
Sentencia del BGH de 14 de septiembre de 1994 – 1 StR 357/94
Sentencia del BGH de 2 de agosto de 1995 – 2 StR 221/94
Sentencia del BGH de 6 de noviembre de 2002 – 5 StR 281/01
Sentencia del BGH de 17 de julio de 2009 – 5 StR 394/08
Sentencia del BGH de 12 de enero de 2010 – 1 StR 272/09

PRONUNCIAMIENTOS NO JUDICIALES CITADOS

. Inglaterra

FCA Final Notice to Anthony Rendell Boyd Willis. Individual Reference Number ARW01201 (March 4, 2015). Enlace: <https://www.fca.org.uk/publication/final-notices/anthony-rendell-boyd-wills.pdf>

FCA Final Notice to Stephen Edward Bell. Individual Reference Number SEB01115 (March 13, 2015). Enlace: <https://www.fca.org.uk/publication/final-notices/stephen-edward-bell.pdf>

. Estados Unidos

In the Matter of Carl D. Johns, Advisers Act Release No. 3655 (August 27, 2013)
Enlace: <https://www.sec.gov/litigation/admin/2013/ia-3655.pdf>

In the Matter of Judy K. Wolf Investment Advisers Act of 1940 Release n° 3947 (October 15, 2014). Enlace: <https://www.sec.gov/litigation/admin/2014/34-73350.pdf>

US Department of Treasury v. Thomas Haider 14 Civ. 987 (December 18, 2014).
Enlace: https://www.fincen.gov/sites/default/files/news_release/20141218.pdf

In the Matter of Pekin Singer Strauss Asset Management Inc., Investment Advisers Act of 1940 Release n° 4126 (June 23, 2015). Enlace: <https://www.sec.gov/litigation/admin/2015/ia-4126.pdf>

In the Matter of Judy K. Wolf SEC Administrative Proceeding File No. 3-16195 (August 5, 2015). Enlace: <https://www.sec.gov/alj/aljdec/2015/id851ce.pdf>

In the Matter of the Application of Thaddeus J. North For Review of Disciplinary Action Taken by FINRA Securities Exchange Act of 1934 Release n° 84500 (October 29, 2018). Enlace: <https://www.sec.gov/litigation/opinions/2018/34-84500.pdf>

PONENCIAS CITADAS

Richard Y. Roberts: “The Role of Compliance Personnel”, 7 de abril de 1995. Enlace: <https://www.sec.gov/news/speech/speecharchive/1995/spch030.txt>

Cynthia A. Glassman: “Sarbanes Oxley-Act and the Idea of ‘Good’ Governance”, 27 de septiembre de 2002. Enlace: <http://www.sec.gov/news/speech/spch586.htm>

Mary Jo White: “Remarks at National Society of Compliance Professionals National Membership Meeting”, 22 de octubre de 2013. Enlace: <https://www.sec.gov/news/speech/2013-spch102213mjw>

Mary Jo White: “A Few Things Directors Should Know About the SEC”, 23 de junio de 2014. Enlace: <https://www.sec.gov/news/speech/2014-spch062314mjw>

Kara M. Stein: “Keynote Address at Compliance Week 2014”, 19 de mayo de 2014. Enlace: <https://www.sec.gov/news/speech/2104-spch051914kms>

Leslie R. Caldwell: “Remarks at the 22nd Annual Ethics and Compliance Conference”, 1 de octubre de 2014. Enlace: <https://www.justice.gov/opa/speech/remarks-assistant-attorney-general-criminal-division-leslie-r-caldwell-22nd-annual-ethics>

Daniel Gallagher: “Statement on Recent SEC Settlements Charging Chief Compliance Officers With Violations of Investment Advisers Act Rule 206(4)-7”, 18 de junio de 2015. Enlace: <https://www.sec.gov/news/statement/sec-cco-settlements-iaa-rule-206-4-7.html>

Luis Aguilar: “The Role of Chief Compliance Officers Must be Supported”, 29 de junio de 2015. Enlace: <https://www.sec.gov/news/statement/supporting-role-of-chief-compliance-officers.html>

Andrew J. Ceresney: “Keynote Address at the 2015 National Society of Compliance Professionals”, 4 de noviembre de 2015. <https://www.sec.gov/news/speech/keynote-address-2015-national-society-compliance-prof-cereseney.html>

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACALE SÁNCHEZ, M: *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000.

AKERLOF, G. A: “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quaterly Journal of Economics*, Vol. 84, nº 3, 1970, págs. 488-500.

ALCÁCER GUIRAO, R: “Comienzo de la tentativa en la comisión por omisión”, *CPC*, nº 73, 2001, págs. 5-33.

– *Tentativa y otras formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Edisofer, Madrid, 2001.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J: “El interés social: planteamiento”, *Almacén de Derecho*, 2010, págs. 1-4. Enlace: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2010/10/el-interes-social-planteamiento.html>

– “Si el fin perseguido por los accionistas es lícito, los administradores están obligados moralmente a perseguirlo con todas sus fuerzas”, *Almacén de Derecho*, 2015, págs. 1-4. Enlace: <http://almacenederecho.org/si-el-fin-perseguido-por-los-accionistas-es-licito-los-administradores-estan-obligados-moralmente-a-perseguirlo-con-todas-sus-fuerzas/>

– “Interés social, cumplimiento normativo y responsabilidad social corporativa”, *Almacén de Derecho*, 2016, págs. 1-5. Enlace: <http://almacenederecho.org/interes-social-cumplimiento-normativo-y-responsabilidad-social-corporativa/>

– “La separación de los administradores sociales”, *Almacén de Derecho*, 2018, págs. 1-7. Enlace: <https://almacenederecho.org/la-separacion-los-administradores-sociales/>

ARIAS DOMÍNGUEZ, A: ¿Es causa de despido que un trabajador esté imputado por la comisión de un delito?, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 33, 2017, págs. 1-10.

ARLEN, J. H: “Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, New York City University School of Law, Working Paper nº 17-12, 2017, págs. 1-18.

ARMOUR, J; GARRETT, B; GORDON, J; MIN, G: “Board Compliance”, *Minnesota Law Review*, Vol. 104, 2020, págs. 1.191-1.273, págs. 1.191 y ss.

ARROYO ZAPATERO, L: *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, Madrid, 1981.

ASHWORTH, A: *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, Portland, 2013.

ASTARLOA, E: “¿Por fin un concepto unívoco de administrador de hecho en Derecho penal y Derecho societario?”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº extra 1, 2011, págs. 60-67.

AVIRAM, A: “In Defense of Imperfect Compliance Programs”, *Florida State University Law Review*, Vol. 32, nº 2, 2005, págs. 763-780.

AYRES, I; BRAITHWAITE, J: “Tripartism: Regulatory Capture and Empowerment”, *Law & Social Inquiry*, Vol. 16, nº 3, 1991, págs. 435-496.

BACIGALUPO ZAPATER, E: *Principios de Derecho Penal: Parte General*, Akal, Madrid, 5ª ed., 1998.

BALDÓ LAVILLA, F: *Estado de necesidad y legítima defensa*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994.

BARNETT, M. L; JERMIER, J. M; LAFFERTY, B. A: “Corporate Reputation: The Definitional Landscape”, *Corporate Reputation Review*, Vol. 9, nº 1, 2006, págs. 26-38.

BAZERMAN, M. H; GINO, F: “Behavioral Ethics: Toward a Deeper Understanding of Moral Judgment and Dishonesty”, *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 8, 2012, págs. 85-104.

BERK, R; MERRILL, B: “Behavioral Compliance: How Are You Using Data”, *Risk & Compliance Journal*, 2019. Enlace: <https://deloitte.wsj.com/riskandcompliance/2019/04/04/behavioral-compliance-how-are-you-using-data/>

BERMEJO, M. G: *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

– “La observación del *criminal compliance* desde el enfoque de las *obliegenheiten*”. En CARNEVALI RODRÍGUEZ, R: *Derecho, sanción y justicia penal*, B de f, Argentina-Montevideo, 2017, págs. 61-86.

BERMEJO, M. G; MONTIEL, J. P: “¿*Compliance officers* “tras las rejas”?”. En SACCANI, R. R; MORALES OLIVER, G. L., (dirs.): *Tratado de Compliance. Tomo II*, La Ley, Buenos Aires, 2018, págs. 187-232.

BERMEJO, M. G; PALERMO, O: “La intervención delictiva del *compliance officer*”. En KUHLEN, L; MONTIEL, J. P; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 171-205.

BEULKE, W: “Der “*Compliance Officer*” als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung”. En, GEISLER, C; KRAATZ, E; KRETSCHMER, J; SCHNEIDER, H; SOWADA, C., (hrsg.): *FS für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, De Gruyter, Berlin, 2011, págs. 23-42.

BLANC LÓPEZ, C: *La responsabilidad penal del compliance officer*, Tesis Doctoral, 2017. Enlace: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/664845/Tcb11de1.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

BLANCO CORDERO, I: *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Navarra, 4ª ed., 2015.

BOCK, D: “Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion – § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance”, *ZIS*, Vol. 2, 2009, págs. 68-81.

– *Criminal Compliance*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

– “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa” (Traducción a cargo de COCA VILA, I.). En KUHLEN, L; MONTIEL, J.P; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 107-121.

BOLEA BARDON, C: *Autoría mediata en derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

– *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2004.

– “Deberes del administrador y prácticas de kick-back”, *RECPC*, nº 17, 2015, págs. 1-31.

– “Delegación de funciones. Deberes de control y vigilancia”. En CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 61-66.

– “Comisión por omisión. Deberes de garante en la empresa”. En CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 66-74.

– “Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión”. En SILVA SÁNCHEZ, J. M; QUERALT JIMÉNEZ, J. J; CORCOY BIDASOLO, M; CASTIÑEIRA PALOU, M. T., (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Un homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de f, Argentina-Montevideo, 2017, págs. 459-470.

– “La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad”, *Indret* 4/2018, págs. 1-25.

BOSCH, N: “§ 13 StGB”. En SCHÖNKE, A; SCHRÖDER, H: *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, München, 30^a ed., 2019, págs. 206-233.

BÖSE, M: “Die Garantenstellung des Betriebsbeauftragten”, *NZS*, Vol. 12, 2003, págs. 636-641.

BOTTKE, W: *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, C.F. Müller, Heidelberg, 1992.

– “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica” (Traducción a cargo de GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, M. C.). En MIR PUIG, S; LUZÓN PEÑA, D.M., (dirs.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 129-197.

BOVENS, L: “The Ethics of Nudge”. En HANSSON, M. J; GRÜNE-YANOFF, T., (eds.): *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Springer, Berlin, 2008, págs. 207-220.

BRAITHWAITE, J: “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Criminal Control”, *Michigan Law Review*, Vol. 80, 1982, págs. 1.466-1.507.

BRAMMSEN, J: “Bemerkungen zur mittelbaren Unterlassungstäterschaft”, *NZS*, n° 7, 2000, págs. 337-344.

BRICKEY, K F: “From Enron to Worldcom and Beyond: Life and Crimes after Sarbanes-Oxley”, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 81, 2003, págs. 1-43.

BROWN, D. K: “The Problematic and Faintly Promising Dynamics of Corporate Crime Enforcement”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 1, 2004, págs. 521-549.

BROWN, H. L: “Extraterritorial Jurisdiction Under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act: Does the Government's Reach Now Exceed its Grasp?”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 26, nº 2, 2001, págs. 239-360.

BURGSTALLER, M: *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Manzche, Wien, 1974.

BÜRKLE, J: “Grenzen der strafrechtlichen Garantenstellung des Compliance-Officers”, *CCZ*, Vol. 1, 2010, págs. 4-12.

BUSEKIST, K; UHLIG, T: “Third Party Compliance”. En HAUSCHKA, C. E; MOOSMAYER, K; LÖSLER, T., (dirs.): *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, C.H. Beck, München, 3ª ed., 2016, págs. 1.128-1.151.

CAMARGO FERNÁNDEZ, L; MÉNDEZ GUERRERO, B: “Silencio y prototipos: la construcción del significado pragmático de los actos silenciosos en la conversación”, *Diálogo de la Lengua*, nº 5, 2015, págs. 33-53.

– “La larga ausencia del silencio en la historia de la lingüística hispánica”, *Estudios de Lingüística del Español*, nº 36, 2015, págs. 431-448.

CANCIO MELIÁ, M: “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”. En ZUGALDÍA ESPINAR, J. M; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., (coords.): *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Vol. I*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 57-78.

CARDENETE, M. D: *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999.

CARLOS DE OLIVEIRA, A. C: *Lavagem de Dinheiro: Responsabilidade Pela Omissão de Informações*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2019.

CARPIO BRIZ, D: “El Director de Seguridad en la era del Compliance Penal”, *Cuadernos de Seguridad*, nº 299, 2015, págs. 76-77.

– “Prevención del blanqueo de capitales”. En CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 489-496.

– “La olvidada relevancia de la seguridad privada en los sistemas de *compliance* penal”, *RDPP*, nº 52, 2018, págs. 125-139.

– “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español a la luz del modelo italiano de imputación al ente”, *Diritto Penale Contemporaneo*, nº 2, 2018, págs. 43-69.

CASANOVAS YSLA, A: *Legal Compliance*, Difusión Jurídica, Madrid, 2014.

– “*Compliance* dentro del Buen Gobierno Corporativo”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2014. Enlace: <https://www.tendencias.kpmg.es/2014/09/compliance-dentro-del-buen-gobierno-corporativo/>

– “Superestructuras de *compliance*: el estándar global”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2014. Enlace: <https://www.tendencias.kpmg.es/2014/10/superestructuras-de-compliance-el-estandar-global/>

– “Cuando la función la desarrolla un órgano colegiado”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2016, págs. 1-20. Enlace: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Test_Compliance_6.pdf

– “Un nombramiento desenfocado”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2016, págs. 1-16. Enlace: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Errores_Compliance_N1.pdf

– “Dos aspectos que lo dicen todo de un modelo de *Compliance*”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2016, págs. 1-18. Enlace: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Errores_Compliance_N7.pdf

– “El rol del *Compliance Officer*”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2016, págs. 1-18. Enlace: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Test_Compliance_12.pdf

– “Evaluación de la solvencia del modelo de *compliance*”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2016, págs. 1-18. Enlace: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Test_Compliance_1.pdf

– “Evaluación de los reportes de cumplimiento”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2016, págs. 1-20. Enlace: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/Test_Compliance_6.pdf

– *Compliance Penal normalizado. El estándar UNE 19601*, Aranzadi, Navarra, 2017.

– “Factores de independencia en *Compliance*”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2018, págs. 1-16. Enlace: https://www.tendencias.kpmg.es/wp-content/uploads/2018/11/11_Factores_Independencia_221018.pdf

– “Nombramientos nefastos”, *Blog KPMG Cumplimiento Legal*, 2018. Enlace: <https://www.tendencias.kpmg.es/2018/11/comision-nombramientos-nefastos/>

CASPER, M: “Der Compliance Beauftragte – unternehmensinternes Aktienamt, Unternehmensbeauftragter oder einfacher Angestellter? –”. En BITTER, G; LUTTER, M; PRIESTER, H. J; SCHÖN, W; ULMER, P., (dirs.): *FS für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009, págs. 199-216.

CELESIA, L. J; DE SANCTIS, A: “Collegio Sindacale e Organismo di Vigilanza: Crisi di identità?”, *Rivista 231*, Vol. 2, 2012, págs. 77-82.

CEREZO MIR, J: “Autoría y participación en el Código Penal”, *ADPCP*, Tomo 32, Fasc. 3, 1979, págs. 567-582.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A: *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998.

CIGÜELA SOLA, J: *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

– “Compliance más allá de la ciencia penal”, *Indret* 4/2019, págs. 1-35.

– “La responsabilidad penal de los accionistas por la criminalidad corporativa”. En MARTÍNEZ-ECHEVARRIA, A., (dir.): *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2019, págs. 717-747.

CLINARD, M. B; QUINNEY, R: *Criminal Behavior Systems: A Typology*, Rinehard and Winston, New York, 2ª ed., 1973.

COCA VILA, I: “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”. En SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.): *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, págs. 43-76.

– “La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos”. En SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.): *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, págs. 287-318.

– *La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016.

– “Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial”, *RECPC*, nº 19-24, 2018, págs. 1-41.

COFFEE, J. C: “Making the Punishment Fit the Corporation: The Problems of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction”, *Northern Illinois Law Review*, Vol. 1, nº 3, 1980, págs. 3-35.

– “Does “Unlawful” Mean “Criminal”? Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law”, *Boston University Law Review*, Vol. 71, 1991, págs. 193-246.

– “Understanding Enron: ‘It's About the Gatekeepers, Stupid!’”, *The Business Lawyer*, Vol. 57, 2001-2002, págs. 1.403-1.420.

– “The Attorney as Gatekeeper: an Agenda for the SEC”, *Columbia Law Review*, Vol. 103, 2003, págs. 1.293-1.316.

– “Gatekeeper Failure and Reform”, *Boston University Law Review*, Vol. 84, 2004, págs. 301-364.

– *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press, New York, 2006.

COLAROSSO, E; CORTINOVIS, J: “I modelli organizzativi in Spagna”, *Rivista 231*, Vol. 4, 2016, págs. 289-307.

COLACURCI, M: “L’idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi”, *Diritto Penale Contemporaneo*, n° 2, 2016, págs. 66-79.

COLONNA, F: “I rapporti tra *compliance officer* ed Organismo di Vigilanza”, *Rivista 231*, Vol. 1, 2008, págs. 115-123.

COPELAND, K. B: “The Yates Memo: Looking for ‘Individual Accountability’ in All the Wrong Places”, *Iowa Law Review*, Vol. 102, 2015, págs. 1.897-1.927.

CORCOY BIDASOLO, M: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2ª ed., 2005.

– “Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente”. En GIMBERNAT ORDEIG, E; GRACIA MARTÍN, L; PEÑARANDA RAMOS, E; RUEDA MARTÍN, M. A; SUÁREZ GONZÁLEZ, C; URQUIZO OLAECHEA, J., (coords.): *Dogmática del derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Tomo I. Homenaje a Bernd Schönemann por su 70 aniversario*, Gaceta Penal, Lima, 2014, págs. 177-206.

– “Participación y autoría accesoria. Dolo de participar como criterio diferenciador”. En BACIGALUPO SAGGESE, S; FEIJOO SÁNCHEZ, B; ECHANO BASALDUA, J. I., (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 71-90.

CORNELL, L; DOYLE, A: “What Exactly Is the Role of the Board in Compliance Matters?”, *JHCC*, Vol. 6, nº 2, 2004, págs. 47-49.

CRAMER, P; “Rechtspflicht des Aufsichtsrats zur Verhinderung unternehmensbezogener strafbarer Handlungen und Ordnungswidrigkeiten”. En, KÜPER, W; WELP, J (dirs.): *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Müller, Erlangen, 1993, págs. 563-586.

CUADRADO RUIZ, M. A: “La posición de garante”, *RDPC*, nº 6, 2000, págs. 11-68.

CUENCIA MIRANDA, S: “Las competencias del Consejo de Administración. Las facultades indelegables del Consejo. La política de control y gestión de riesgos en las sociedades cotizadas”. En MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., (dir.): *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 647-686.

DANNECKER, G; DANNECKER, C: “Die “Verteilung“ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen. Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers und (leitender) Angestellter bei der Übernahme unternehmensbezogener Aufgaben – zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 17. 7. 2009 – 5StR 394/08”, *JZ*, Vol. 65, nº 20, 2010, págs. 981-992.

DARLEY, J. M; LATANÉ, B: “Bystander Intervention in Emergencies: Diffusion of Responsibility”, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 8, nº 4, 1968, págs. 377-383.

DARNACULLETA I GARDELLA, M.M: *Derecho Administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

DE LA MATA MUÑOZ, A: “La función del Cumplimiento Normativo en el nuevo entorno de la MiFID. El incumplimiento de la normativa como nuevo riesgo para las entidades”. En MARTÍNEZ PARDO DEL VALLE, R; ZAPATA CIRUGEDA J., (coords.): *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos*, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2008, págs. 225-236.

DE OLIVEIRO MONTEIRO, L: *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

DEMETRIO CRESPO, E: *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009.

DENCKER, F: *Kausalität und Gesamttat*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1996.

– “Mittäterschaft im Gremien”. En AMELUNG, K., (dir.): *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro Universitate, Sinzheim, 2000, págs. 63-70.

DI MARTINO, G: “Corporate governance: sistema tradizionale, monistico o dualistico?”, *Piccole e Medie Imprese*, 2011, págs. 1-3. Enlace: <https://www.pmi.it/professionisti/regole-e-compensi/195678/corporate-governance-sistema-tradizionale-monistico-o-dualistico.html>

DÍAZ ARANA, A. F: “La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado”, *Cuadernos de Derecho Penal*, 2014, nº 11, págs. 113-165.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: *La autoría en el derecho penal*, PPU, Barcelona 1991.

– “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS, Sala 2ª, de 8 de octubre de 1991)”, *Poder Judicial*, nº 24, 1991, págs. 203-220.

– “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 10, 2008, págs. 13-61.

– “Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 10, nº 83, 2014, págs. 15-38.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J: “Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica”, *RDPC*, nº extraordinario 2, 2004, págs. 279-315.

– *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

– “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica”. En MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ, MARTÍN, V., (dirs.): *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, págs. 337-363.

– “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En DE LA MATA BARRANCO, N. J; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A; NIETO MARTÍN, A: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 129-168.

– “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer* tras la reforma penal de 2015”. En FRAGO AMADA, J. A., (dir.): *Actualidad Compliance 2018*, Aranzadi, Navarra, 2018, págs. 215-232.

EARLE, B. H: “Foreign Corrupt Practices Act Amendments: The Omnibus Trade and Competitiveness Acts Focus on Improving Investment Opportunities”, *Cleveland State Law Review*, Vol. 37, 1989, págs. 549-556.

EDUARDO ABOSO, G: *Los límites de la autoría mediata*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

EIDAM, L: *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.

EISELE, J: “§ 25”. En BAUMANN, J; WEBER, U; MITSCH, W; EISELE, J., (dirs.): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Giesecking, Bielefeld, 12^a ed., 2016, págs. 737-796. Pág. 757.

ENGISCH, K: *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbeständen*, Mohr, Tübingen, 1931.

ENSEÑAT DE CARLOS, S: *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*, Aranzadi, Madrid, 2016.

EPHRATT, M: “The Functions of Silence”, *Journal of Pragmatics*, nº 40, 2008, págs. 1.909-1.938.

ERNEST-JONES, M; NETTLE, D; BATESON, M: “Effects of Eye Images on Everyday Cooperative Behavior: A Field Experiment”, *Evolution and Human Behavior*, Vol. 32, 2011, págs. 172-178.

ESCANDELL, M. V: *Introducción a la pragmática*, Ariel, Barcelona, 2013.

ESTELLITA, H: *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, Marcial Pons, Brasil, 2017.

ESTRADA I CUADRAS, A: *Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales*, Atelier, Barcelona, 2016.

– *El secreto empresarial. Una perspectiva jurídico-penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

FARRÉ TREPAT, E: “Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa”, *EPC*, nº 13, 1988-1989, págs. 43-86.

FEIJOO SÁNCHEZ, B: *Límites de la participación criminal. ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en Derecho Penal?*, Comares, Granada, 1999.

- “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho Penal: fundamento y consecuencias dogmáticas”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 21, nº 69, 2000, págs. 37-76.

- *Resultado lesivo e imprudencia*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.

- “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español. Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y de la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1948)”. En MORALES PRATS, F; QUINTERO OLIVARES, G., (coords.): *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 229-272.

- *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007.

- “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 2010, págs. 1-30.
Enlace:
<http://www.ciidpe.com.ar/area1/imputacion%20de%20hechos%20delictivos.feijoosanchez.pdf>

- “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, *Indret* 3/2015, págs. 1-29.

- “Autorregulación y Derecho Penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?”. En ARROYO JIMÉNEZ, L; NIETO MARTÍN, A., (dirs.): *Autorregulación y sanciones*, Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2015, págs. 197-248.

- “Los requisitos del art. 31 bis 1”. En BAJO FERNÁNDEZ, M; FEJOO SÁNCHEZ, B.J; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: *Tratado de responsabilidad penal de las persona jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 75-88.

- “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”. En BAJO FERNÁNDEZ, M; FEJOO SÁNCHEZ, B.J; GÓMEZ-JARA

DÍEZ, C: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2ª ed., 2016, págs. 67-73.

FELIP I SABORIT, D; RAGUÉS I VALLÉS, R: “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”. En, SILVA SÁNCHEZ, J. M., (dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 6ª ed., 2019, págs. 115-128, págs. 118-119.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, S: *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

– “Concepto y responsabilidad de administrador y directivos”. En CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 58-61.

FLORES SEGURA, M: “Cumplimiento normativo, deber de diligencia y responsabilidad de los administradores”, *Almacén de Derecho*, 2018, págs. 1-7. Enlace: <http://almacenederecho.org/cumplimiento-normativo-deber-diligencia-responsabilidad-administradores/>

FRANCO, J.A: “Surveillant and Counselor: A Reorientation in Compliance for Broker-Dealers”, *BYU Law Review*, Vol. 2014, nº 5, 2015, págs. 1.121-1.184.

FREEMAN, E: *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge University Press, New York, 2010 (1984).

FRISCH, W: “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo” (Traducción a cargo de PAREDES CASTAÑÓN, J. M.). En MIR PUIG, S; LUZÓN PEÑA, D.M., (dirs.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 99-127.

FÜNFSINN, H: *Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht*, Peter Lang, Frankfurt, 1985.

GAEDE, K: “§ 13 StGB”. En KINDHÄUSER, U; NEUMANN, U; PAEFFGEN, H.U., (dirs.): *Strafgesetzbuch. Band 1*, Nomos Kommentar, Baden-Baden, 5ª ed., 2017, págs. 650-694.

GADINIS, S; MIAZAD, A: “The Hidden Power of Compliance”, *Minnesota Law Review*, Vol. 103, 2019, págs. 2.135-2.209.

GALLAS, W: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des verantwortlichen Bauleiters*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1964.

GALLEGO SOLER, J. I: “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en el Derecho Penal”. En CORCOY BIDASOLO, M., (dir.): *Derecho Penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2002, págs. 147-176.

– “Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales”. En GIMENO JUBERO, M.A., (coord.): *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2005, págs. 50-134.

– “Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales”. En MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ, MARTÍN, V., (dirs.): *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, págs. 195-272.

GARCÍA CAVERO, P: *La responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa: Criterios de imputación*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.

– “La posición de garantía del empresario: a propósito del caso Utopía”. En V.V.A.A: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 381-400.

– “Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 10, 2008, págs. 199-218.

– “La responsabilidad penal por decisiones colegiadas en el ámbito de la empresa”, *Derecho & Sociedad*, nº 39, 2012, págs. 70-76.

GARCÍA MORENO, B: “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 206-230.

GARRETT, B. L: “Globalized Corporate Prosecutions”, *Virginia Law Review*, Vol. 97, nº 8, 2011, págs. 1.775-1.876.

GEIGER, D: “Nemo ultra posse obligatur. Zur strafrechtlichen Haftung von Compliance-Beauftragten ohne Disziplinalgewalt”, *CCZ*, Vol. 5, 2011, págs. 170-174.

GILSON, R. J; KRAAKMAN, R. H: “The Mechanisms of Market Efficiency”, *Virginia Law Review*, Vol. 70, nº 4, 1984, págs. 549-644.

– “Riesgo permitido y comisión por omisión imprudente: a propósito de la sentencia de 9 de diciembre de 2003, de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal argentina”, *LLP*, nº 88, 2011, págs. 70-87.

GIMBERNAT ORDEIG, E: “Causalidad, omisión e imprudencia”, *ADCPC*, Tomo 47, Fasc. 3, 1994, págs. 5-60.

– *Concepto y método de la ciencia penal*, Tecnos, Madrid, 1999.

– “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas)”, *ADPCP*, Tom. 52, nº 1-3, 1999, págs. 51-72.

– “La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión”, *ADPCP*, Vol. 53, 2000, págs. 29-132. Pág. 41.

– *Autor y cómplice en el derecho penal*, B de f, Argentina-Montevideo, 2ª ed., 2006.

– *Estudios sobre el delito de omisión*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2ª ed., 2013.

– “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad”, *ADPCP*, Vol. 66, 2013, págs. 33-87.

GINO, F; ORDOÑEZ, L.D; WELSH, D: “How Unethical Behavior Becomes Habit”, *Harvard Business Review*, 2014, págs. 1-2. Enlace: <https://hbr.org/2014/09/how-unethical-behavior-becomes-habit>

GINO, F; AYAL, S; ARILEY, D: “Contagion and Differentiation in Unethical Behavior: The Effect of One Bad Apple on the Barrel”, *Psychological Science*, Vol. 20, nº 3, 2009, págs. 393-398.

GIUNTA, F: *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, Padova, 1996.

GODENZI, G; WOHLERS, W: “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers: Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?”. En CAVALLO, A; HIESTAND, E; BLOCHER, F; ARNOLD, I; KÄSER, B; CASPAR, M, IVIC, I., (dirs.): *LA für Andreas Donatsch*, Schulthess, Zurich, 2012, págs. 223-248.

GOODPASTER, K. E: “Business Ethics and Stakeholder Analysis”, *BEQ*, Vol. 1, nº 1, 1991, págs. 53-73.

GOENA VIVES, B: *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, Marcial Pons, Barcelona, 2017.

GOLUMBIC, C. E: “The Big Chill: Personal Liability and the Targeting of Financial Sector Compliance Officers”, *Hastings Law Journal*, Vol. 69, 2017, págs. 45-94.

GÓMEZ MARTÍN, V: “La actuación por otro y la participación de los extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP”. En MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M., (dirs.): *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, B de f, Buenos Aires-Montevideo, 2006, págs. 49-114.

– “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”, *RECPC*, nº 14, 2012, págs. 1-29.

– “*Compliance* y derecho de los trabajadores”. En MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ, MARTÍN, V., (dirs.): *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, págs. 421-458.

– *La responsabilidad penal individual en estructuras empresariales: el caso del compliance officer*, *Inédito*, 2020.

GÓMEZ MARTÍN, V; VALIENTE IVÁÑEZ, V: “Responsabilidad penal de la persona jurídica”. En CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 127-158.

GÓMEZ TOMILLO, M: *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

– “Programas de cumplimiento y política criminal”. En BACIGALUPO SAGGESE, S; FEIJOO SÁNCHEZ, B; ECHANO BASALDUA, J. I., (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 103-124.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: “¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas”, *CPC*, nº 88, 2006, págs. 119-153.

– “La responsabilidad penal del *compliance officer*”, *Inédito*, 2015, págs. 1-9.

– “La culpabilidad de la persona jurídica”. En BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: *Tratado de responsabilidad penal de las persona jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2ª ed., 2016, págs. 143-219.

– “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2ª ed., 2016, págs. 221-249.

GONZÁLEZ LILLO, D: “(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia inconsciente”, *Indret* 2/2019, págs. 1-42.

GRACIA MARTÍN, L: *El actuar en lugar de otro en derecho penal. Vol. 1*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985.

GRAHAM, J. R; HARVEY, C. R; POPADAK, J; RAJGOPAL, S: “Corporate Culture: Evidence from the Field”, *Columbia Business School Research Paper* n° 16-49, 2016, págs. 1-81.

GRECO, L: “Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum ‘Problem’ des Sonderwissens”, *ZStW*, Vol. 117, n° 3, 2005, págs. 519-554.

– “Comentario al artículo de Ramón Ragués”, *Discusiones*, n° 13, 2013, págs. 67-78.

– *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, Marcial Pons, São Paulo, 2018.

– “Dolo sin voluntad”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 13, n° 88, 2017, págs. 10-38.

GRIFFITH, S. J: “Corporate Governance in an Era of Compliance”, *William & Mary Law Review*, Vol. 57, n° 6, 2016, págs. 2.075-2.140.

GROPP, W: “Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung – miteinander oder nebeneinander - Überlegungen zur so genannten “fahrlässigen Mittäterschaft”, *GA*, Vol. 156, nº 5, 2009, págs. 265-279.

GROß, N.F: *Chief Compliance Officer*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

GRÜNWARD, G: “Der Vorsatz des Unterlassungsdelikte”. En GEERDS, F; NAUCKE, W., (dirs.): *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft: FS für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1966, págs. 281-303.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

HAAS, V: *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2008.

HAFFKE, B: “Der Unterlassung der Unterlassung”, *ZgS*, Vol. 87, 1975, págs. 44-73.

HAMDANI, A: “Gatekeeper Liability”, *Southern California Law Review*, Vol. 77, 2003, págs. 53-122.

HASNAS, J: “Managing the Risks of Legal Compliance: Conflicting Demands of Law and Ethics”, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 39, nº 3, 2008, págs. 507-524.

HASSEMER, W: “La responsabilidad por el producto en el Derecho penal alemán”. En HASSEMER, W; LUZÓN PEÑA, D. M: *La responsabilidad penal por el producto en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 121-186.

HASTENRATH, K: “Bestellung und Pflichtdelegation”. En BÜRKLE, K; HAUSCHKA, C. E., (dirs.): *Der Compliance Officer. Ein Handbuch in eigener Sache*, C.H. Beck, München, 2015, págs. 25-65.

HAUGH, T: “Cadillac Compliance Breakdown”, *Stanford Law Review*, Vol. 69, 2017, págs. 198-208.

– “The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics”, *California Law Review*, Vol. 8, 2017, págs. 1-18.

– “The Power Few of Corporate Compliance”, *Georgia Law Review*, Vol. 53, nº 1, 2018, págs. 1-67.

– “Harmonizing Governance, Risk and Compliance through the Paradigm of Behavioral Ethics Risk”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 21, nº 4, 2019, págs. 873-906.

HAVA GARCÍA, E: “Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena”, *Indret* 2/2017, págs. 1-36.

HÄRING, D: “Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht”, *Sui Generis*, 2018, págs. 1-19.

HEATH, J: “Business Ethics Without Stakeholders”, *BEQ*, Vol. 16, nº 3, 2006, págs. 533-557.

– “Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 83, 2008, págs. 595-614.

– “The Uses and Abuses of Agency Theory”, *BEQ*, Vol. 19, nº 14, 2009, págs. 497-528.

HEINE, G: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

HEINE, G; WEIBER, B: “Vor § 25 StGB”. En SCHÖNKE, A; SCHRÖDER, H., (dirs.): *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, München, 30^a ed., 2019, págs. 476-517.

HENKEL, H: “Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip”. En ENGISCH, K; MAURACH, R., (dirs.): *FS für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 1954, págs. 249-309.

HERMAN, S. N: “The USA Patriot Act and the Submajoritarian Fourth Amendment”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 41, nº1, 2006, págs. 67-132.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U: *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996.

HERRERA GUERRERO, M: “El sujeto activo en el delito de administración desleal”, *Diario la Ley*, nº 7460, 2010, págs. 1-13.

HERZBERG, R: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Walter de Gruyter, Berlin, 1972.

HOFFMAN-HOLLAND, K: “Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen”, *ZgS*, Vol. 118, nº 3, 2006, págs. 620-638.

HORTAL IBARRA, J. C: *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005.

– “Delitos contra la seguridad en el trabajo”. En CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 538-553.

HRUSCHKA, J: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, W de G, Berlin, 2ª ed., 1988.

HSÜ, Y: *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, Centaurus, Pfaffenweiler, 1986.

HUI KIM, S: “Gatekeepers Inside Out”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 21, 2008, págs. 411-463.

HÜNERFELD, P: “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland”, *ZgS*, Vol. 99, nº 2, 1987, págs. 228-250.

HUSAK, D. N; CALLENDER, C.A: “Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 29, 1994, págs. 29-69.

INFESTAS GIL, A: *Sociología de empresa*, Amarú, Salamanca, 3ª ed., 2001.

IRURZUN MONTORO, F: *Honorabilidad como Requisito para el Ejercicio de Profesiones Financieras y otras Actividades*, Aranzadi, Navarra, 2007.

IZQUIERDO SÁNCHEZ, C: *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, Atelier, Barcelona, 2018.

JAEGER, J: “The Importance of Splitting Legal and Compliance”, *Compliance Week*, nº 25, 2011, págs. 23-27, 63 (sic.).

– “How Data Analytics Is Changing the Face of Compliance”, *Compliance Week*, 2016, págs. 1-6. Enlace: <https://www.complianceweek.com/how-data-analytics-is-changing-the-face-of-compliance/2932.article>

– “Mapping Third-Party Risks”. En V.V.A.A: *Managing Third-Party Risks*, Compliance Week e-Book, 2019, págs. 12-13. Enlace: <https://www.complianceweek.com/download?ac=5989&adredir=1>

JAÉN VALLEJO, M: “Contenido y alcance del deber de garante de los miembros de un Consejo de Administración: ¿debe extenderse el deber de vigilancia a actos de ilegalidad como la distracción de dinero? (STS núm. 234/2010, de 11-3)”, *CPC*, nº 102, 2010, págs. 247-253.

JAKOBS, G: *La imputación objetiva en derecho penal* (Traducción a cargo de CANCIO MELIÁ, M.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.

– “Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen”. En KÜHNE, K. K., (coord.): *FS für Koichi Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden, 1995, págs. 419-436.

– *Derecho penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación* (Traducción a cargo de CUELLO CONTRERAS, J; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.), Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 1995.

– “La responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos” (Traducción a cargo de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.). En MIR PUIG, S; LUZÓN PEÑA, D.M., (dirs.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 75-98.

– “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza” (Traducción a cargo de PEÑARANDA RAMOS, E). En JAKOBS, G: *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 209-222.

– “La competencia por organización en el delito omisivo” (Traducción a cargo de PEÑARANDA RAMOS, E). En JAKOBS, G: *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 347-463.

– “Teoría y *praxis* de la injerencia” (Traducción a cargo de CANCIO MELIÁ, M.), *ADCPC*, Tomo 52, Fasc. 1-3, 1999, págs. 17-50.

– “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo” (Traducción a cargo de CANCIO MELIÁ, M.). En JAKOBS, G; CANCIO MELIÁ, M: *Derecho penal del enemigo*, Aranzadi, Navarra, 2ª ed., 2006, págs. 21-56.

– “Beurteilungsperspektiven, insbesondere bei Erfolgsprognosen”. En BÖSE, M; SCHUMANN, K. H; TOEPEL, F., (dirs.): *FS für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2019, págs. 210-230.

JAWORSKI, A: *The Power of Silence. Social and Pragmatic Perspectives*, Sage, London, 1993.

JESCHECK, H. H: “§ 13 StGB”. En JÄHNKE, B; LAUFHÜTTE, H. W; ODERSKY, W., (dirs.): *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Vol. 1*, De Gruyter Recht, Berlin, 11^a ed., 2003, págs. 59-86.

JESCHECK, H.H; WEIGEND, T: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humboldt, Berlin, 5^a ed., 1996.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L: *Tratado de Derecho Penal. Volumen III*, 3^a edición, 1977.

KAMPS, H: *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1981.

KAHNEMAN, D: *Pensar rápido, pensar despacio* (Traducción a cargo de CHAMORRO MIELKE, J.), Penguin Random House, Barcelona, 6^a ed., 2015 (2011).

KAUFMANN, A: *Dogmática de los delitos de omisión* (Traducción a cargo de CUELLO CONTRERAS, J; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L), Marcial Pons, Madrid, 2006 (1959).

KELLING, G.L: “Don’t Blame My Broken Windows Theory For Poor Policing”, *Politico Magazine*, 2015. Enlace: https://www.politico.com/magazine/story/2015/08/broken-windows-theory-poor-policing-ferguson-kelling-121268#.Vc4W_0tq61w

KILLINGSWORTH, S: “Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 25, n° 4, 2012, págs. 961-987.

– “C’ is for Crucible: Behavioral Ethics, Culture, and the Board's Role in C-Suite Compliance”, *RAND Center for Corporate Ethics and Governance Symposium White*

Paper Series, 2013, págs. 1-23. Enlace:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2271840

– “Behavioral Ethics: From Nudges to Norms”, *Ethikos*, 2017, págs. 1-7. Enlace:
<https://www.bclplaw.com/images/content/8/9/v2/89927/2017-01-jan-feb-ethikos-killingsworth.pdf>

KINDHÄUSER, U: “Zur Rechtfertigung von Pflicht-und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht”. En BYRD, B. S; HRUSCHKA, J; JOERDEN, J. C., (dirs.): *Jahrbuch für Recht und Ethik. Vol. 2*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1994, págs. 339-351.

– “El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva” (Traducción a cargo de MAÑALICH RAFFO, J. P.), *Indret* 4/2008, págs. 1-35.

KLITGAARD, R: “Contra la Corrupción”, *Finanzas & Desarrollo*, Vol. 37, nº 2, 2000, págs. 2-5.

KNAUER, C: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, C.H. Beck, München, 2001.

KOEHLER, M: “The Story of the Foreign Corrupt Practices Act”, *Ohio State Law Journal*, Vol.73, No. 5, 2012, págs. 929-1.013.

KONU, M: *Die Garantenstellung des Compliance-Officers. Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen einer Compliance-Organisation*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014.

KRAFT, O; WINKLER, K: “Zur Garantenstellung des Compliance-Officers – Unterlassungsstrafbarkeit durch Organisationsmangel?”, *CCZ*, Vol. 1, 2009, págs. 29-33.

KRAAKMAN, R. H: “Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy”, *Journal of Law, Economics & Organizations*, Vol. 2, nº 1, 1986, págs. 53-104.

KRAWIEC, K.D: “Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance”, *Washington University Law Review*, Vol. 81, n° 2, 2003, págs. 487-544.

KRETSCHMER, J: “BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08. Garantienpflicht des Leiters der Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts”, *JR*, Vol. 11, 2009, págs. 771-777.

KRÜGER, M: “Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten Überlegungen aus Anlass des Urteils zum Compliance Officer”, *ZIS*, Vol. 1, 2011, págs. 1-8.

KUDLICH, H: *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2008.

KUHLEN, L: “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto” (Traducción a cargo de BOLEA BARDON, C.). En MIR PUIG, S; LUZÓN PEÑA, D.M., (dirs.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 231-245.

– “Strafliche Produkthaftung”. En ACHENBACH, H; RANSIEK, A; RÖNNAU, T., (dirs.): *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2015.

KURZON, D: “Towards a Typology of Silence”, *Journal of Pragmatics*, n° 39, 2007, págs. 1.673-1.688.

LABY, A. B: “Differentiating Gatekeepers”, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Vol. 1, n° 1, 2006, págs. 119-163.

LANGENHAHN, S: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich*, Tesis doctoral, 2012. Enlace: <http://www.ubs.sbg.ac.at/pdf/AC10750210.pdf>

LANGEVOORT, D. C: “Monitoring: The Behavioral Economics of Corporate Compliance with Law”, *Columbia Business Law Review*, Vol. 71, 2002, págs. 71-118.

– “Cultures of Compliance”, *American Criminal Law Review*, Vol. 54, 2017, págs. 933-977.

– “Behavioral Ethics, Behavioral Compliance”. En ARLEN, J., (ed.): *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, Edward Elgar, Massachusetts, 2018, págs. 263-281.

LANGEVOORT, D. C; SALE, H. A: “Compliance, Candor and the Role of Directors”, *Compliance & Enforcement*, 2016, págs. 1-4. Enlace: https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2016/07/19/compliance-candor-and-the-role-of-directors/

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.

– “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”. En ARROYO ZAPATERO, L., (dir.): *Hacia un derecho penal económico europeo*, Estudios Jurídicos, Madrid, 1995, págs. 209-227.

– *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002.

– “Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”. En MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ, MARTÍN, V., (dirs.): *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, págs. 301-336.

– “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 165-185.

– “La prevención del delito contra la seguridad de los trabajadores”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 493-526.

– “La responsabilidad individual en los delitos de empresa”. En DE LA MATA BARRANCO, N. J; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A; NIETO MARTÍN, A: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 87-128.

– “¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación?”, *Almacén de Derecho*, 2019, págs. 1-3. Enlace: <https://almacenederecho.org/penamos-a-la-persona-juridica-por-conductas-de-participacion/>

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A; NIETO MARTÍN, A: “Urgente: dos órganos de cumplimiento en las empresas”, *Almacén de Derecho*, 2016, págs. 1-3. Enlace: <http://almacenederecho.org/urgente-dos-organos-cumplimiento-las-empresas/>

LAUFER, W.S: “Corporate Liability, Risk Shifting and the Paradox of Compliance”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 52, 1999, págs. 1.343-1.420.

LAURA MANRIQUE, M: “¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en el caso de ignorancia”, *Discusiones*, nº 13, 2013, págs. 79-100.

LEDDA, F; GHINI, P: “Organismo di vigilanza: nomina e aspetti teorici e pratici”, *Rivista 231*, Vol. 1, 2008, págs. 213-222.

LEÓN SANZ, F. J: “Artículo 249 bis. Delegación de facultades del consejo de administración”. En JUSTE MENCÍA, J., (coord.): *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Thomson Reuters, Navarra, 2015, págs. 521-540.

LIÑÁN LAFUENTE, A: *La responsabilidad penal del compliance officer*, Aranzadi, Navarra, 2019.

LÓPEZ GARRIDO, D; GARCÍA ARÁN, M: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Dykinson, Madrid, 1996.

LÓPEZ PEREGRÍN, M. C: *La complicidad en el delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

LUBAN, D: “Contrived Ignorance”, *Georgetown University Law Center*, Vol. 87, 1999, págs. 957-980.

LUCIEN BÜHR, D: “Do DOJ Policy and ISO Compliance Standard Overlap and What are the Pros and Cons for applying the ISO Standard?”, *Compliance & Enforcement*, 2018. Enlace: https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2018/11/14/do-doj-policy-and-iso-compliance-standard-overlap-and-what-are-the-pros-and-cons-for-applying-the-iso-standard/

LUZÓN PEÑA, D. M: “Prevención general y psicoanálisis”. En MIR PUIG, S., (ed.): *Derecho penal y ciencias sociales*, UAB, Barcelona, 1982, págs. 141-157.

– “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, *Poder Judicial*, nº 2, 1986, págs. 73-92.

– “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, *ADPCP*, Tomo 42, Fasc. 3, 1989, págs. 889-914.

– *Derecho Penal de la Circulación*, 2ª ed., 1990, Barcelona.

– “Responsabilidad penal del asesor jurídico”, *RD*, nº 15, 2011, págs. 45-72.

– *Lecciones de derecho penal: parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2016.

– “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación”, *Libertas-Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 6, 2017, págs. 145-272.

LUZÓN PEÑA, D.M; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica del hecho como criterios de autoría”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 8, 1998-1999, págs. 53-88.

MAÑALICH RAFFO, J. P: “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, nº 2, 2014, págs. 225-276.

MARAVÉR GÓMEZ, M: *El principio de confianza en derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2009.

MARKOFF, G: “Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 15, nº 3, 2013, págs. 797-842.

MARTÍN LORENZO, M; ORTIZ DE URBINA, I: “Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales”, *InDret* 2/2009, págs. 1-62.

MARTIN, S. L: “Compliance Officers: More Jobs, More Responsibility, More Liability”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 29, nº 1, 2015, págs. 169-198.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: *Delitos relativos al secreto de empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

– *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 5ª ed., 2015.

– “Autoría mediata. Un estudio a la luz del concepto significativo del delito (y del CP español)”, *EPC*, Vol. 38, 2018, págs. 131-244.

MARUNA, S; COPES, H: “Excuses, Excuses: What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research?”, *Crime and Justice*, Vol. 23, 2005, págs. 221-320.

MATEU SERRA, R. M: *El lugar del silencio en el proceso comunicativo*, Tesis doctoral, 2001. Enlace: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/8173/trms2de3.pdf>

MAYER, M. E: *Derecho Penal. Parte General* (Traducción a cargo de POLITOFF LIFSCHITZ, S.), B de f, Argentina-Montevideo, 2007 (1915).

MAYER LUX, L: “El engaño concluyente en el delito de estafa”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, nº 3, págs. 1.017-1.048.

MEIER-GREVE, D: “ Zur Unabhängigkeit des sog. Compliance Officers”, *CCZ*, Vol. 6, 2010, págs. 216-221.

MEINI MÉNDEZ, I: “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados”, *Derecho Pontificia Universidad Católica de Perú. Revista de la Facultad de Derecho*, nº 52, 1999, págs. 883-914.

– “La intervención en la adopción colectiva de acuerdos en una sociedad y responsabilidad penal”, *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, nº 57, 2004, págs. 287-315.

MÉNDEZ GUERRERO, B: “Los actos silenciosos en la conversación en español”, Tesis doctoral, 2014. Enlace: www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/284238/tbmg1de1.pdf?sequence=1

– “La interpretación del silencio en la interacción. Principios pragmáticos, cognitivos y dinámicos”, *Pragmalingüística*, nº 24, 2016, págs. 169-186.

MICHALKE, R: “Neue Garantepflichten? – oder: Haftung des Compliance Officers”, *Anwaltsblatt*, 2010, págs. 666-670.

MILGRAM, S: “Behavioral Study of Obedience”, *Journal of Abnormal and Social Psychology*, Vol. 67, nº 4, 1963, págs. 371-378.

MILLER, G. P: *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, Wolters Kluwer, New York, 3ª ed., 2019.

– “The Compliance Function: An Overview”. En GORDON, J. N; RINGE, W.G., (eds.): *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2018, págs. 981-1.000.

MILLER, S: *Shooting to Kill. The Ethics of Police and Military Use of Lethal Force*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

MINTZBERG, H: *La estructuración de las organizaciones* (Traducción a cargo de BONNER, D; NIETO, J.), Ariel, Barcelona, 1988 (1984).

MIR PUIG, S: “Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva”, *ADPCP*, Vol. 39, nº 1, 1986, págs. 49-58.

– *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 10ª ed., 2015.

MIRÓ LLINARES, F: “Dolo y Derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, *CPC*, nº 113, 2014, págs. 201-252.

MOLINA FERNÁNDEZ, F: “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”. En JORGE BARREIRO, A., (coord.): *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 691-742.

– “La legítima defensa del Derecho Penal”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25, 2012, págs. 19-48.

MONGILLO, V: “L’Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell’ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche”, *Rivista 231*, Vol. 4, 2015, págs. 83-107.

– *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, G. Giappichelli, Torino, 2018.

MONTANER FERNÁNDEZ, R: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008.

– “El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, *EPC*, Vol. 35, 2015, págs. 733-782.

– “Reputación corporativa y responsabilidad penal de la empresa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2018, págs. 181-200.

MONTIEL, J.P: “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL*, 1r Semestre, 2013, págs. 251-277.

– “¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho Penal?”, *InDret* 4/2014, págs. 1-29.

– “Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del *Compliance Officer* en el Derecho Argentino”, *Revista Argentina de Derecho Procesal y Procesal Penal*, nº 17, 2015, págs. 1-13. Enlace: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=38bab1da7ca46f82759c333d03cf5b3c#indice_6

MORRISON, E. W: “Employee Voice and Silence”, *The Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, Vol. 1, nº 1, 2014, págs. 173-197.

MORRISON, E. W; MILLIKEN, F. J: “Organizational Silence: A Barrier to Change and Development in a Pluralistic World”, *The Academy of Management Review*, Vol. 25, nº 4, 2000, págs. 706-725.

MOSENHEUER, A: *Unterlassen und Beteiligung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2009.

NEUDECKER, G: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*, Peter Lang, Frankfurt, 1995.

NIESE, W: *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Mohr, Tübingen, 1951.

NIETO MARTÍN, A: “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *PC*, Vol. 3, nº 5, 2008, págs. 1-18.

– “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”. En KUHLEN, L; MONTIEL, J.P; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 21-50.

– “El plan de prevención de riesgos laborales como programa de cumplimiento (a la vez una reflexión sobre la responsabilidad por imprudencia de las personas jurídicas)”. En ARROYO JIMÉNEZ, L; NIETO MARTÍN, A., (dirs.): *Autorregulación y sanciones*, Aranzadi, Navarra, 2ª ed., 2015, págs. 341-367.

– “Autorregulación, ‘compliance’ y justicia restaurativa”. En ARROYO JIMÉNEZ, L; NIETO MARTÍN, A., (dirs.): *Autorregulación y sanciones*, Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2015, págs. 99-134.

– “Fundamentos y estructura del programa de cumplimiento normativo”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 111-134.

– “Código ético, evaluación de riesgos y formación”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 135-163.

– “La institucionalización del sistema de cumplimiento”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 187-204.

– “Investigaciones internas”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 231-270.

– “La prevención de la corrupción”. En NIETO MARTÍN, A., (dir.): *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 307-371.

NUNES, J. W: “Organizational Sentencing Guidelines: The Conundrum of Compliance Programs and Self-Reporting”, *Arizona State Law Journal*, Vol. 27, 1995, págs. 1.039-1.061.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: “Análisis económico del derecho y política criminal”, *RDPC*, nº extraordinario 2, 2004, págs. 31-73.

– “Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societates delinquere potest)”. En KUHLEN, L; MONTIEL, J. P; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 263-282.

– “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *The American Way*”. En MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.): *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Edisofer, Madrid, 2014, págs. 35-88.

– “Ni catástrofe ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. 69, nº 211, 2014, págs. 95-122.

– “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales”. En V.V.A.A: *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, págs. 165-200.

– “Selección de bienes jurídico-penales conforme a la Constitución: el caso de la protección de la competencia”. En SILVA SÁNCHEZ, J. M; QUERALT JIMÉNEZ, J. J; CORCOY BIDASOLO, M; CASTIÑEIRA PALOU, M. T., (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Un homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de f, Argentina-Montevideo, 2017, págs. 1.119-1.130.

– “Cultura de cumplimiento y exención de responsabilidad de las personas jurídicas”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, nº 6, 2018, págs. 1-7.

– “Delitos contra la Administración Pública”. En SILVA SÁNCHEZ, J. M., (dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, Atelier, Barcelona, págs. 367-398.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I; CHIESA, L: “Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en E.E.U.U.”. En GÓMEZ COLOMER, J. L., (dir.): *Tratado sobre Compliance Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 1.501-1.542.

ORTIZ DE URBINA, I; GÓMEZ POMAR, F: *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*, Civitas, Madrid, 2005.

OTTO, H: “Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich”. En SEEBODE, M., (ed.): *FS für Günter Spendel zum. 70 Geburtstag am 11. Juli 1992*, De Gruyter, Berlin, 1992, págs. 271-288.

PAINE, L. S: “Managing for Organizational Integrity”, *Harvard Business Review*, Vol. 72, nº 2, 1994, págs. 106-117.

PASTOR MUÑOZ, N: “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, *Indret* 4/2006, págs. 1-17.

– “¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa? Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio”, *Diario la Ley*, nº 9.400, 2019, págs. 1-14.

PAWLIK, M: *Der rechtfertigende Notstand*, Walter de Gruyter, Berlin, 2002.

– “El funcionario policial como garante de impedir delitos” (Traducción a cargo de LERMAN, M; SANCINETTI, M. A.), *Indret* 1/2008, págs. 1-28.

– *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades* (Traducción a cargo de ROBLES PLANAS, R; PASTOR MUÑOZ, N; COCA VILA, I; GARCÍA DE LA TORRE, H.), Atelier, Barcelona, 2016.

PEÑARANDA RAMOS, E: *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, B de f, Buenos Aires, 2ª ed., 2015.

PÉREZ ALONSO, E. J: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998.

PÉREZ CEPEDA, A, I: “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *RP*, nº 9, 2002, págs. 106-121.

PÉREZ MANZANO, M: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

PHILLIPS, L: *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1974.

PIÑA ROCHEFORT, J. I; COX VIAL, F: “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”. En SILVA SÁNCHEZ, J. M; MIRÓ LLINARES, F., (dirs.): *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, págs. 183-213.

PORTILLA CONTRERAS, G: “Complicidad omisiva de garantes en delitos comisivos”. En GARCÍA VALDÉS, C; CUERDA RIEZU, A; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M; ALCÁCER GUIRAO, R; VALLE MARISCAL DE GANTE, M., (coords.): *Estudios Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 1.519-1.541.

PRENTICE, R. A: “Behavioral Ethics: Can It Help Lawyers (And Others) Be Their Best Selves?”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 29, nº 1, 2015, págs. 35-85.

PRITTWITZ, C: “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*” (Traducción a cargo de PASTOR MUÑOZ, N.). En KUHLEN, L; MONTIEL, J.P; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*; Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 207-218.

PUPPE, I: “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica” (Traducción a cargo de PASTOR MUÑOZ, N.), *Indret* 4/2006, págs. 1-13.

– “Der gemeinsame Tatplan der Mittäter”, *ZIS*, Vol. 6, 2007, págs. 234-246.

– “Vor § 13 StGB”. En KINDHÄUSER, U; NEUMANN, U; PAEFFGEN, H.U., (dirs.): *Strafgesetzbuch. Vol. 1*, Nomos Kommentar, Baden-Baden, 5ª ed., 2017, págs. 513-650.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J: “Reflexiones Marginales sobre la Corrupción”, *Revista Crítica y Poder Penal*, nº 2, 2012, págs. 18-35.

– “*Public compliance* y corrupción: análisis conceptual y propuestas”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, nº 2, 2016, págs. 1-11.

QUINTERO OLIVARES, G: “La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: claroscuros de una novedad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 110, nº 4, 2011, págs. 977-999.

RAGUÉS I VALLÉS, R: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.

– “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 4, 2004, págs. 13-26.

– *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2007.

– “La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva”, *Indret* 3/2008, págs. 1-28.

– “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”. En SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.): *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, págs. 161-196.

– “Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en el Derecho Penal”, *Discusiones*, nº13, 2013, págs. 11-38.

– “A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría de la imputación subjetiva”, *Discusiones*, nº 13, 2013, págs. 139-166.

– “La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas”, *Indret* 3/2015, págs. 1-33.

– *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

RANFT, O: “Das garantiepflchtwidrige Unterlassen der Taterschwerung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung im Strafrecht”, *ZStW*, Vol. 97, nº 2, págs. 268-302.

RANSIEK, A: “Strafrecht im Unternehmen und Konzern”, *ZUG*, Vol. 5, nº 28, 1999, págs. 613-658.

– “Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers”, *Die Aktiengesellschaft*, Vol. 55, nº 5, 2010, págs. 147-153.

RAUS, N; LÜTZELER, M: “Berichtspflicht des Compliance Officers – zwischen interner Eskalation und externer Anzeige”, *CCZ*, Vol. 3, 2012, págs. 96-101.

REGAN, M. C: “Moral Intuitions and Organizational Culture”, *St. Louis University Law Journal*, Vol. 51, 2008, págs. 941-988.

REICHERT, J: “Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens”, *ZIS* Vol. 3, 2011, págs. 113-122.

RENZIKOWSKI, J: *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

– “Die fahrlässige Mittäterschaft”. En DANNECKER, G., (dir.): *FS für Harro Otto: zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Carl Heymann, Köln, 2007, págs. 423-439.

ROBINSON, P. H: *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (Traducción a cargo de de CANCIO MELIÁ, M; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.), Marcial Pons, Madrid, 2012 (2008).

ROBLES PLANAS, R: “Participación en el delito e imprudencia”, *RDPC*, nº 9, 2002, págs. 223-251.

– *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Barcelona, 2003.

– *Garantes y cómplices*, Atelier, Barcelona, 2007.

– “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, *DLL*, nº 7015, 2008.

– “El “hecho propio” de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal del 2008”, *Indret* 2/2009, págs. 1-12.

– “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión)”, *Indret* 2/2010, págs. 1-25.

– “Deberes positivos y negativos en derecho penal”, *Indret* 4/2013, págs. 1-22.

– “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”. En SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.): *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, págs. 319-331.

– “Deberes de solidaridad”. En ROBLES PLANAS, R: *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, B de f, Argentina-Montevideo, 2014, págs. 93-100.

– “Conductas neutrales”, *Ponencia presentada en la 3.^a sesión del I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito, Universidad de Barcelona, 29-30 mayo 2015*, 2015, págs. 1-7. Enlace: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Robles-Conductas-neutrales-2-FICP.pdf>

– “Legítima defensa, empresa y patrimonio”, *PC*, Vol. 11, nº 22, 2016, págs. 704-720.

– “Principios de imputación en la empresa”. En BACIGALUPO SAGGESE, S; FEIJOO SÁNCHEZ, B; ECHANO BASALDUA, J. I., (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 487-504.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C: “La protección de los delatores por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y materiales”. En ARROYO ZAPATERO, L; NIETO MARTÍN, A., (coord.): *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016, págs. 1-53. Enlace: http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/2proteccion-de-delatores_aspectos-sustanti-vos.pdf

RODRIGUEZ MESA, M. J: *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

– “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, Vol. 11, 2013, págs. 107-126.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T: “Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal”, *ADPCP*, Vol. 49, Fasc. 2, 1996, págs. 425-471.

– “Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, nº 8, 1998/1999, págs. 187-212.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G: “La autoría mediata en el Derecho Penal”, *ADPCP*, Tom. 22, Fasc. 3, 1969, págs. 461-488.

ROJAS GUERRERO, M: “Firma electrónica“. En, SÁIZ PEÑA, C. A., (coord.): *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Barcelona, 2015, págs. 434-457.

ROMEO CASABONA, C. M: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

RÖNNAU, T; SCHNEIDER, F: “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant“, *ZWH*, Vol. 2, 2010, págs. 53-61.

ROOT, V: “Coordinating Compliance Incentives“, *Cornell Law Review*, Vol. 102, nº 4, 2017, págs. 1.003-1.086.

– “The Compliance Process“, *Indiana Law Journal*, Vol. 94, 2019, págs. 203-251.

ROSEN, S; TESSER, A: “On Reluctance to Communicate Undesirable Information: The MUM Effect“, *Sociometry*, Vol. 33, nº 3, 1970, págs. 253-263.

ROSO CAÑADILLAS, R: *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002.

ROTSCH, T: *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

– “Wider die Garantienpflicht des Compliance-Beauftragten“. En SCHULZ, L; REINHART, M; SAHAN, O., (hrsg.): *FS für Immer Roxin*, C.F. Müller, Heidelberg, 2012, págs. 485-500.

– “Compliance und Strafrecht-Fragen, Bedeutung, Perspektiven“, *ZgS*, Vol. 125, nº 3, 2013, págs. 481-498.

– “Lederspray“ redivivus – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen. Zugleich ein Beitrag zu der vermeintlichen Notwendigkeit der Abgrenzung von Tun und Unterlassen und den Voraussetzungen der Mittäterschaft“, *ZIS*, Vol. 1, 2018, págs. 1-13.

ROXIN, C: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H. Beck, München, 2003.

– “§ 25 StGB”. En JÄHNKE, B; LAUFHÜTTE, H. W; ODERSKY, W., (dirs.): *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, De Gruyter Recht, Berlin, 11ª ed., 2003, págs. 10-102.

– *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal* (Traducción a cargo de CUELLO CONTRERAS, J; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.), Marcial Pons, Madrid, 9ª ed., 2016.

RUBEL, A: “Privacy and the USA Patriot Act: Rights, the Value of Rights and Autonomy”, *Law and Philosophy*, Vol. 26, nº 2, 2007, págs. 119-159.

RÜBENSTAHL, M: “Zur ”regelmäßigen” Garantenstellung des Compliance Officers”, *NZG*, Vol. 34, págs. 1.341-1.344.

RUBIO LARA, P. A: *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*, Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, 2003.

RUIZ ANTÓN, L. F: “El fundamento material de la pena en la participación”, *CPC*, nº 11, 1980, págs. 47-66.

SÁNCHEZ LÁZARO, F. G: *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P: “La aproximación del Derecho Penal contemporáneo, veinte años después: los fines del Derecho Penal”. En ROBLES PLANAS, R; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., (dirs.): *La crisis del Derecho Penal contemporáneo*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 19-38.

– “¿Incumbencias en Derecho Penal?.-Depende”, *InDret* 1/2015, págs. 1-26.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J: “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica trascendencia”, *ADPCP*, Vol. 51, 1998, págs. 319-363.

SANTO CARDOSO, R: “Responsabilidade penal do compliance officer por omissão imprópria nos crimes de lavagem de dinheiro”, *Revista de Direito Penal e Processo Penal e Constituição*, Vol. 2, nº 2, 2016, págs. 420-441.

SATZGER, H: “Beteiligung und Unterlassung”, *JA*, Vol. 37, nº 10, 2015, págs. 1.055-1.064.

SCAFIDI, A; ANNOVAZZI, S: “Il ruolo del collegio sindacale nell’ambito dei Modelli Organizzativi ex d.lgs. 231/2001 ed i suoi rapporti con l’Organismo di Vigilanza e Controllo (parte 1)”, *Rivista 231*, Vol. 2, 2007, págs. 109-121.

– “Il ruolo del collegio sindacale nell’ambito dei Modelli Organizzativi ex d.lgs. 231/2001 ed i suoi rapporti con l’Organismo di Vigilanza e Controllo (parte 2)”, *Rivista 231*, Vol. 3, 2007, págs. 103-119.

SCHAAL, A: *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2001.

SCHALL, H: “Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung”. En ROGALL, K; PUPPE, I; STEIN, U; WOLTER, J., (dirs.): *FS für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Wolter-Kluwer, München, 2004, págs. 267-283.

SCHILD, W: “§ 27 StGB”. En KINDHÄUSER, U; NEUMANN, U; PAEFFGEN, H.U., (dirs.): *Strafgesetzbuch. Vol. 1*, Nomos Kommentar, Baden-Baden, 5ª ed., 2017, págs. 1.269-1.279.

SCHLÖSSER, J: “Vertraglich vereinbarte Integritätsklauseln und strafrechtliche Haftung der Unternehmensleitung”, *Wistra*, nº 12, 2006, págs. 446-452.

SCHMIDT-HUSSON, F.G: “Delegation von Organpflichten”. En HAUSCHKA, C. E., (dir.): *Corporate Compliance*, C.H. Beck, München, 2ª ed., 2010, págs. 116-135.

SCHNEIDER, H; GOTTSCHALDT, P: “Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance Beauftragten in Unternehmen”, *ZIS*, Vol. 7, 2010, págs. 573-577.

SCHULZ, M; GALSTER, W: “Aufgaben im Unternehmen”. En BÜRKLE, K; HAUSCHKA, C. E., (dirs.): *Der Compliance Officer. Ein Handbuch in eigener Sache*, C.H. Beck, München, 2015, págs. 67-111.

SCHUMANN, H: *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1986.

SCHÜNEMANN, B: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns, Berlin, 1979.

– “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa” (Traducción a cargo de BRÜCKNER, D; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.), *ADPCP*, Vol. 41, nº 2, 1988, págs. 529-558.

– “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación” (Traducción a cargo de SPÍNOLA TÁRTALO, B; SACHER M.), *ADPCP*, Vol. 55, 2002, págs. 9-38.

– “Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas” (Traducción a cargo de BAZA, L.). En SCHÜNEMANN, B: *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.

– *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (Traducción de CUELLO CONTRERAS, J; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.), Marcial Pons, Barcelona, 2009 (1971).

– “§ 27 StGB”. En LAUFHÜTTE, H. W; RISSING-VAN SAAN, R; TIEDEMANN, T., (dirs.): *Strafgesetzbuch. Vol. 1. Leipziger Kommentar*, De Gruyter, Berlin, 12ª ed., 2017, págs. 2.027-2.063.

SCHROTT, T: *Unterlassungszurechnung bei drittvermittelten Rettungsgeschehen. Unter besonderer Berücksichtigung von Compliance-Systemen*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2014.

SCOTT, M. B; LYMAN, S. M: “Accounts”, *American Sociological Review*, Vol. 33, nº 1, 1968, págs. 46-62.

SEAL, M; SQUILLARI, E: “The Madoff Chronicles, Part II: What the Secretary Saw”, *Vanity Fair*, 2009, págs. 1-33. Enlace: <https://www.vanityfair.com/news/2009/06/bernie-madoff-secretary-reveals-secrets>

SEELMANN, K: “¿Deberes de garante fundamentados en el Derecho privado?” (Traducción a cargo de VALIENTE IVÁÑEZ, V.). En SEELMANN, K: *Estudios de filosofía del Derecho y del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 117-131.

– “Intereses de la víctima y responsabilidad por la acción en la dogmática de los deberes de garante” (Traducción a cargo de ESTRADA I CUADRAS, A.). En SEELMANN, K: *Estudios de filosofía del Derecho y del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 151-170.

SEMLER, J: *Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats*, Heymann, Köln, 1980.

SERING, C: *Beihilfe durch Unterlassen*, Lit, Münster, 2000.

SERRANO ZARAGOZA, O; GOLLONET TERUEL, L. A; PEREZ-PLAYA MORENO, C: *Compliance penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores*, Bosch, Barcelona, 2018.

SEZER, O; GINO, F; BAZERMAN, M. H: “Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior”, *Current Opinion in Psychology*, Vol. 6, 2015, págs. 77-81.

SHU, L. L; MAZAR, N; GINO, F; ARILEY, D; BAZERMAN, M. H: “Signing at the Beginning Makes Ethics Salient and Decreases Dishonest Self-Reports in Comparison to Signing

at the End”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Vol. 109, nº 38, 2012, págs. 15.197-15.200.

SILVA CARRILLO, K: “Una segunda llamada al derecho penal: el D. Leg. Nº 1352”, *Actualidad Penal*, nº 55, 2019, págs. 67-83.

SILVA SÁNCHEZ, J. M: “Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal español”, *ADPCP*, Tomo 35, Fasc. 3, 1982, págs. 663-691.

– “Aberratio ictus e imputación objetiva”, *ADPCP*, Tom. 37, Fasc. 2, 1984, págs. 347-386.

– “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, nº 38, 1989, págs. 367-404.

– “Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º del Código Penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”. En *Derecho de la Circulación (aspectos civiles y penales)*, Cursos del Centro de Estudios Judiciales, Vol. 11, Madrid, 1993, págs. 147-179.

– “Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia del médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo”, *Derecho y Salud*, Vol. 2, nº 1, 1994, págs. 39-58.

– “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, *CDJ*, nº 2, 1997, págs. 9-58.

– *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997.

– “Artículo 11”. En COBO DEL ROSAL, M., (dir.): *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, Edersa, Valencia, 1999, págs. 441-488.

– “Artículo 12”. En COBO DEL ROSAL, M., (dir.): *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, Edersa, Valencia, 1999, págs. 569-625.

– “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código Penal”, *Manuales de formación continuada*, nº 4, 1999, págs. 153-172.

– “La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos”, *Estudios de Derecho Judicial*, Vol. 73, 2005, págs. 167-203.

– *El delito de omisión. Concepto y sistema*, B de f, Buenos Aires-Montevideo, 2ª ed., 2010.

– “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración [a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo]”, *InDret* 2/2011, págs. 1-5.

– “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”. En KUHLEN, L; MONTIEL, J.P; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 79-105.

– *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, Edisofer, Madrid, 2ª ed., 2016.

– “La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración. Una observación desde la cultura del *compliance*”. En RAGUÉS I VALLÉS, R; ROBLES PLANAS, R., (dirs.): *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, Barcelona, 2018, págs. 43-57.

SILVA SÁNCHEZ, J. M; VARELA, L: “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”. En SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.): *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, págs. 265-286.

SIMON, H. A: “A Behavioral Model of Rational Choice”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, nº 1, 1955, págs. 99-118.

SINCLAIR, D: “Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dichotomies”, *LP*, Vol. 19, n° 4, 1997, págs. 529-559.

SMITH, L: “Fiduciary Relationships: Ensuring the Loyal Exercise of Judgement on Behalf of Another”, *Law Quarterly Review*, Vol. 130, 2014, págs. 608-634.

SNELL, R: “Independence is to Compliance as Law is to Legal and Audit is to Audit”, *JHCC*, Vol. 11, n° 3, 2009, págs. 3-4, 70 (sic.).

SOFOS, T: *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1999.

SOLA RECHE, E: *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Comares, Granada, 1999.

SON, H: “JP Morgan Algorithm Knows You’re a Rogue Employee Before You Do”, *Bloomberg*, 2015. Enlace: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-04-08/jpmorgan-algorithm-knows-you-re-a-rogue-employee-before-you-do>

SOWADA, C: “Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt”, *Jura*, n° 8, 1986, págs. 399-410.

STRATENWERTH, G: “Bemerkung zum Prinzip der Risikoerhöhung”. En LOCKNER, K., (ed.): *FS für Wilhelm Gallas zum. 70 Geburtstag am 22. Juli 1973*, De Gruyter, Berlin, 1973, págs. 227-239.

STREE, W: “Garantenstellung kraft Übernahme”. En GEERDS, F; NAUCKE, W., (dirs.): *Beiträge zur gesamte Strafrechtswissenschaft: FS für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1966, págs. 145-164.

STREUNSEE, E: “La estructura de los delitos de omisión imprudentes”, *RDPC*, n° 16, 2005, págs. 243-261.

STUCKE, M. E: “In Search of Effective Ethics and Compliance”, *Journal of Corporation Law*, Vol. 39, nº 4, 2014, págs. 769-832.

SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, J. C: “La responsabilidad penal médica por el hecho imprudente. El error de diagnóstico. Jurisprudencia aplicable”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2.056, 2008, págs. 581-625.

SYKES, G. M; MATZA, D: “Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency”, *American Sociological Review*, Vol. 22, nº 6, 1957, págs. 664-670.

TABUENA, J. Y; SMITH, J. L: “The Chief Compliance Officer versus the General Counsel: Friends or Foes?”, *JHCC*, Vol. 8, nº 4, 2006, págs. 23-28, 69 (sic.).

TALUKDAR, A. S: “The Voice of Reason: The Corporate Compliance Officer and the Regulated Corporate Environment”, *UC David Business Law Journal*, Vol. 6, 2005, págs. 45-77.

TARUFFO, M: “La verdad en el proceso”, *Derecho & Sociedad*, nº 40, 2013, págs. 239-248.

TAYLOR, H. L: *Cómo delegar con eficacia*, Deusto S.A. Ediciones, Bilbao, 1986.

THALER, R. H; SUNSTEIN, C. R: *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, Yale, 2008.

TIEDEMANN, K; “Untreue bei Interessenkonflikten. Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern”. En, JESCHECK, H. H; VOGLER, T (hrsg.); *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*: págs. 319-335. Walter de Gruyter, Berlin, 1989.

TORRES ROSELL, N: *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1991.

TUCH, A: “Multiple Gatekeepers”, *Virginia Law Review*, Vol. 96, 2010, págs. 1.583-1.672.

TVERSKY, A; KAHNEMAN, D: “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, Vol. 185, 1974, págs. 1.124-1.131.

TYLER, T. R: “Self-Regulatory Approaches to White-Collar Crime: The Importance of Legitimacy and Procedural Justice”. En SIMPSON, S. S; WEISBURD, D., (eds.): *The Criminology of White-Collar Crime*, Springer, New York, 2009, págs. 195-216.

– “Reducing Corporate Criminality: The Role of Values”, *American Criminal Law Review*, Vol. 51, nº 1, 2014, págs. 267-291.

TYLER, T. R; BLADER, S. L: “Can Businesses Effectively Regulate Employee Conduct? The Antecedents of Rule Following in Work Setting”, *The Academy of Management Journal*, Vol. 48, nº 6, 2005, págs. 1.143-1.158.

TYLER, T. R; DIENHART, J; THOMAS T: “The Ethical Commitment to Compliance: Building Values-Based Cultures”, *California Management Review*, Vol. 50, nº 2, 2008, págs. 31-51.

VACCHELLI, E: “En los límites del rol. Los conocimientos especiales del funcionario público”, *Indret* 4/2017, págs. 1-30.

VALIENTE IVAÑEZ, V: *Imputación extraordinaria. Elementos conceptuales y normativos para un modelo de responsabilidad jurídico-penal*, Tesis doctoral, 2018.

VALLE MUÑIZ, J. M: “Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa”, *ADPCP*, Vol. 39, nº 3, 1986, págs. 863-876.

VERVAELE, J.A.E: “Societas/universitas delinquere et puniri potest: 60 años de experiencia en Holanda”. En ONTIVEROS ALONSO, M., (coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 523-570.

VIVES ANTÓN, T. S: “Artículo 11”. En COBO DEL ROSAL, M., (dir): *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, Edersa, Valencia, 1999, págs. 489-531.

VOGEL, J: *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1993.

WARNEKE, N: “Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten”, *NZS*, 2010, págs. 312-316.

WEAVER, G. R: “Encouraging Ethics in Organizations: A Review of Some Key Research Findings”, *American Criminal Law Review*, Vol. 51, nº 1, 2014, págs. 293-316.

WEEZEL, A. V: “Autoría y responsabilidad por el producto: ¿participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva?”. En MONTEALEGRE, L. E., (coord.): *Derecho Penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin y sobre las estructuras modernas de imputación. Tomo II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, págs. 51-72.

WEIBER, B: *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1996.

– “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, *JR*, Vol. 5, 1998, págs. 230-239.

WELP, J: *Vorangeganges Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1968.

WELZEL, H: *Derecho Penal alemán* (Traducción a cargo de BUSTOS RAMÍREZ, J; YÁÑEZ PÉREZ, S.), 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993.

WILENMANN, J: *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

WILSON, J. Q; KELLING, G. L: “Broken Windows: the Police and Neighborhood Safety”, *Atlantic Monthly*, 1982, págs. 29-38.

WOLFF, E. A: *Kausalität von Tun und Unterlassung*, Winter, Heidelberg, 1965.

ZIEGLER, M: “§ 130 OWiG”. En BLUM, E; GASSNER, K; SEITH, S., (dirs.): *Ordnungswidrigkeitengesetz. Handkommentar*, Nomos Kommentar, Baden-Baden, 2016, págs. 812-816.

ZIMBARDO, P. G: *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, Random House, New York, 2008 (2007).