

# Democracia, sistemas de control y Derecho penal

## Aproximación al fenómeno del *soft law* y de la externalización de los deberes estatales de control a través de los *compliance programs* \*

Virgilio Rodríguez-Vázquez

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal (acred. Prof. Titular). Universidad de Vigo*

---

RODRÍGUEZ-VÁZQUEZ, VIRGILIO. Democracia, sistemas de control y Derecho penal. Aproximación al fenómeno del *soft law* y de la externalización de los deberes estatales de control a través de los *compliance programs*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-11, pp. 1-48.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-11.pdf>

RESUMEN: En una primera parte del trabajo se aborda la crisis del Estado de Derecho vinculándola a la pérdida del monopolio normativo a favor de entes privados, dando lugar al denominado *soft law*. En la segunda parte se expone el concepto de *soft law*, su origen, así como una posible clasificación de las normas que se pueden englobar bajo esta denominación. También hay un análisis crítico del valor jurídico de estas normas. En la tercera parte se pone en relación *soft law* y Derecho penal, y los problemas derivados. Por último, una cuarta parte se ocupa del caso concreto y de plena actualidad como es la creación de los programas de cumplimiento y su valor en la delimitación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como ejemplo concreto de la penetración del *soft law* en el Derecho penal.

PALABRAS CLAVE: *soft law*, democracia, Estado de Derecho, *compliance programs*, Derecho penal.

**TITLE: Democracy, control systems and criminal law. Approach to the phenomenon of soft law and externalization of state control duties through compliance programs**

ABSTRACT: First of all, the paper addresses the crisis of the State linking it to the loss of the regulatory monopoly in favor of private companies, giving rise to the so-called soft law. It follows an explanation of the concept of soft law, its origin, as well as a possible classification of the rules that can be included under this denomination, together with a critical analysis of the legal value of these rules. The third part refers to soft law and criminal law and the derived problems. Finally, the specific and fully current case such as the creation of compliance programs and their value in the delimitation of criminal liability of companies, as a concrete example of the penetration of soft law in criminal law, are examined.

KEYWORDS: soft law, democracy, State, compliance programs, criminal law.

Fecha de recepción: 15 enero 2020

Fecha de publicación: 18 agosto 2020

Contacto: [virxilio@uvigo.es](mailto:virxilio@uvigo.es)

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. La crisis del Estado de Derecho: la pérdida del monopolio normativo y la aparición del soft law. 3. Aproximación al concepto de soft law: origen, naturaleza, clases y valor jurídico. 4. La relación entre el soft law público-privado y el Derecho penal. 5. Los programas de cumplimiento vinculados a la responsabilidad penal de las personas jurídicas o de cómo el soft law irrumpe en el Derecho penal. 6. La naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento: una confusión que debilita el sistema penal. 7. Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal. 8. Conclusiones. Bibliografía.*

---

\* El presente trabajo se inscribe en el proyecto de investigación “Responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados (II)” (Referencia: DER2014-58546-R, Ministerio de Economía y Competitividad), del que es investigador principal el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares, así como también en el proyecto de investigación “Principios y garantías penales: sectores de riesgo” (Referencia: DER2016-76715-R, Ministerio de Ciencia e Innovación) del que es investigador principal el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León, y de cuyos equipos de trabajo formo parte. Quisiera agradecer a los editores y evaluadores de la RECPC sus observaciones y sugerencias que, sin lugar a dudas, han contribuido a mejorar este trabajo.

## 1. Introducción

En este trabajo trato de exponer cómo el Estado de Derecho ha entrado en crisis debido a la pérdida del monopolio en el proceso de creación normativa, llegando dicha pérdida incluso a su último bastión, el Derecho penal. Trato también de demostrar que esa crisis no lo es tanto por la superación del Estado a través de organizaciones políticas supraestatales o subestatales, sino por la irrupción de actores privados en ese proceso creativo. El *soft law* se identifica entre otras cosas, como veremos, con las normas que emanan de organismos privados que se autorregulan, que funcionan autónomamente y que, por tanto, no actúan por encargo o delegación de los poderes públicos. En sectores científicos altamente tecnificados, pero no sólo, estos organismos marcan las normas que, lejos de ser meros principios, es decir, simples orientaciones programáticas, acaban por constituirse en auténticos mandatos. El fenómeno del *soft law* supone un debilitamiento del principio de legalidad. Su desarrollo ha llegado al punto de entrar a regular en el ámbito jurídicopenal, definiendo el delito y las condiciones que afirman o excluyen la responsabilidad penal. En consecuencia, llegando a romper la última gran barrera de la soberanía estatal.

En el presente trabajo trato de explicar, en primer lugar, las razones de la crisis del Estado de Derecho, en un intento de hacer una relectura de dicha crisis, como señalaba antes. A continuación expongo el concepto de *soft law*, su origen, así como una posible clasificación de las normas que se pueden englobar bajo esta denominación. En esta segunda parte también me refiero de forma crítica al papel o valor jurídico que se le puede atribuir al *soft law*. En la tercera parte pongo en relación *soft law* y Derecho penal, explorando los casos en los que desde las normas duras de Derecho penal se ha echado mano del *soft law*, y los problemas que esto entraña desde el punto de vista de legitimación y de legalidad de la norma penal así integrada

o completada. Por último, en una cuarta parte, me refiero al caso concreto y de plena actualidad como es la creación de los programas de cumplimiento y su valor en la delimitación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como ejemplo concreto de la penetración del *soft law* en el Derecho penal. Termino el presente trabajo con unas conclusiones.

## 2. La crisis del Estado de Derecho: la pérdida del monopolio normativo y la aparición del *soft law*

El Estado de Derecho como forma de organización política de la sociedad que surge a finales del siglo XVIII se construye sobre una piedra angular, el principio de legalidad: todos estamos sometidos a la ley, que además es, en todo caso, manifestación de la voluntad popular, pues el pueblo es en quien reside la soberanía<sup>1</sup>. El respeto al principio de legalidad exige clarificar cuál es el sistema de fuentes y, por lo tanto, poner una especial atención al proceso formal de creación de las normas. Así, la ley sólo puede emanar del poder legislativo, integrado por los representantes de los ciudadanos en forma de parlamentos. Se materializa de este modo la idea de democracia. Como sabemos, en el Estado de Derecho la posibilidad de crear normas jurídicas vinculantes se desplaza, parcialmente, al poder ejecutivo. Pero en todo caso no deja de ser una delegación de la capacidad normativa por parte del poder legislativo. Las normas generadas por el poder legislativo y por el poder ejecutivo son, en definitiva, manifestación de la voluntad popular<sup>2</sup>. Pero, además, el proceso de creación normativa está sujeto a un estricto control formal que tiene como finalidad asegurarse precisamente que así sea, es decir, que el producto de la creación normativa sea manifestación de la voluntad popular. Las normas jurídicas necesariamente han de tener como referente no los intereses particulares, sino el interés general, el de la totalidad de la ciudadanía, el de la población en su conjunto, pues éste es el sujeto político al que los miembros del poder legislativo y del poder ejecutivo representan, al que se deben y por el que existen.

El Estado de Derecho ha experimentado mutaciones desde su origen hasta la actualidad, pero en cualquiera de sus diferentes etapas ha mantenido el respecto al principio de legalidad, dejando claro cómo es el proceso de creación de las normas jurídicas, quién puede crearlas, y cuál es el interés que debe guiar su creación. El proceso

<sup>1</sup> Véase, MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), págs. 239-263, pág. 240. Sobre el significado y evolución de la expresión “imperio de la ley”, véase MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Imperio de la ley”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, N.º 5, septiembre 2013-febrero 2014, págs. 177-185, pág. 180.

<sup>2</sup> Sobre esta concepción, propia de los ordenamientos jurídicos europeos, diferenciada de los países de tradición de *common law*, especialmente de EE.UU, véase MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Imperio...”, op. cit., pág. 181. Sobre la acción de legislar, MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 47 (2013), págs. 43-83, pág. 44.

de creación normativa propio del Estado de Derecho, respetuoso con el principio de legalidad, es necesariamente lento y en ocasiones pesado, precisamente porque trata (al menos teóricamente) de responder al interés general. Velar por el interés general exige un proceso reflexionado en el que se requiere debate y argumentación. Además, a través de ese proceso de creación normativa también se busca asegurar un equilibrio entre las distintas fuerzas, visiones, posiciones existentes en la sociedad, de manera que la norma de confluencia (a veces de consenso), llegue a ser lo más respetuosa posible con el interés general.

Esta forma de entender y construir el Estado se vincula tradicionalmente al Estado-nación que nace en Europa, aunque también se encuentra ligado a los movimientos de descolonización en todo el continente americano durante los siglos XVIII y XIX. Se ha dicho que la crisis del Estado-nación tal y como lo conocemos hasta ahora, debido a movimientos supraestatales y subestatales<sup>3</sup>, supone o puede suponer la crisis de este modelo de organización política, del propio Estado de Derecho. Creo, sin embargo, que esto no es así. Lo que ha entrado en crisis, en mi opinión, es el referente del Estado de Derecho surgido a finales del s. XVIII, es decir, los propios Estados-nación construidos sobre un concreto territorio, con unos concretos ciudadanos y en un contexto histórico determinado. Pero ello no implica que entre en crisis el modelo de democracia consagrado en el llamado Estado de Derecho. Al menos no creo que sean dos fenómenos que se deban vincular y que la caída de uno implique necesariamente la caída del otro. Pueden buscarse nuevos referentes, nuevas realidades territoriales, poblacionales, nuevos Estados, en los que el modelo de organización política sea, o se pretende que sea, el Estado de Derecho, con todas sus características, entre las que destaca, como he dicho, el principio de legalidad, traducido en control de la creación de normas jurídicas por el propio Estado (poder legislativo y ejecutivo), con un fuerte aseguramiento de dicho proceso, orientado en todo caso por el interés general<sup>4</sup>. En definitiva, con fuerte sentido de lo público, lo que finalmente redundará en mayor seguridad jurídica, en transparencia, en respecto a la dignidad de las personas, más peso de lo social, etc.

Por tanto, es cierto que hoy, los Estados-nación, cuando cumplen dos siglos y pocos años más de existencia, están en crisis debido a la aparición de estructuras subestatales y supraestatales<sup>5</sup>. Por una parte, organizaciones políticas subestatales como

<sup>3</sup> Véase, VARELA, Lorena, “Apuntes sobre la proceduralización en el Derecho penal”, RECPC 21-02 (2019), págs. 1-31, pág. 10; MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Consideraciones sobre la incidencia de la crisis económica global en el Estado constitucional”, Estudios de Deusto, Vol. 60/2, julio-diciembre 2012, págs. 339-352, pág. 343; MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Desregulación...”, op. cit., pág. 241.

<sup>4</sup> Véase HABERMAS, Jürgen, “La constitución de Europa”, Trotta, Madrid, 2012, *passim*.; FERRAJOLI, Luigi, “Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia”, Trotta, Madrid, 2011, *passim*.

<sup>5</sup> En este sentido, VARELA, Lorena, “Apuntes...”, op. cit., pág. 10, señala entre las principales características de lo que da en llamar “Estado socio-neoliberal” se encuentra la “desestatalidad de las fuentes del Derecho como fenómeno de descentralización normativa: la crisis de la estatalidad de las fuentes del Derecho se manifiesta en dos direcciones. A nivel supraestatal e infraestatal. A nivel supraestatal se presenta una intensa integración de sistemas jurídicos entre sí, por encima del ámbito soberano de cada Estado participante, a la vez que se presenta el complejo

en el caso del Estado español, o más claramente quizá en el del Reino Unido, en el que las diferentes realidades territoriales, culturales, por qué no, nacionales, han exigido que se las reconozca política, jurídica y administrativamente, en formas, por ejemplo, como mínimo, de autonomías. Y, por otra, estructuras supraestatales, cuyo ejemplo paradigmático es el de la UE, en la que se produce una cesión de soberanía de aquellos Estados-nación decimonónicos a favor de superestructuras. Pero eso no significa que estas nuevas estructuras, en muchos casos nuevos Estados-nación en fase embrionaria, dejen de operar o pretendan operar al margen de los elementos configuradores del Estado de Derecho. Insisto, principio de legalidad, creación de normas jurídicas por parte de los representantes directos, elegidos por los ciudadanos, en un marco reglado y controlado, para en todo caso responder o actuar en aras al interés general, común, público, y todo cuanto ello significa.

La verdadera crisis del Estado de Derecho tiene que ver, en mi opinión, con el abandono precisamente de su esencia, el abandono del monopolio normativo, del control en la creación de las normas. La génesis de esta crisis se ha identificado con los retos propios del mundo actual, el cambio vertiginoso de la realidad ante los avances científicos y tecnológicos, la rapidez de las comunicaciones, la movilidad de personas y bienes, un crecimiento económico e industrial de dimensiones desconocidas hasta ahora, que trae consigo una preocupación cada vez mayor por la preservación por el medio ambiente y la búsqueda de equilibrios, de sostenibilidad, etc.<sup>6</sup>

fenómeno de la Gobernanza u Orden Global. Y, a nivel infraestatal, por la presencia cada vez más notoria del Derecho producido por entes autonómicos o regionales del mismo Estado”; MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Consideraciones...”, op. cit., pág. 343; MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Desregulación...”, op. cit., pág. 240.

<sup>6</sup> Véase, VARELA, Lorena, “Apuntes sobre la proceduralización en el Derecho penal”, RECPC 21-02 (2019), págs. 1-31, págs. 5 s.; GONZÁLEZ CUSSAC, José L., “El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), Compliance y prevención de delitos de corrupción, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 91-112, págs. 96 ss., señala que “este fenómeno consiste en una suerte de *multisoberanía*, podemos denominarlo globalización del Derecho penal y ha de inscribirse en el fenómeno general de la globalización. Sin embargo, la fuente de estas modificaciones legales no siempre la encontramos en tratados o convenios celebrados entre Estados soberanos o en el seno de organismos internacionales públicos. Porque en bastantes ocasiones ‘la obligación’ se origina en acuerdos adoptados en el seno de organizaciones internacionales privadas. Entre ellos, destaca la extraordinaria capacidad para imponer reformas penales de organismos privados tales como los llamados ‘acuerdos de Basilea’, así como de la Organización Mundial del Comercio (OMC, en inglés WTO). Esta última, integra a más de 158 países y a 26 en calidad de observadores. Su objetivo es la regulación multilateral del comercio internacional, y en la actualidad administra alrededor de 60 acuerdos. Las disposiciones originales, denominadas ‘GATT 1947’, fueron ampliadas desde la célebre ‘Ronda de Uruguay’, conocidas como ‘GATT 1994’, es decir, ‘Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio’. A éstas hay que sumar otras no menos poderosas, como los organismos de ‘Bretton Woods’, que incluye al FMI y al Banco Mundial. El rastro de numerosas reformas penales en materia socioeconómica conduce su origen a todo este complejo entramado de actores no públicos de la escena internacional. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, junto a los delitos de corrupción y blanqueo de dinero, constituyen los últimos ejemplos globales de las sugestivas recomendaciones de estos discretos organismos”. También, “MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 47 (2013), págs. 43-83, págs. 46 s., “cada vez hay –creo– una mayor consciencia de que la incertidumbre [scil. del Derecho] se vincula al progresivo debilitamiento de las instituciones públicas y al surgimiento de fórmulas desinstitucionalizadas de ejercicio del poder. (...) la presunción iuria novit curia hace aguas en un ordenamiento caracterizado por la pluralidad de fuentes procedentes de instituciones supra e infraestatales, y la insuficiencia de los criterios de la ciencia jurídica tradicional (jerarquía, competencia) para

Pues bien, frente a este estado de cosas, se ha dicho que el procedimiento legislativo propio del Estado de Derecho, en definitiva, el sistema de creación de normas jurídicas que conocemos, no puede dar una respuesta satisfactoria porque se trata de un proceso, como ya señalé, lento, parsimonioso, reflexivo y pesado. En un mundo en que no se puede esperar y en el que las respuestas, también las jurídicas, se necesitan de forma inmediata, el sistema de fuentes propio del Estado de Derecho, se dice, no sirve<sup>7</sup>. En este sentido se ha señalado que “el legislador no se adapta ni reacciona adecuadamente y oportunamente a los cambios y avances tecnológicos de esta época, debido a los propios procedimientos legislativos que obligan a superar varios pasos antes de la adopción de las leyes (reglas de mayorías, número de debates, orden de proyectos legislativos, etc.). Por tanto, el contexto supera la iniciativa legislativa y las leyes existentes. A lo advertido se añade la falta de experiencia de los representantes del pueblo en cuanto a las problemáticas y especialidades de las ciencias que imperan en la modernidad, cuya complejidad y alto grado de especialización termina por marginar a las instancias políticas de esta clase de debates”<sup>8</sup>. En la misma línea, “la más importante aportación del liberalismo revolucionario al Derecho público, la sumisión del poder público a la Ley y la vinculación positiva a ésta de todas las estructuras públicas, es, en sí misma, un mandato que petrifica la evolución de lo público. La vinculación de la Administración a la Ley, aunque supone una garantía frente al ciudadano para evitar la actuación arbitraria de aquélla, es asimismo un corsé que condiciona la capacidad de reacción del poder público. Lo que nace como una salvaguarda frente a la tiranía, se convierte al mismo tiempo en una trampa mortal para la efectividad del Estado”<sup>9</sup>.

determinar las relaciones entre ellas. El Estado constitucional (...) posee un significado que pone en riesgo la democracia en tanto que expresión de la voluntad del pueblo. (...) La inseguridad jurídica revela el creciente repliegue del Estado frente a otros poderes fundamentalmente económico-financieros. (...) Piénsese en la importancia creciente de entes no propiamente vinculados a los Estados, ni a regiones de Estados, que dan origen a una ‘normatividad’, si es que así puede llamarsele, porque es una cuestión de hecho que ‘vinculan’, a pesar de no guardar ni la más remota conexión con la autoridad legítima o democrática. A falta de mejor término, se ha acuñado el de soft law o Derecho blando para hacer referencia a esas nuevas formas desinstitucionalizadas de producir normas. Entrarían en esta categoría las afirmaciones y recomendaciones de instituciones como el FMI o el BM, la nueva *lex mecatória*, o la normatividad que de hecho alcanza a situaciones y relaciones jurídicas que se forjan en ámbitos desregulados”; MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Desregulación...”, op. cit., págs. 240 s.

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión, VARELA, Lorena, “Apuntes...”, op. cit., págs. 6, 25, “el eje central de la gestión de los riesgos pasa en este modelo de sociedad a desempeñarse por las corporaciones del sector privado, técnica y cognitivamente más cualificadas para la gestión del riesgo que el propio Estado (además de más solventes económicamente y con capacidad de inversión). Como entes sociales autónomos las empresas se convirtieron en instituciones intermedias (intermediary institutions) entre el Estado y la sociedad, operando como estabilizadores y orientadores de conducta, relaciones y niveles de juego (economía, política, etc.)”.

<sup>8</sup> MARTÍNEZ JURADO, Darío, “El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia”, Revista digital de Derecho administrativo, n.º 20, segundo semestre/2018, pp.289-343, p. 297. En este mismo sentido, véase AGUILERA GORDILLO, Rafael, “Compliance Penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el Compliance Program” (Tesis doctoral), Córdoba, 2018, pág. 331.

<sup>9</sup> SARMIENTO, Daniel, “La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law”, Cuadernos de Derecho público, N.º 28, 2006, págs. 221-266, pág. 3.

Se produce así una tensión entre el principio de legalidad en su sentido clásico, propio del Estado de Derecho, como manifestación absoluta de la democracia, impregnado de lentitud, rigidez y tradicionalidad, y la necesidad de dar respuestas rápidas, céleres y precisas ante un mundo en constante cambio, en donde el crecimiento económico en un contexto de economía de libre mercado marca los tiempos inexorablemente. Esa tensión se tiende a resolver utilizando distintas vías. Por una parte, dentro del propio Estado, con una cesión interna ante el empuje de las necesidades del mundo actual, relajando el principio de legalidad y permitiendo la proliferación de instrumentos jurídicos ajenos al sistema tradicional de fuentes normativas. Así, en el seno del poder ejecutivo, de la Administración Pública, se multiplican instrumentos como planes, circulares, instrucciones, programas, códigos de conducta, etc. Pero también se produce una cesión externa, a favor de organismos o entidades más o menos vinculados al propio Estado, por ejemplo, las denominadas “agencias”, o incluso, en un punto extremo, directamente delegando la capacidad normativa en organismos, entidades, organizaciones ajenos a la esfera de lo público, no integrados en la organización del Estado, desvinculados completamente de éste, por tanto, organismos privados que pueden actuar bajo el paraguas del Estado pero que no necesariamente va a ser siempre así<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Véase VARELA, Lorena, “Apuntes...”, op. cit., págs. 10 s, indica que “entre los cambios más evidentes (...) el descentramiento del poder público en delegaciones hacia el sector privado, produciéndose una hibridización entre las esferas públicas y privadas (hybridisation between public and private spheres) y un giro notable hacia la gobernanza privada (turn to governance) a través de la figura de la autorregulación regulada”, y a continuación, “tanto en la dirección supraestatal como en la infraestatal se presenta la técnica normativa más características de la sociedad global: la *lex mercatoria* (o *leges oeconomicae*) y la *corporate governance-standards* de las empresas multinacionales del sector privado, que son las propulsoras directas de la desregulación económica del sistema capitalista”. También, AGUILERA GORDILLO, Rafael, “Compliance Penal...”, op. cit., págs. 332 ss. En este sentido señala que “el debilitamiento democrático por la pérdida de peso de instituciones que tienen una evidente legitimación en la representatividad de la ciudadanía y todo el elenco de efectos asociados a un fenómeno, la autorregulación regulada, donde (...) la intervención por parte del poder público queda postergada para dar mayor protagonismo a entes privados o semi-públicos en materia de regulación y supervisión implica la aparición de unos riesgos a los que el Derecho penal no parece inmune. (...) por el debilitamiento y escasez de recursos de las instituciones públicas (auspiciado por el pensamiento liberal), se ha conformado un caldo de cultivo excelente para potenciar el desplazamiento hacia entes privados de las tareas en materia de regulación y control de numerosas actividades empresariales. (...) el poder público permite que regulaciones que provienen de fuentes privadas penetren de manera decidida en el marco normativo. La lógica radica en que los agentes privados reguladores, por su mayor cercanía, recursos y conocimiento de las actividades y sectores concretos, elaboran normas mejor adaptadas a la propia idiosincrasia empresarial y supervisan sus actividades de manera más efectiva”; MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), Nº 8, 2004, págs. 1-40, pág. 14, “los instrumentos adoptados por los actores no estatales bien tratan de incidir en las conductas de los sujetos de Derecho internacional y en los procesos de elaboración de normas y obligaciones internacionales, bien persiguen regular sus conductas ¿internacionales?, destacadamente en el caso de las empresas multinacionales y ONG. En relación con la primera cuestión se viene destacando la acción de los actores no estatales en los procesos de negociación de tratados multilaterales, y nos vamos habituando a cumbres paralelas. Los actores no estatales se interesan igualmente por la aplicación del Derecho. (...) Por lo que hace al fenómeno autonormativo, los actores no estatales frecuentemente regulan sus comportamientos a través de ‘códigos de conducta’”. NIETO MARTÍN, Adán, “Introducción”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis (dir.)/NIETO MARTÍN, Adán (dir.), “El Derecho penal económico en la era *compliance*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 11-27, págs. 13 s., señala que “si en Europa el siglo XX fue el siglo del Estado interventor y protector, desde los años 80 del pasado siglo asistimos a lo que *John Braithwaite* ha denominado como *regulatory capitalism*. El Estado actual no supone un revival del XIX. Cada vez presta menos

A todas las normas surgidas y elaboradas desde estos nuevos focos de creación normativa se las reconoce generalmente con el término de *soft law*.

### 3. Aproximación al concepto de *soft law*: origen, naturaleza, clases y valor jurídico

Muy brevemente hay que apuntar aquí que esta expresión, siempre controvertida, nace para denominar resoluciones no obligatorias de organizaciones internacionales. En sus orígenes la expresión *soft law* se refería exclusivamente a resoluciones que promovían la práctica estatal en una determinada dirección y que emanaban de organizaciones supraestatales<sup>11</sup>. Así, “el contenido normativo de estas resoluciones no gozaba aún de valor obligatorio, si bien contenía el sustrato ético del Derecho internacional que aún no estaba sancionado por la práctica. Se trataba por lo demás de un contenido formulado a través de principios y objetivos y no de reglas detalladas y precisas”<sup>12</sup>. Por tanto, esta denominación y el debate dogmático sobre el valor del *soft law* se plantea acerca de las resoluciones no obligatorias de organizaciones internacionales, principalmente de la Asamblea General de la ONU. A partir de ahí, el caso más paradigmático en el que despunta el *soft law* es el de la UE, que en sus Tratados constitutivos contempla expresamente esta clase de instrumentos<sup>13</sup>. Hoy en día, sin embargo, la expresión *soft law* no se limita al ámbito del Derecho internacional. Podemos decir que bajo esta expresión “se engloban los actos o instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio, pero incardinados, de una u otra forma, en el sistema de fuentes. El Derecho público ha sido testigo en los últimos años de una afluencia muy notable de *soft law*. Con unos efectos jurídicos que no resultan del todo claros. Instrucciones, Planes, Circulares, Normas Técnicas, Cartas de Servicios, Códigos de Buen Gobierno, Acuerdos, Convenios, y un largo etcétera de instrumentos sin regulación propia que causan importantes dificultades al intérprete del Derecho”<sup>14</sup>.

servicios –quizás por esto pueda ser tildado de (neo)liberal-, pero ha incrementado notablemente el número de normas y de agencias administrativas. Definitivamente, no cree en la mano invisible. Su problema es que esta pretensión por regular colisiona con su aspiración coetánea a privatizar y reducirse. ¿Cómo garantizar eficazmente el *enforcement* de sus innumerables reglamentos y disposiciones? ¿Cómo garantizar además la efectividad de estas normas cuando los sujetos, las empresas, a las que van dirigidas, son sujetos globales, que actúan en varios territorios y que puedan cambiar un Estado por otro? ¿Cómo garantizar además su eficacia cuando los ciudadanos –corporativos- superan en poder al propio estado? Las respuestas son varias: el *soft law* de origen público y privado; la armonización del derecho de los negocios procedentes de organizaciones internacionales y, lo que aquí interesa, la *compliance*, que supone uno de los elementos esenciales del *regulatory capitalism*”.

<sup>11</sup> Sobre el origen de esta expresión, véase MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, “Soft Law...”, op. cit., págs. 1 ss.; véase también, MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Consideraciones...”, op. cit., pág. 343.

<sup>12</sup> MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, “Soft Law...”, op. cit., pág. 3.

<sup>13</sup> Más ampliamente, ALONSO GARCÍA, Ricardo, “El soft law comunitario”, Revista de Administración Pública, N.º 154, 2001, págs. 63-94, pág. 64.

<sup>14</sup> SARMIENTO, Daniel, “La autoridad...”, op. cit., pág. 3. Véase también, MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Códigos deontológicos profesionales y códigos éticos para el ejercicio de cargos públicos”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N.º 53 (2019), págs. 263-290, *passim*.



El *soft law* se caracteriza, respondiendo al propio término, por no estar sujeto a procedimientos claramente definidos de creación, por no estar contemplado taxativamente en el sistema (constitucional) de fuentes, y en muchos casos, por tanto, por producirse de manera informal o cuasi-informal, de manera que “lo que prima en el panorama del *soft law* son los actos e instrumentos atípicos, sin norma alguna que los informe sobre los procedimientos y la finalidad de los mismos”<sup>15</sup>.

Una clasificación interesante, al menos en el marco Estatal, es la que distingue entre el *soft law* público *ad intra*, el *soft law* público *ad extra* y el *soft law* público-privado<sup>16</sup>.

El *soft law* público *ad intra* se caracteriza por su naturaleza pública y porque su objeto es regular la organización interna de la Administración o la relación entre Administraciones. En España, por ejemplo, las circulares, las instrucciones y las órdenes de servicio son las formas más desarrolladas de *soft law ad intra* previstas en el Derecho público. Tradicionalmente han servido para establecer normas internas de organización y conducta, dirigidas a los servicios públicos que integran las estructuras administrativas. A estos instrumentos habría que añadir los planes, programas y directrices.

El *soft law ad extra* tiene también naturaleza pública, pero su finalidad es regular las relaciones de la Administración con terceros particulares, con la ciudadanía, “principalmente en aquellos sectores que reclaman un nivel laxo de intervención. Esta es una práctica propia de la intervención pública sobre la economía, y será en este ámbito donde encontremos el mayor número de instrumentos *soft* con vocación reguladora, donde destacan (...) los llamados ‘códigos de conducta’ o ‘códigos de buen gobierno’, así como las ‘recomendaciones’ de las agencias independientes”<sup>17</sup>. En este sentido hay que decir que “es bien sabido que los sectores económicos privados son reacios a la imposición de normas desde el exterior, incluso desde la esfera pública. El exceso de normas puede suponer un obstáculo para el funcionamiento libre y natural de los mercados, pero también supone una garantía frente a las distorsiones o las anomalías del mismo. Como término medio a la dicotomía entre regulación o la autorregulación, las Administraciones han optado en varias ocasiones por crear instrumentos de efectos indeterminados, con una clara vocación reguladora pero sin un reconocimiento formal en cuanto a su fuerza normativa. Surgen así, en sectores como los mercados de valores, los llamados Códigos de Buen Gobierno”<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> SARMIENTO, Daniel, “La autoridad...”, op. cit., pág. 3. Véase, ALONSO GARCÍA, Ricardo, “El soft law...”, op. cit., pág. 64.

<sup>16</sup> Véase, SARMIENTO, Daniel, “La autoridad...”, op. cit., pág. 5; la misma clasificación pero tomando como referencia la UE, puede verse en ALONSO GARCÍA, Ricardo, “El soft law...”, op. cit., págs. 64 ss.; NIETO MARTÍN, Adán, “Introducción”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis (dir.)/NIETO MARTÍN, Adán (dir.), “El Derecho penal económico en la era *compliance*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 11-27, pág. 13.

<sup>17</sup> SARMIENTO, Daniel, “La autoridad...”, op. cit., pág. 240.

<sup>18</sup> SARMIENTO, Daniel, “La autoridad...”, op. cit., pág. 240.

Por su parte, el *soft law* público-privado tiene una mezcla de naturaleza pública pero también contractual, y puede a su vez emanar sólo de un poder público, al menos dependiente de una Administración pública, o de un organismo privado. Esta “clase de *soft law* se diferencia de los restantes por contar con un elemento cercano a la delegación. Mientras que en los supuestos de *soft law* público *ad intra* y *ad extra* nos mostraban a normas públicas, adoptadas por el poder público en el ejercicio de potestades públicas, el *soft law* público-privado es una expresión normativa depositada en manos de entes privados. En este caso, una persona física o jurídica privada ejerce una potestad normativa por delegación, pero con la importante característica de que los efectos jurídicos de las normas aprobadas sólo surten efectos entre un grupo reducido de personas. Así, el poder público se desprende de una competencia reguladora, dando paso a que sea el sector privado el responsable de adoptar tales normas y, en último término, aplicarlas. En ocasiones estas normas son adoptadas por organismos representativos de los intereses del sector afectado, pero en otros nos encontraremos ante una delegación absoluta, depositando la potestad normativa en el propio receptor de las normas. (...) el papel de la Administración en este proceso queda relegado al de un mero delegante”<sup>19</sup>. En este sentido, “la más clara manifestación de esta forma de *soft law* la hallamos en las normas técnicas, propias del ordenamiento público industrial (...). Se trata de una norma sin efectos obligatorios, pero que curiosamente se va a caracterizar por aglutinar un consenso técnico entre todos los operadores de un determinado sector industrial. (...) esta forma de regulación se caracteriza por proceder de una entidad privada pero habilitada para llevar a cabo el proceso de acumulación de conocimiento técnico, de cuyo resultado se adoptará un marco común encaminado a la fabricación y ulterior comercialización de un bien o servicio. En España ese organismo es AENOR, pero igualmente encontramos organismos equivalentes a nivel europeo (CEN, CENELEC, ETSI) e internacional (ISO y CEI). Todos ellos caracterizados por recibir, mediante un mandato expreso del legislador, la facultad de llevar a cabo el proceso de normalización que finaliza con la aprobación de normas técnicas”<sup>20</sup>.

En relación con esta última clase de *soft law*, llamado público-privado, hay que señalar que la creación de estas normas puede llevarse a cabo de modo distinto. En lugar de que los poderes públicos deleguen en organismos privados la creación normativa, por tanto, actuando estos organismos privados bajo el paraguas del Estado, los poderes públicos pueden directamente reenviar a los operadores jurídicos hacia normativa sectorial privada, a través de normas de *hard law*, es decir, de normas jurídicas integradas plenamente en el sistema de fuentes reconocido

<sup>19</sup> SARMIENTO, Daniel, “La autoridad...”, op. cit., pág. 244.

<sup>20</sup> SARMIENTO, Daniel, “La autoridad...”, op. cit., pág. 245. Una aproximación al CEN, CENELEC y al ETSI en ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, “El lugar de las normas técnicas y de las normas técnicas armonizadas en el ordenamiento jurídico europeo”, en JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier (dir.), Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 99-115, págs. 110 ss.

constitucionalmente. En estos casos, la ley o el reglamento se remiten a una normativa privada, científico-técnica, o de otra índole, que ha sido creada desde el propio sector de actividad, por particulares, sin la previa delegación expresa por parte del Estado. Podemos decir que cuando es así, “la Administración o el Legislador renuncian a regular un ámbito para el que está habilitado”<sup>21</sup>.

Sobre el valor del *soft law* y el papel que debe jugar, también se ha discutido ampliamente. Partiendo de ALEXY, puede decirse que el ordenamiento jurídico se encuentra compuesto por un conjunto de normas que se dividen a su vez en reglas y principios. Las reglas son mandatos taxativos, de contenidos determinados en su antecedente y su consecuente. Los principios son mandatos de optimización, de contenido determinado en su antecedente pero indeterminado en su consecuente<sup>22</sup>. Atendiendo a esta distinción se puede decir que el *soft law*, por todo lo visto, se acerca más a este segundo género, se trata de un mandato de optimización, que no tiene un valor vinculante, sino orientativo. Así, “el *soft law* se caracteriza por contar con unos presupuestos concretos y unos consecuentes abiertos e indeterminados, que reclaman la maximización de los objetivos que pretende cumplir. Dicho en otras palabras, el *soft law* tiene una causa y objeto concretos, pero su finalidad es genérica, en la medida en que su desafectación del sistema oficial de fuentes le impide contar con plenos efectos jurídicos. Por tanto, el *soft law* es ontológicamente un mandato de optimización, una proposición prescriptiva que pretende ser cumplida, pero sólo en grado”<sup>23</sup>.

No obstante, se debe advertir que esta es una caracterización general, pues puede haber normas de *soft law* que tengan una estructura y un contenido propios de las reglas. En todo caso, el *soft law*, sea cual sea la forma que adopte, en mi opinión sólo puede tener un papel auxiliar e interpretativo de las normas jurídicas. Por tanto, las normas de *soft law* no pueden integrar por sí mismas, desde el punto de vista material, una norma jurídica de conducta. Sobre esta idea volveré más tarde, a propósito del papel del *soft law* en relación con el Derecho penal, insistiendo con más vehemencia si cabe en que en ningún caso las normas de Derecho blando, y menos aun las que emanan de agencias (aunque sean éstas estatales) o de organismos privados, pueden integrar o completar por sí solas la norma jurídicopenal y por tanto la definición del delito, pero tampoco la atipicidad o, más ampliamente, la exclusión de la responsabilidad penal.

Por otra parte, y antes de acabar este apartado, me gustaría señalar que no todo aquello que hemos denominado *soft law* tiene igual valor. En mi opinión, los procesos de creación de normas derivados de la crisis del Estado de Derecho, por ende, del propio principio de legalidad, a lo que antes me referí, no son equivalentes y, por

<sup>21</sup> SARMIENTO, Daniel, “La autoridad...”, op. cit., pág. 245.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, *passim*.

<sup>23</sup> SARMIENTO, Daniel, “La autoridad...”, op. cit., pág. 260.

tanto, tampoco las normas fruto de estos procesos presentan un valor idéntico. Tanto lo que se da en llamar *soft law* público *ad intra*, como *soft law* público *ad extra* y *soft law* público-privado, son resultado de procesos normativos absolutamente criticables, por abandonar, como dije anteriormente, el principio de legalidad y con ello las garantías que le son inherentes. A pesar de ser esto así, las críticas no son equiparables. Y no lo son porque las normas de *soft law* creadas en el marco de lo público, por sujetos que o bien han sido elegidos democráticamente o bien actúan bajo el mandato de quienes han sido elegidos democráticamente y, en todo caso, por su condición de funcionarios, están sujetos a un régimen especial, regidos por un Estatuto Público que contiene determinadas obligaciones y que estipula principios y deberes que deben guiar sus actuaciones, como son el interés general y el bien común, entre otros. A modo de ejemplo, el Estatuto Básico del Empleo Público español (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), dedica el CAPÍTULO VI a los “Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta” y dispone en su art. 52: “Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes”; señalando a continuación en el art. 53: “(...) 2. Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio”. Con todos sus defectos, con todas las posibilidades de corrupción del aparato estatal, ese es el punto de partida y el contexto en el que se crean las normas por parte de los poderes públicos, también el *soft law*. Por tanto, considero que el grado de vinculación y de validez otorgado a esta clase de normas debe ser mayor que el reconocido a las normas de *soft law* privadas o público-privadas. Y esto es así porque por muy bien intencionadas que sean las personas que integran los organismos o entidades privadas que crean estas últimas en sus ámbitos o sectores de actividad, la presunción es que sus actuaciones son regidas por principios muy distintos a los que informan la actuación del Estado o de la función pública. No se rigen por el interés público o general, y no puede adoptarse esa presunción porque precisamente por ser “parte”, lo que guiará sus actuaciones será un interés de parte, un interés privado, traducido en muchos casos en el “ánimo de lucro”.

#### 4. La relación entre el *soft law* público-privado y el Derecho penal

El Derecho penal es, por todos sabido, el sector del ordenamiento más severo, pues supone ni más ni menos que el ejercicio “refinado” del monopolio de la fuerza física por parte del Estado. Es el Estado el que, para cumplir con los fines últimos de aseguramiento de una convivencia pacífica, va a tratar de conducir la conducta de los ciudadanos a través de la intimidación que supone la pena. Precisamente por ser el último medio del que dispone el Estado, su utilización debe hacerse con precisión quirúrgica, de modo que el presupuesto para la atribución de una pena, el delito, tiene que ser definido de forma clara, taxativa y por escrito. Estas garantías nuevamente evocan aquí el principio de legalidad propio del Estado de Derecho. Es en este principio en el que encuentra anclaje el proceso de creación de las normas jurídicas, en general, y de las propias normas penales, en particular.

Respondiendo a este principio de legalidad y a las garantías que le son inherentes, la definición del delito y, más en concreto, de lo que técnicamente denominamos “tipo” penal, debería ser realizada íntegramente por el legislador y ser plasmada en una ley penal. Dicho de otro modo, la descripción de la conducta delictiva tiene que ser contenida en su totalidad y en su completitud en la norma jurídicopenal dictada por el legislador.

Sin embargo, históricamente la dogmática penal ha llegado a identificar dentro de los Códigos Penales, normas jurídicopenales que necesitaban de normas extrapenales para completar el tipo penal. O dicho de otra forma, un artículo cualquiera del Código Penal describía la conducta típica pero necesitaba de una norma fuera del Código Penal para completar o integrar esa descripción. Esta técnica de remisión a normas extrapenales por parte del legislador penal dio lugar a hablar de las leyes penales en blanco, haciendo alusión de forma expresiva precisamente al hecho de que esas normas penales tenían que ser todavía “escritas”, en el sentido de completadas, con otras que se situaban fuera del Código Penal<sup>24</sup>. Naturalmente, esta técnica legislativa fue y sigue siendo controvertida, muy discutida por la dogmática penal, especialmente cuando la remisión que hace el legislador penal lo es a normas extrapenales que no tienen rango de ley, por ejemplo, a reglamentos, o cuando incluso se puede llegar a pensar que la remisión se hace a normas de *soft law*, en sentido estricto, tal y como

<sup>24</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las ‘Leyes penales en blanco’”, Estudios Penales y Criminológicos, N.º 16, 1992-1993, págs. 423-461, págs. 423 ss.; GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, Estudios Penales y Criminológicos, N.º 16, 1992-1993, págs. 63-104, págs. 66 ss.; ABEL SOUTO, Miguel, “Las leyes penales en blanco”, Nuevo Foro Penal, N.º 68, 2005, págs. 13-30, págs. 14 ss.; ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco. Consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 8 de mayo”, Diario La Ley, N.º 7922, 2012, págs. 1-9, págs. 1 ss.; GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “El principio de reserva de ley y las leyes penales en blanco: una reflexión sobre el derecho fundamental a la legalidad penal”, Revista General de Derecho penal, N.º 28, 2017; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho penal, Parte General, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 57 ss.

he definido y explicado más arriba<sup>25</sup>. En el CP español se pueden ver múltiples ejemplos, baste citar el art. 316 CP que dispone: “Los que por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

Además de estos casos, de remisión expresa por parte del legislador penal en el propio tipo penal a una normativa extrapenal, pudiendo ser esta de *soft law*, podríamos incluir aquí también los casos de los llamados tipos abiertos, en los que el legislador penal se remite a través de la norma penal al ordenamiento jurídico en su totalidad para completar o integrar la tipicidad<sup>26</sup>. Entre estos supuestos se podrían incluir, al menos como tipos relativamente abiertos, todos los delitos que se tipifican en su modalidad imprudente<sup>27</sup>. El Código no da una definición de imprudencia, y la concreción de cuándo una conducta es o no imprudente dependerá en cada caso concreto de lo que se pueda considerar una actuación correcta, desde el punto de vista del sujeto medio ideal, cuidadoso, atento, diligente, en esa específica situación que está siendo objeto de valoración judicial. Hoy es habitual que el Juez se remita a normas extrapenales, en muchos casos de *soft law* público-privado, para delimitar el nivel de diligencia exigido para cada situación. Y es en este contexto en donde también se discute sobre el valor que estas normas de *soft law*, que muchas veces, dependiendo del sector de actividad, ni siquiera son elaboradas por delegación normativa del Estado sino por iniciativa y bajo la supervisión y control exclusivo de asociaciones, organismos, entidades privados. Pensemos, por ejemplo, en los delitos de homicidio o lesiones por imprudencia en el ámbito médico. La calificación de la conducta como imprudente o no se realizará por parte del juez acudiendo a las reglas de actuación de ese sector de actividad, las llamadas “*lex artis*”, que se encuentran en muchos casos estandarizadas en formas de protocolos escritos elaborados y aprobados por

<sup>25</sup> SARMIENTO, Daniel, “La autoridad...”, op. cit., págs. 261 s., advierte que “el soft law con vocación ad extra y que genera obligaciones para un tercero, debe observarse con la máxima cautela y a la luz de las exigencias tasadas por el principio de legalidad. A fin de cuentas, un acto o instrumento de soft law es una herramienta ajena al sistema de fuentes, y desconocida por completo en el universo de las normas parlamentarias. (...) Así, debe descartarse el uso del soft law con el fin de dar contenido a conductas típicas, tanto penales como sancionadoras. El primer supuesto ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en su STC 24/2004, de 24 de febrero, donde la remisión implícita desde un tipo en blanco a una Orden Ministerial generó una lesión del principio de legalidad. Esta línea jurisprudencial se ha extendido incluso a otros actos e instrumentos de soft law, tal como ha sucedido en la STC 283/2006, de 9 de octubre, donde el tipo penal venía a cubrirse por una Resolución de la Secretaría de Estado de Universidades”; VARELA, Lorena, “Apuntes...”, op. cit., pág. 19, “evidentemente, también el Derecho penal procedural presenta problemas de autolegitimación, pero ahora en cuanto a su dimensión formal. Por ejemplo, no se desconocen los inconvenientes que al principio de legalidad (*lex scripta*) le genera la existencia de normas penales en blanco o las dificultades que se presentan en la delimitación de las posiciones de garante dentro de la empresa (v. gr., en cuanto a las fuentes de sus deberes)”.

<sup>26</sup> Véase LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones..., op. cit., pág. 283.

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones..., op. cit., págs. 57 ss.

sociedades científicas según para la especialidad médica de que se trate<sup>28</sup>. Estas son todas normas de *soft law*. Y nuevamente en este contexto nos podemos preguntar sobre el valor que en sede judicial se le puede otorgar, siendo necesario, claro está, defender con argumentos la postura adoptada.

Pero además de todo lo anterior, hoy, en el Derecho penal español y también en el Derecho penal de otros países, se está produciendo un fenómeno que va más allá, pues la remisión directa a las normas de *soft law* llega al punto de dejar en manos de terceros particulares, privados, la delimitación entre lo que es delito y lo que no o, para ser más preciso, la determinación de cuándo existe o no responsabilidad penal<sup>29</sup>. Un ejemplo de esta forma de hacer se da en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los llamados *compliance programs* (programas de cumplimiento)<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Véase BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht des Arztes*, Georg Thieme, Stuttgart, 1968, págs. 86 ss.; ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 26; ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985, págs. 69 s.; ROMEO CASABONA, Carlos María, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Comares, Granada, 2005, pág. 17; WILHELM, Dorothee, *Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin. Zu den rechtlichen Grenzen ärztlicher Sorgfalt*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1984, pág. 18; ESER, Albin, “Medizin und Strafrecht: eine schutzgutorientierte Problemübersicht”, *ZStW*, Tomo 97, 1985, págs. 1-46, pág. 12; MAJUNKE, Philipp, *Anästhesie und Strafrecht. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anästhesisten*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1988, pág. 114; JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 44; JORGE BARREIRO, Alberto, “La imprudencia profesional”, *CuadDJ*, Tomo I, 1993, págs 221-262, pág. 233; RUIZ VADILLO, “La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la medicina”, *Apen*, 1994, págs. 499-519, pág. 501 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 170; HAVA GARCÍA, Esther, *La imprudencia médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 57; GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La responsabilidad penal del médico*, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 337. Véase, NIETO MARTÍN, Adán, “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento”, en: NIETO MARTÍN, Adán (dir), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, págs. 111-134, pág. 114.

<sup>29</sup> En este sentido, VARELA, Lorena, “Apuntes...”, op. cit., pág. 21, “actualmente, varios sectores del proceso de administración del riesgo potencialmente delictivo se encuentran en mano de las corporaciones. La regulación del comportamiento potencialmente delictivo se realiza a través de cánones y estándares de conducta del sector, de los cuales se concreta el tipo penal. (...) podría también definirse como un Derecho penal de la norma de conducta, concebido desde la instancia estatal en conjunción con otras privadas, independientes y expertas, que son las que deciden en un considerable número de supuestos ‘sobre qué y cómo sancionar’”.

<sup>30</sup> En este mismo sentido, AGUILERA GORDILLO, Rafael, “Compliance Penal...”, op. cit., págs. 333 ss.; VARELA, Lorena, “Apuntes...”, op. cit., pág. 20; LÓPEZ MONIS, Mónica, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. ‘Compliance’”, en AA.VV., *Acceso a la abogacía*, Lefebvre, Madrid, 2019, págs. 167-190, pág. 177; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BANACLOCHE PALAO, Julio/ZARZALEJOS NIETO, Jesús/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 21-125, págs. 26 ss.; NAVAS MONDACA, Iván/BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *El criminal compliance en el Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 11 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Cultura de cumplimiento de la legalidad y su plasmación en los estándares nacionales e internacionales de *compliance*”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 299-315, pág. 311, dice “pocos años después de dicha promulgación legislativa, en 1998 el organismo de estandarización australiano publicó el estándar australiano sobre programas de cumplimiento que fue modificado el 9 de marzo de 2006: *Australian Standard AS 3806-2006 Compliance Programs*. Evidentemente no se trataba de una disposición legislativa sino de *soft law*, pero que, como indicaremos a continuación, tuvo un impacto decisivo en la estandarización internacional”; NIETO MARTÍN, Adán, “Introducción”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis

En España, la exigencia de responsabilidad penal a personas jurídicas es muy reciente, pues se introduce como tal en el CP en el año 2010 (a través de la LO 5/2010, de 22 de junio)<sup>31</sup>, siendo reformada en el 2012 (mediante la LO 7/2012, de 27 de diciembre) y nuevamente en el año 2015 (LO 1/2015, de 30 de marzo), a través de los arts. 31 bis y ss. CP. No me voy a detener aquí, porque excedería con mucho las pretensiones de esta investigación, en la exposición y análisis de toda la controversia surgida al respecto de la legalidad de la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas y de cómo se han de interpretar estos artículos del CP, sobre todo a la luz del principio “*societas delinquere non potest*” que ha presidido inmutable toda la tradición jurídicopenal continental desde hace dos mil años<sup>32</sup>. Lo cierto es que en la

(dir.)/NIETO MARTÍN, Adán (dir.), “El Derecho penal económico en la era compliance”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 11-27, págs. 13 s., “los programas de cumplimiento constituyen una extraña hibridación de público y privado, de Estado y mundo corporativo. Las normas que se plasman en las políticas de empresa (corrupción, competencia, reglamentos internos en el ámbito de mercado de valores) son doblemente normas mixtas en su contenido, público-privado, y en su génesis, estatal-supraestatal. Pensemos en los programas anticorrupción. Nadie discute que su origen son los tipos penales de cohecho, mas a esta normativa básica deben añadirse los estándares anticorrupción, el *soft law*, que han ido publicando diversas organizaciones internacionales, desde la OCDE, al Banco Mundial, pasando por ONGs como Transparencia Internacional”; CARO CORIA, Dino Carlos, “Imputación objetiva y compliance penal”, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.)/DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica (coord.)/GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino (coord.), Derecho penal económico y teoría del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 371-410, págs. 399 s., señala que “el binomio libertad/paternalismo que define el riesgo permitido es precisamente el espacio para la intervención del *soft law* [autorregulación empresarial en un contexto de debida diligencia del empresario], de las buenas prácticas corporativas, de los programas de *Compliance*, de las normas técnicas como la ISO 37001 [sistema de gestión Antisoborno], Norme UNE-ISO 19600 [sistema de gestión de *compliance*] y Norma UNE 19601 [sistema de gestión de *compliance* penal]. Lo sostenido no es nuevo, sino que incluso en este punto debe tenerse presente que algunas normas jurídicas de referencia en el ámbito del *Compliance* penal, como las *Guidelines* apuntan la relación entre normas administrativas y estándares de calidad (normas ISO, etc.) y los programas de cumplimiento. El no seguimiento de estas normas es un indicio de que el programa de cumplimiento no es eficaz”; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura, “¿Cuál es la valoración jurídica de los *compliance* en la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.)/DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica (coord.)/GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino (coord.), Derecho penal económico y teoría del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 503-536, pág. 513, afirma que “descartadas políticas extremas de intervencionismo estatal en sociedades democráticas en las que rige el libre mercado, en el contexto internacional se ha optado por la *autorregulación regulada*, esto es, por fórmulas de compromiso de las propias empresas para que ellas mismas establezcan un control de riesgos y medidas de cumplimiento normativo respetuoso de la legalidad. La lógica es la siguiente: si el Estado es incapaz de regular desde fuera a las empresas (porque carece de la información necesaria y porque existe libertad de empresa), se trata de garantizar el ejercicio de la libertad empresarial dentro de unos niveles tolerables de riesgo. La autorregulación regulada puede entenderse como contrapartida a las políticas económicas neoliberales y de desregulación a las que se aúnan grandes escándalos financieros y que los agentes económicos de supervisión no han conseguido evitar. Los niveles tolerables de riesgo se establecen con los llamados *compliance programs* o programas de cumplimiento”.

<sup>31</sup> Un estudio pormenorizado del proceso de reforma del CP en esta materia en DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (dir.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, *passim*. Sobre los antecedentes de esta regulación, véase DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre *compliance*: discordancias con la jurisprudencia”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), Tratado sobre *compliance* penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 125-155, págs. 125 ss.

<sup>32</sup> Sobre esta cuestión véase, entre otros, ampliamente, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Lecciones...”, op. cit., págs. 143 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis dogmático”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), Tratado



actualidad, en el CP, concretamente en su art. 31 bis, se dispone que: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

Junto a esta exigencia de responsabilidad, el legislador penal introduce una cláusula de exención de dicha responsabilidad cuando la persona jurídica, es decir, la empresa, cuente con un programa de cumplimiento, entendido como un programa de prevención del delito. En concreto, en el art. 31 bis CP se establece que: “2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.<sup>a</sup> el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha 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 (...)”.

La validez como causa de exclusión de la responsabilidad penal del *compliance program* se hace depender en el CP español de que la adopción y ejecución de aquél, por parte de la persona jurídica, sea eficaz. En la primera redacción de este art. 31 bis CP, en el año 2010, no se decía nada más sobre el contenido de dicho programa y, por tanto, de los requisitos que debiera tener para que pudiera ser considerado por los tribunales y desplegar un efecto exonerante. La reforma del año 2015 incorpora la enumeración de los requisitos y contenidos mínimos de dicho programa, diciendo en el art. 31 bis, apartado 5: “Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.<sup>a</sup> del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes

sobre *compliance* penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 101-124, págs. 101 ss.; argumentos absolutamente contrarios a la rppj, en GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas ‘penas’, medidas de seguridad ‘penales’ u otra especie de sanciones ‘penales’ aplicables a personas jurídicas”, en: DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., et al., *Liber amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Juan M<sup>a</sup>. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 487-505, *passim*.

requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”.

La exoneración de responsabilidad penal de la empresa deriva de que la norma interna de prevención del delito asumida o creada por la empresa sea en términos teóricos y generales eficaz<sup>33</sup>. Esto, de por sí, ya es muy discutible. Pero todavía lo es más el hecho de que la inobservancia de los programas de prevención por parte de directivos u otros sujetos dentro de la organización, o la ausencia de aquellos, pueda determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica vía art. 31 bis 1 b), o incluso la de las personas físicas encargadas de ejercer el debido control<sup>34</sup>. Y aún es posible seguir profundizando en el terreno de lo discutible cuando no queda claro de quién y de qué depende la determinación de la eficacia de dichos programas, pues el legislador no lo establece (más allá de la enumeración en el art. 31 bis 5. CP de los requisitos que deben cumplir los modelos de organización y gestión a los que me

<sup>33</sup> Por cierto, a la persona jurídica le puede convenir declarar que no disponía de programa de cumplimiento o que, en todo caso, no se llegó a aplicar. Así lo pone de manifiesto FERNÁNDEZ TERUELO, Gustavo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español”, RECPC 21-03 (2019), págs. 1-25, pág. 23, comentando el caso “CaixaBank”, cuando nos dice “obsérvese que el art. 56 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales, establece que la sanación por infracciones graves será una multa cuyo importe mínimo es de 150.000 euros. Por su parte, el art. 302 determina que, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica (por delito de blanqueo doloso), se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. En la medida en que la cuota diaria, en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 Euros, es teóricamente posible que la pena solicitada y eventualmente impuesta sea muy inferior ( $30 \times 24 \times 30 = 21.600$  euros) a la mínima prevista por la norma administrativa (recordemos, 150.000 euros), lo que podría llevar al absurdo de que a la persona jurídica le interese declarar la ineficacia de su propio programa de prevención de delitos para poder ser castigada penalmente, evitando con ello la sanción administrativa”. Y esto porque la vía de la jurisdicción penal precluye la vía contencioso-administrativa.

<sup>34</sup> En este mismo sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, Gustavo, “Responsabilidad...”, op. cit., pág. 16, señala que “la formulación de tales modelos se plantea legalmente en un segundo momento, como opción (voluntaria) o posibilidad de excluir la responsabilidad pese a la existencia de una conducta típica. En segundo lugar, debe llamarse la atención sobre lo sorprendente que resultaría que la decisión de adoptar un programa preventivo para reducir las posibilidades de que la empresa sea condenada, aumente en realidad y de forma paralela las opciones de que ello ocurra, al integrarse las obligaciones establecidas en el mismo en el hecho típico”.

referiré más adelante)<sup>35</sup>. Es cierto que en determinados sectores de actividad, y más allá de las normas mercantiles, civiles, tributarias, laborales que afectan a toda empresa, el legislador ha establecido, a través generalmente del Derecho administrativo, normas que hacen referencia a obligaciones destinadas a asegurar un correcto desempeño de la actividad. Estas normas se refieren a cuestiones organizacionales, de distribución de competencias, de seguridad, pero no parecen tener como fin el que se sugiere para los programas de cumplimiento penales, la prevención del delito<sup>36</sup>.

Pues bien, en este contexto, el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es donde irrumpe con toda la fuerza y sin pudor alguno el *soft law*, como trataré de exponer en el siguiente epígrafe de este trabajo.

## **5. Los programas de cumplimiento vinculados a la responsabilidad penal de las personas jurídicas o de cómo el *soft law* irrumpe en el Derecho penal**

Lo primero que hay que señalar es que el CP denomina a los programas de cumplimiento “modelos de organización y gestión” (art. 31 bis 2. CP), adoptando, por lo tanto, una nomenclatura distinta a la dominante en la materia. Sobre su contenido, el propio art. 31 bis 2. CP señala que estos modelos deben incluir “las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos (...) o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”. Como se puede ver, se trata de una definición vaga e imprecisa, con conceptos jurídicos indeterminados y abiertos. No obstante, en el art. 31 bis 5. CP se contienen los requisitos que deberán cumplir estos modelos. Así, se señala que deberán identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos, establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de las personas jurídicas, adopción de decisiones y ejecución de aquellas, modelos de gestión de los recursos financieros para impedir delitos, un sistema obligatorio de información interna de riesgos e incumplimientos en relación con el modelo de prevención, así como un sistema disciplinario para dichos incumplimientos, y un control dinámico de la aplicación del modelo. Son un

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, Gustavo, “Responsabilidad...”, op. cit., pág. 5, considera que “el contenido de las obligaciones de control tiene que ser normativo (normas extrapenales de carácter administrativo, mercantil o civil que establecen específicas obligaciones de control). De este modo, quedarían excluidas las obligaciones contractuales en la medida en que no proceden o sean de ejecución de una previsión legal al respecto (incluidos los programas de prevención). (...) En consecuencia, en mi opinión nos encontraríamos ante una remisión a las normas extrapenales, fundamentalmente de carácter mercantil y administrativo y, en algún caso también civil, que establecen (en unos casos) genéricas y (en otros) específicas obligaciones de control”; en el mismo sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., “Derecho penal económico y de la empresa”, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 129-168, pág. 146.

<sup>36</sup> Véase FERNÁNDEZ TERUELO, Gustavo, “Responsabilidad...”, op. cit., págs. 9 ss., quien recoge en un cuadro sinóptico las normas que establecen obligaciones en el desempeño de determinadas actividades y cuyo incumplimiento puede dar lugar a la comisión de un delito para el que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A su vez, en dicho cuadro relaciona los numerosos delitos en los que se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que sin embargo no tienen una referencia normativa extrapenal claramente identificable.

total de seis requisitos que, aunque se refieren a las líneas maestras que han de estar presentes en el programa de cumplimiento, no dejan de ser extraordinariamente amplias y genéricas. De hecho, se puede interpretar que se tratan de requisitos orientativos y de mínimos<sup>37</sup>. Algunos autores llaman la atención sobre las semejanzas que en el Derecho comparado presenta el contenido exigido legalmente para estos programas<sup>38</sup>. Este hecho parece revelar, por una parte, que derivan de una misma fuente y responden a un mismo interés, y, por otra, vinculada a la anterior, una tendencia a la uniformización (mundial) en una materia que en buena lógica tendría que tener en cuenta las especificidades jurídicas, económicas y empresariales al menos de cada Estado<sup>39</sup>.

Lo anterior trae su causa y a la vez tiene como consecuencia, pues en mi opinión son momentos y procesos normativos que se superponen, en los procesos de estandarización de los programas de cumplimiento ideados, elaborados y desarrollados por organismos o entes privados. Entre ellos, podemos citar, en primer lugar, dada su relevancia, la llamada norma ISO 19600:2014<sup>40</sup>. Se trata de un estándar que

<sup>37</sup> En este sentido, NEIRA, Ana María, “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *Polít. Crim.*, Vol. 11, N.º 22 (Diciembre 2016), págs. 467-520, pág. 470. Esta autora también realiza un comentario detallado de cada uno de los requisitos exigidos para los programas de cumplimiento en el CP. En sentido contrario, VEGAS AGUILAR, Juan Carlos/HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Francisco E./ZQUIERDO GARCÍA, Fernando, “La figura del Compliance Officer y los Programas de prevención de riesgos penales”, *Diario La Ley*, N.º 8689, 26/01/2016, págs. 1-12, pág. 8; PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio, “Racionalidad penal-económica y sistemas de cumplimiento como derecho intermedio”, *RECPC* 20-19 (2018), págs. 1-30, pág. 9; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “La exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Protocolos de prevención de delitos”, en JUANES PECES, Ángel (dir.)/DÍEZ RODRÍGUEZ, Elena (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, págs. 87-101, págs. 90 s. Muy crítica, FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, pág. 20, diciendo “lo que no resulta tan plausible es que sea el legislador penal quien, mediante una regulación necesariamente insuficiente de los requisitos que han de cumplir los programas normativos, haya asumido una tarea más propia del ámbito administrativo. Los programas comportan exigencias de naturaleza societaria, propia estructura orgánica corporativa, requieren un alto grado de desarrollo y tienen una evidente finalidad preventiva, razones que deberían haber llevado esta regulación a la correspondiente legislación mercantil, a la que el juez pudiera acudir para valorar la existencia en la empresa de una organización adecuada para prevenir delitos, de modo similar a como ocurre con la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”; FERRE MARTÍNEZ, Carlos, “La responsabilidad de las personas jurídicas”, Bosch, Barcelona, 2011, págs. 42 ss.

<sup>38</sup> Así, En este sentido, NEIRA, Ana María, “La efectividad...”, op. cit., pág. 475; FERNÁNDEZ DÍAZ, Carmen Rocío/CHANJAN DOCUMET, Rafael Hernando, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú”, *Derecho PUCP*, N.º 77, 2016, págs. 349-379, págs. 349 ss.

<sup>39</sup> Así lo refiere, NEIRA, Ana María, “La efectividad...”, op. cit., pág. 470. En el mismo sentido crítico, AGUILERA GORDILLO, Rafael, “Compliance Penal...”, op. cit., págs. 342 s. Sobre el origen de la estandarización de los programas de cumplimiento, lo que puede explicar su uniformización global, véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Cultura de cumplimiento de la legalidad y su plasmación en los estándares nacionales e internacionales de *compliance*”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 299-315, págs. 310 ss.

<sup>40</sup> Sobre los antecedentes de esta norma, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Cultura de cumplimiento...”, op. cit., págs. 310 ss., señala que “resulta imposible no resaltar la importancia que ha tenido la doctrina, legislación y estandarización australiana en la introducción de la cultura corporativa como elemento nuclear de los sistemas de gestión de *Compliance*. (...) cuando se inició el proceso de estandarización internacional por parte de la ISO, se produjeron dos circunstancias notables: en primer lugar, se adoptó como base el estándar australiano antecitado ya que la elaboración de dicho internacional fue *Standards Australia*; en segundo lugar, el presidente (*Chairman*) del Comité

proporciona una guía para establecer, desarrollar, implementar, evaluar, mantener y desarrollar un eficaz programa de cumplimiento dentro de la organización. Este estándar fue elaborado y aprobado en el año 2014 por ISO, que se “autodefine” como una organización no gubernamental internacional e independiente formada por miembros procedentes de 164 organismos nacionales de estandarización<sup>41</sup>. Esta organización internacional nace en el año 1946 vinculada al ámbito de la ingeniería civil en la ciudad de Londres con la finalidad de facilitar la coordinación internacional y la unificación de estándares en la industria. Oficialmente comienza a operar en el año 1947 y desde entonces ha elaborado y publicado miles de normas destinadas a la estandarización mundial de procesos en múltiples sectores de actividad. El nombre ISO, lejos de lo que se pudiera creer, no es un acrónimo sino que proviene del término griego “isos”, que significa igual. Hoy en día esta organización tiene sus oficinas centrales en Ginebra y sigue desarrollando su actividad como un organismo privado<sup>42</sup>. En España, se debe citar la norma UNE 19601:2017, relativa a los sistemas de gestión del cumplimiento y gestión anticorrupción<sup>43</sup>, elaborada y publicada en el año 2017 por AENOR. Estas son las siglas de la Asociación Española de Normalización y Certificación, creada en el año 1986. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en el año 2017, AENOR se convierte en una empresa cuyo objeto social es la certificación, verificación, validación, inspección y ensayos de programas, integrándose dentro de UNE, que se mantiene como la Asociación Española de Normalización. Desde entonces, UNE se autodefine como una entidad privada, multisectorial y sin fines lucrativos, designada por el Gobierno de España como organismo nacional de normalización, estando integrada por empresas o asociaciones empresariales<sup>44</sup>. UNE se integra en ISO y la norma sobre *compliance* elaborada por la asociación española reproduce la elaborada por la organización internacional.

Esta dinámica tendente a derivar en poderes distintos al legislativo y ejecutivo la facultad de dictar normas con una eficacia penal cuasi absoluta, se ve reforzada por los propios tribunales cuando desde los órganos jurisdiccionales se les otorga carta

Técnico encargado de la estandarización fue el australiano Martín Tollar –CEO del Instituto Australiano de *Compliance*- y profundo conocedor de la materia”.

<sup>41</sup> Véase, <https://www.iso.org/home.html> (consultado 13/12/2019).

<sup>42</sup> Véase, <https://www.iso.org/home.html> (consultado 13/12/2019). Sobre el contenido y antecedentes de este estándar véase CANCHARI PALOMINO, Emma, “Consideraciones en torno a la eficacia en la adopción y ejecución de un programa de compliance penal, de cara al artículo 31 bis del Código Penal español”, *Revista Derecho y Sociedad*, N.º 50, Mayo 2018, págs. 135-155, págs. 146 s. También, AGUILERA GORDILLO, Rafael, “Compliance Penal...”, op. cit., págs. 336 s.

<sup>43</sup> Sobre la estructura, contenido y precedentes de esta norma véase ampliamente, AGUILERA GORDILLO, Rafael, “Compliance Penal...”, op. cit., págs. 343 ss.; véase CARBAYO, Francisco Javier, “Abogados, riesgos legales y compliance”, *Diario La Ley*, N.º 8702, 2016, págs. 1-9, pág. 3.; AA.VV., “Estándar nacional UNE 19601”, en JUANES PECES, Ángel (dir.)/DÍEZ RODRÍGUEZ, Elena (coord.), *Compliance penal*, Lefebvre, Madrid, 2017, págs. 213-235, págs. 213 ss.

<sup>44</sup> Véase, <https://www.une.org/> (consultado 13/10/2019) y <https://www.aenor.com/> (consultado 13/10/2019). Más en profundidad, CANCHARI PALOMINO, Emma, “Consideraciones...”, op. cit., págs. 140 ss. También, AGUILERA GORDILLO, Rafael, “Compliance Penal...”, op. cit., págs. 337 ss.

de naturaleza jurídicopenal a dichos estándares<sup>45</sup>. La STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016) hace unas valoraciones en las que pone de manifiesto las dudas acerca de la categoría de la teoría del delito en la que debieran incidir los programas de cumplimiento, habiendo señalado previamente que, en todo caso, esta discusión no sólo es innecesaria sino incluso propiciatoria de confusión<sup>46</sup>. Finalmente, considera que es precisamente la falta de programas de cumplimiento adecuados lo que determinará la posible responsabilidad de la persona jurídica. O, dicho al revés, la existencia de programas de cumplimiento exonerará de responsabilidad penal a la empresa<sup>47</sup>. Se consagra así un modelo de

<sup>45</sup> Cfr. Un elogio del desarrollo jurisprudencial llevado a cabo por el TS en esta materia se puede ver en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Cultura de cumplimiento...”, op. cit., pág. 307, al decir que “la evolución que se ha producido en España gracias a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no constituye sino el reflejo de la tendencia internacional en la materia. La diferencia es que se ha situado a la vanguardia de este movimiento en el ámbito judicial”. Y continúa diciendo, “en nuestra opinión, un análisis comparativo entre las Sentencias del Tribunal Supremo español en esta materia y la de otros Altos Tribunales de países con RPPJ muestra un grado de profundización e interés por la conformación de conceptos coherentes con los principios informadores de Derecho penal desconocido en otros ordenamientos”.

<sup>46</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo, “(...) es conveniente señalar, intentando eludir en lo posible categorías doctrinales que, sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar origen a eventuales confusiones interpretativas, que lo que no admite duda (...); “(...) podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado (...)”. Estos pronunciamientos han sido criticados, véase, GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, Diario La Ley, Nº 8747, 2016, págs. 1-11, pág. 3, “la sentencia parece tener una preocupación por desvincularse de cuestiones dogmáticas (...). Se trata de un curioso enfoque. Parece afirmarse que es posible resolver problemas al margen de tales construcciones que al parecer deberían permanecer confinadas en el mundo del debate filosófico sin trascendencia práctica, en vez de operar al revés: partir de un sólido enfoque racional para extraer consecuencias posteriormente”; también, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular n.º 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, Diario La Ley, n.º 8732, 2016, págs. 1 ss.; en este mismo sentido, ABEL SOUTO, Miguel, “Antinomias de la reforma penal de 2015 sobre programas de prevención que eximen o atenúan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en: MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), Compliance y prevención de delitos de corrupción, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 13-28, págs. 22. Este cierto, podríamos decir, desprecio por la dogmática penal encuentra reflejo anteriormente en la FGE, Circular 1/2011, de 1 de junio, págs. 12 ss., que señala “por medio del recurso a un modelo que recuerda en lo esencial a las soluciones adoptadas, *mutatis mutandi*, por países como el Reino Unido y Francia, el precepto asume las particularidades que distinguen a las personas jurídicas y realiza un esfuerzo –desatendido sin embargo por buena parte de la doctrina científica –por mantener intactas nuestras categorías dogmáticas tal y como las conocemos, de modo que su aplicación no obliga a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, a día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos. (...) Así pues, la norma del art. 31 bis –lastrada quizá por las dificultades que ello entrañaría y por el indudable antropomorfismo que caracterizan a nuestra teoría general del delito y particularmente a la tipicidad en nuestro Código Penal– no ha instituido un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos a la persona jurídica (...)”.

<sup>47</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo, señala que “(...) la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física”; “(...) a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción”; en este sentido, GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas”, en

autorresponsabilidad en que el delito cometido por la persona física es presupuesto (que no fundamento) de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya responsabilidad deriva, en todo caso, de un hecho propio, la ausencia de una “cultura de cumplimiento”<sup>48</sup>, que se concreta en “el establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización”<sup>49</sup>, siendo los programas de cumplimiento “herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica”<sup>50</sup>. Ciertamente es que el Alto Tribunal introduce matices para evitar concluir que los programas de cumplimiento por sí mismos puedan exonerar de toda responsabilidad penal<sup>51</sup>, pero como acabamos de señalar les otorga un elevadísimo valor. Tanto es así que en el caso concreto objeto de la sentencia, el TS concluye “centrándonos en el caso presente, la acreditada ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos en TRANSPINELO hace que, como consecuencia de la infracción contra la salud pública cometida por sus representantes, surja la responsabilidad penal para

JUANES PECES, Ángel (dir.)/DÍEZ RODRÍGUEZ, Elena (coord.), Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, págs. 39-58-101, págs. 48 s.

<sup>48</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo. Se muestra muy crítico, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, Diario La Ley, N.º 8732, 2016, págs. 1-13, pág. 10. Un interesante estudio sobre los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en BACIGALUPO SAGGESE, Silvana, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 311 ss.

<sup>49</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo.

<sup>50</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo. Sobre esta consideración del Pleno del TS, véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora”, Diario La Ley, N.º 8724, 2016, págs. 1-16, pág. 7; ESCRIBIELLA CHUMILLA, Francisco Javier/GINER ALEGRÍA, César Augusto, “La responsabilidad de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Diario La Ley, N.º 9260, 2018, págs. 1-28, pág. 5; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, Diario La Ley, N.º 8732, 2016, págs. 1-13, pág. 3.

<sup>51</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo, señala, “núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas ‘*compliances*’ o ‘*modelos de cumplimiento*’, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar”. Precisamente, se muestra crítica en este sentido GOENA VIVES, Beatriz, “Comentario al auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pamplona sobre el ‘caso Osasuna’. Perspectivas a partir de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre el procesamiento penal a personas jurídicas”, Diario La Ley, N.º 8701, 2016, págs. 1-12, “en cualquier caso, y de cara a delimitar el interés que la argumentación contenida en el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pamplona puede tener para ilustrar a los aplicadores del Derecho, es preciso destacar que lamentablemente, promueve una comprensión formalista de los programas de cumplimiento, exclusivamente centrada en sus efectos eximentes y no en su potencialidad preventiva”. Sobre un valor limitado de los programas de cumplimiento, GALÁN MUÑOZ, Alfonso, Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 129.

esta persona jurídica”<sup>52</sup>. Este valor se ve reforzado cuando, en coherencia con la concepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sostenida (recordemos, modelo de autorresponsabilidad), el TS atribuye la carga de la prueba de la ausencia de tales programas o de su ineficacia o inadecuación, a la acusación<sup>53</sup>.

Hay que advertir que esta sentencia fue controvertida, entre otros motivos, por el hecho de que se falló con un voto particular al que se adhirieron siete de los quince magistrados del Pleno de la Sala de lo Penal del TS. El voto particular se muestra en desacuerdo con la categorización dogmática que el ponente y el resto de magistrados otorgan a la ausencia de los programas de cumplimiento, considerando que no puede ser un elemento integrador del tipo penal, sino de la culpabilidad, y en consecuencia indicando que la carga de la prueba –de la concurrencia de aquellos, por tanto, con valor exonerante- como eximente que es, corresponderá a la defensa de la persona jurídica<sup>54</sup>. Pero para lo que aquí importa, este voto particular también otorga a los programas de cumplimiento, independientemente de la categoría dogmática donde los ubique, un valor preponderante en la determinación de la responsabilidad penal<sup>55</sup>.

La STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel MARCHENA GÓMEZ) (ROJ 966/2016) profundiza en el modelo de autorresponsabilidad referido en la sentencia precedente, al completar el argumento indicando que la responsabilidad penal de la persona jurídica se basará en la prueba de que aquella ha cometido un “delito corporativo”, consistente en “un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica”, facilitando de este modo el delito de la persona física que le sirve de presupuesto<sup>56</sup>. Por tanto, el valor jurídicopenal que se concede a los

<sup>52</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo.

<sup>53</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo.

<sup>54</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Voto particular, Fundamento Quinto, “(B) la conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad social constituye indudablemente uno de los motivos relevantes que justifican la decisión del Legislador de establecer en nuestro ordenamiento su responsabilidad penal. Pero la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro Derecho positivo como presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2º y 4º del art. 31 bis. C) La aplicación de estas causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe realizarse conforme a las reglas probatorias ordinarias consolidadas en nuestra doctrina jurisprudencial para la apreciación con carácter general de las circunstancias eximentes o atenuantes”.

<sup>55</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Voto particular, Fundamento Segundo y ss.

<sup>56</sup> Véase STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel MARCHENA GÓMEZ) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto. A favor de esta interpretación, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, N.º 8830, 2016, págs. 1-12, pág. 5. Con anterioridad, en sentido contrario a este planteamiento, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013), págs. 219-263, págs. 252 s., “el defecto de organización tampoco es un hecho propio de la persona jurídica, sino un estado de cosas creado o no evitado por las personas físicas que trabajan para ella, por lo que tampoco puede reconocerse en él un modelo de imputación



programas de cumplimiento *va in crescendo*, pues su ausencia o su presencia pueden determinar la concurrencia, nada más y nada menos, de lo que el Alto Tribunal ha dado en llamar “delito corporativo”. Por supuesto, desde esta perspectiva no admite duda alguna que la carga de la prueba deba recaer en el Ministerio Fiscal y en la acusación particular<sup>57</sup>.

Como es sabido, los pronunciamientos del TS acerca del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas consagrado en los arts. 31 bis ss. CP discurren en un sentido contrario a la interpretación defendida por la FGE. Esta última, a través de la Circular 1/2011, de 1 de junio, primero, y de la Circular 1/2016, de 22 de junio, después, considera que el CP español establece un modelo vicarial o de transferencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas<sup>58</sup>. Desde esta postura, la FGE entiende que los programas de cumplimiento tienen naturaleza de excusas absolutorias, como causas personales de exclusión de la punibilidad. En consecuencia, entiende que corresponde a la persona jurídica probar que cuenta con un programa de cumplimiento adecuado para verse exonerada de responsabilidad penal<sup>59</sup>. En todo caso, y una vez más, la FGE pone de relieve el importante papel que los programas de

jurídico-penal para la persona jurídicas”. Muy crítico, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, *Diario La Ley*, N.º 8732, 2016, págs. 1-13, pág. 11.

<sup>57</sup> Véase STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel MARCHENA GÓMEZ) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto, “en definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad”. A favor de esta interpretación, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Delito corporativo...”, op. cit., pág. 8.

<sup>58</sup> FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, págs. 2 ss.

<sup>59</sup> FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, págs. 28 s., señala que “partiendo de que el art. 31 bis establece un sistema de responsabilidad indirecta o vicarial conforme al cual el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno, y no en un hecho propio, la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. Ello comporta que con el delito de la persona física nace también el delito de la persona jurídica la cual, no obstante, quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión. La construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrente en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absoluta, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad (...). De este modo, atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31 bis 1.º”; valora positivamente esta Circular, DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “La exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Protocolos de prevención de delitos”, en JUANES PECES, Ángel (dir.)/DÍEZ RODRÍGUEZ, Elena (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, págs. 87-101, pág. 88; entendiéndolo como causa de exclusión de la culpabilidad, GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas: sistema español. Antecedentes”, en JUANES PECES, Ángel (dir.)/DÍEZ RODRÍGUEZ, Elena (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, págs. 39-58, pág. 55.

cumplimiento juegan en la determinación de la responsabilidad penal<sup>60</sup>, en la línea defendida por el TS, a pesar de advertir del peligro de que dichos programas se adopten por la empresa como una suerte de “salvoconducto” penal, que se copien sin más de unas a otras, y que no respondan al objetivo de favorecer la creación de una “verdadera cultura ética empresarial”<sup>61</sup>.

Esta corriente de pensamiento se ve reforzada por el pronunciamiento de la magistratura del TS no sólo en Sala, sino también a través de otros medios. Así, MAGRO SERVET, magistrado de la Sala de lo Penal del TS, se ha pronunciado al respecto diciendo que “se recomienda a éstas [scil. las personas jurídicas] que pongan su empeño probatorio en acreditar la corrección y adecuación del programa que se ha implementado en la empresa. Y para ello, hacemos mención a la posibilidad de que por prueba pericial de un experto en *compliance* se pueda proponer en la fase previa de investigación ante el juez de instrucción para postular el archivo de las diligencias. Y si ello no prospera aportarlo como pericial en el escrito de defensa como prueba propuesta de cara al desarrollo del juicio oral”<sup>62</sup>. En relación con la prueba sobre la eficacia e idoneidad del programa de cumplimiento implantado en la empresa, este autor señala de forma clara y directa el enorme valor que en sede judicial tendrán las certificaciones emitidas por las organizaciones ISO y UNE<sup>63</sup>,

<sup>60</sup> Hasta tal punto que la FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, pág. 64, da la siguiente instrucción: “Los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo”. Reminiscencias de las Directrices de la Fiscalía Federal de los Estados Unidos del año 1999 que advertían a los fiscales federal que antes de presentar el escrito de acusación contra una empresa tenían que ponderar cuestiones relativas a la cultura empresarial existente en aquélla, cuestiones entre las que estaba la presencia de un programa de cumplimiento identificado, por cierto, con la dimensión del injusto, véase en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Cultura de cumplimiento de la legalidad y su plasmación en los estándares nacionales e internacionales de *compliance*”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), Tratado sobre *compliance* penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 299-315, pág. 306.

<sup>61</sup> FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, págs. 25 ss. Sobre esta interpretación de la Circular, véase CARBAYO, Francisco Javier, “Abogados, riesgos legales y compliance”, Diario La Ley, N.º 8702, págs. 1-9, pág. 4; en el mismo sentido, DE LUCA, Javier Augusto, “Del Derecho penal limitador al Derecho penal legitimador de la punición. El ejemplo del llamado Derecho penal económico y empresarial”, Foro FICP, N.º 2017-1 (mayo), págs. 325-351, pág. 333, “hasta donde se puede ver, todo indica que mientras se predica la necesidad de castigar a las personas jurídicas, se le insertan instituciones con el propósito de ‘salvar’ a la persona jurídica de los hechos cometidos desde su seno por sus miembros o dependientes y a sus directivos”. Y más adelante, pág. 340, “la inserción en las empresas de preventores de delitos y vigilantes internos y externos puede esconder otros propósitos. Los fines declarados no son los realmente perseguidos”; En este sentido, BUSATO, César, “Lo que no se dice sobre el criminal compliance (resumen)”, Foro FICP, N.º 2017-1 (mayo), págs. 349-351, pág. 350, “si resulta imposible evitar el atropello del sistema punitivo a las empresas, se pretende aún que el compliance represente la tabla de salvación al menos de los directivos y socios, frente a la responsabilidad penal, por medio de una fórmula de atracción de dicha responsabilidad para los compliance officers”.

<sup>62</sup> Véase MAGRO SERVET, Vicente, “Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas”, Diario La Ley, N.º 9337, 2019, págs. 1-7, pág. 2. En este mismo sentido, NEIRA, Ana María, “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, Polít. crim. Vol. 11, N.º 22 (Diciembre 2016, Art. 5, págs. 467-520, pág. 492.

<sup>63</sup> Véase MAGRO SERVET, Vicente, “Viabilidad...”, op. cit., pág. 7, quien señala que “la aportación por la defensa del CERTIFICADO UNE 19601 Sistemas de Gestión de Compliance resulta importante, dado que es la

añadiendo que esta prueba documental debería verse complementada por una prueba pericial, para la que propone la creación de un cuerpo de titulados con formación específica en los programas de cumplimiento, a disposición de las partes y del Juez<sup>64</sup>.

norma nacional para la certificación de Sistemas de Gestión de Compliance, que tiene por objetivo ayudar a las empresas a implantar controles que permitirán prevenir, detectar y mejorar continuamente políticas de Compliance penal, mejorando una adecuada cultura de prevención y detección penal. Este certificado aportado al procedimiento penal posibilita que se valora la ‘eficacia’ e ‘idoneidad’ del programa para avanzar en la absolución o, incluso, archivo, de las diligencias incoadas, ya que junto con la pericial de valoración de idoneidad del programa de cumplimiento normativo son piezas clave para poder postular la exención de responsabilidad penal por la vía del art. 31 bis 2 CP”. A continuación, abundando en esta idea, indica “no podemos negar que le ayudará al juez de forma extraordinaria que ese programa de prevención que la empresa ha aportado tiene una certificación de un supervisor que ha examinado el programa y ha entregado un certificado que avala la corrección del programa en los objetivos que debe cumplir. En cualquier caso, ninguna empresa certificadora puede sustituir la valoración del modelo que llegado el caso haga el juez o tribunal, pero es importante que dicho modelo esté certificado periódicamente por un tercero independiente. Todo ello reforzará indudablemente el compromiso de la compañía con el establecimiento de una cultura de cumplimiento (...)”. En este mismo sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., “Derecho penal económico y de la empresa”, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 129-168, pág. 148 s. Sobre la importancia de la certificación de los programas de cumplimiento, véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Cultura de cumplimiento...”, op. cit., págs. 313 s., quien afirma que “en términos generales puede observarse claramente el esfuerzo realizado en definir no sólo en qué consiste la cultura de *compliance*, sino en proporcionar indicadores válidos que permiten su verificación. De esta manera se pretende –y en opinión de quien escribe estas líneas, se logra– que la cultura de *compliance* sea algo ‘medible’ de manera que las críticas fundadas en el carácter ‘etéreo’ del concepto de ‘cultura de *Compliance*’ reciben respuesta acertada. Por otro lado, resulta sumamente útil la imbricación de la cultura de *compliance* dentro de la estructura de alto nivel [*High Level Structure*] de las normas ISO. En este sentido, dicha estructura de alto nivel ha sido testada desde hace décadas por miles de procesos de certificación y auditoría respecto de los sistemas de gestión (*Management Systems*) y permite sostener unas expectativas razonables de que sucesiva adopción y actualización de los sistemas de gestión de *Compliance* por parte de las empresas resultará en la verdadera existencia de dichas organización de una verdadera cultura de cumplimiento de la legalidad”; NIETO MARTÍN, Adán, “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento”, en: NIETO MARTÍN, Adán (dir.), Manual de cumplimiento penal en la empresa, págs. 111-134, págs. 113 s. En sentido contrario, AGUILERA GORDILLO, Rafael, “Compliance Penal...”, op. cit., págs. 334 s., quien advierte que “igualmente, se está promoviendo la certificación, entendida como declaración emitida por otro ente corporativo –privado–, que acredita una adecuada implementación del estándar en el seno de la persona jurídica como un elemento trascendente a la hora de mostrar, ante una autoridad gubernativa o judicial, que la empresa ha adoptado de manera efectiva un *compliance*. Los argumentos esgrimidos con anterioridad resultan igualmente aplicables a esta dinámica, a fortiori, cuando en muchos casos, pueden estar en juego enormes intereses empresariales y económicos”. Véase también, DE LA MATA BARRANCO. Norberto J., “El órgano de ‘*compliance*’ penal: algunas cuestiones”, en: MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 29-42, pág. 32.

<sup>64</sup> MAGRO SERVET, Vicente, “Viabilidad...”, op. cit., págs. 4 ss., señala al respecto que “mientras que se ha realizado el desarrollo en materia penal en el Código Penal acerca de este régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se ha hecho lo propio con los profesionales que pueden actuar para elaborar, ofrecer e implementar estos programas. Pese a ello, sin embargo, son muchos los profesionales que han realizado cursos de *compliance* organizados en los colegios profesionales y Universidades en sus áreas de formación, pero sin que puedan acreditar, o que se les valide, una titulación con la que se pueda realizar con seguridad ese ofrecimiento de esta actividad laboral de llevar a cabo estos programas de cumplimiento normativo. Sería, pues, deseable que se aprobara un Real Decreto-Ley por el que se fijaran las condiciones para obtener una titulación de *compliance officer* que determine quién puede llevar a cabo estos programas y, como se indica en este estudio, quién puede comparecer ante un Juzgado o Tribunal para intervenir como perito y exponer, según su leal y saber entender, si el programa que se ha aportado es un ‘modelo eficaz, idóneo y adecuado’ para aplicar una exención de responsabilidad penal como señalan los preceptos antes citados (...). Con ello, podrían autorizarse los institutos de *compliance officer* (...)”. Sobre la necesidad de la prueba pericial, véase DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret* 1/2012, págs. 1-33, pág. 29; una visión crítica, DE LUCA, Javier Augusto, “Del Derecho penal limitador al Derecho penal legitimador de la punición. El ejemplo del llamado Derecho penal económico y empresarial”, *Foro FICP*, N.º 2017-1 (mayo), págs. 325-351, pág. 330, “deberíamos

Esta es una cuestión controvertida, y al respecto creo de interés exponer aquí la reflexión GALÁN MUÑOZ, por cierto, defensor de la introducción de la rppj, de los programas de cumplimiento y de la función que estos pueden tener en relación con la prevención del delito. Como digo, en relación con la validez y eficacia de los programas de cumplimiento este autor señala que “la incertidumbre e inseguridad a la que se enfrentan las entidades a la hora de decidir qué medidas establecer, en estos casos, es, por tanto, enorme. Muchas son las opciones y los caminos que se están abriendo para tratar de dar alguna solución a dicha inseguridad en otros ordenamientos, siendo posiblemente el que propone dejar en manos de compañías privadas, supuestamente especializadas en materia de *Compliance*, la tarea de determinar, definir, valorar y certificar, de modo *ex ante*, la idoneidad y adecuación del modelo preventivo implantado en cada persona jurídica, de forma que su certificación exima incluso de responsabilidad penal a la entidad que la consiga, el más inadmisibles de todos los sistemas planteados, ya que, aparte de favorecer a las grandes empresas que pueden pagar dichas certificaciones frente a las pequeñas, mucho menos capaces de afrontar los gastos que conllevaría su obtención por mucho que se hubiesen esforzado mucho más que las grandes en implantar y ejecutar *Compliances* realmente efectivos, dejarían en manos completamente privadas algo que, como la prevención de delitos, tiene una innegable e irrenunciable trascendencia pública”<sup>65</sup>. Mucho más crítico se muestra GONZÁLEZ CUSSAC quien advierte que “puede afectar de forma determinante a la responsabilidad jurídica de las empresas el poseer o no una certificación emitida por el órgano competente. De nuevo la responsabilidad corporativa nos traslada a terrenos nebulosos entre lo público y lo privado. Así sucede, por ejemplo, en el caso español, con la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) creada en 1986 y de naturaleza privada. Es decir, se reabre el riesgo de que un programa de cumplimiento certificado por AENOR se transforme en una vacuna, bula o seguro frente a cualquier demanda de responsabilidad penal operando de forma automática como exclusión del castigo penal. Pretensión ésta que

decidir si tendremos en cuenta estudios de la realidad, como los económicos, sociológicos, políticos y criminológicos sobre el posicionamiento de las grandes empresas en el mundo, ante los gobiernos de todo tipo, los anonimatos en la titularidad de personas jurídicas, los paraísos fiscales, el nuevo negocio de las empresas que se dedican solamente a ofrecer sus trabajos de compliance (...)”. Relacionado con lo anterior, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis dogmático”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), Tratado sobre *compliance* penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 101-124, pág. 104, “sí apuntaré que me sorprende en algunos casos la apelación a la maldad de las grandes corporaciones para luego ofrecer multitud de actividades con pingües beneficios, casi siempre relacionados con los programas de *compliance*. No cabe duda de que, cada vez más, la delincuencia empresarial supone graves problemas, no solo técnicos, sino a menudo sociales y con efectos muy dañinos, pero ofrecer como panacea la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta, cuando menos, naif, y, a menudo, interesado (en el sentido más capitalista del término). Naturalmente, nada de lo acabado de decir es aplicable a muchísimos defensores del régimen que comentamos”.

<sup>65</sup> Véase, GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “Compliance penal ante la corrupción: luces y sombras”, en: MATELLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), Compliance y prevención de delitos de corrupción, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 55-90, págs. 78 s.

para muchos no es sino una muestra más de la *singularidad* del Derecho penal económico, o si se prefiere, de una autoregulación encubierta”<sup>66</sup>.

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

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

Para ello, conviene, en primer lugar, acudir a la interpretación que el TS hace del art. 31 bis CP. A pesar de que el Alto Tribunal intenta rebajar la importancia del debate y toma de decisión sobre el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas contenido en el CP, lo cierto es que finalmente se decanta por interpretarlo como un modelo de autorresponsabilidad<sup>67</sup>, postura sostenida por una parte importante de la doctrina penal<sup>68</sup>. El TS se basa en un silogismo del siguiente tenor. La

<sup>66</sup> Véase GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 91-112, págs. 100, 107, quien acaba concluyendo, “no creo que sea realista desconocer el riesgo de que el control judicial en sede penal de los programas de cumplimiento normativo, no acaben convirtiéndose, *de facto*, en un mero control nominal de ‘pegatinas’. Con otras palabras, en que los jueces penales se limiten a validar cualquier programa de cumplimiento, bastando con la presentación de ‘un papel’”.

<sup>67</sup> Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo; STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel MARCHENA GÓMEZ) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto.

<sup>68</sup> En defensa de este modelo, GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 16, 2011, págs. 35 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica: el ‘delito de sospecha blindado’ y la responsabilidad objetiva ‘impura’ en la Circular 1/2010 de la FGE”, *Diario La Ley*, n.º 7694, 2011, *passim.*; el mismo, “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico?: la participación en el delito de otro por omisión imprudente: pauatas para su prevención”, *Diario La Ley*, n.º 7561, 2011, *passim.*; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista brasileira de ciências criminaes*, n.º 101, 2013, págs. 51-96, págs. 70 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 179 s. También, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso BANKIA”, en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 311. Sobre las críticas a un modelo de autorresponsabilidad véase FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles”, en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 135-176, págs 163 ss., aunque con matices, pues señala que “esta premisa parece satisfacer a un importante sector de la doctrina que adopta lo que se denomina ‘culpabilidad por defecto de la organización’ como presupuesto único y exclusivo para la imposición de penas a organizaciones empresariales. Sin embargo, se trata de un fundamento insuficiente o pobre –con independencia de que se le reconozca que presenta un considerable avance frente a los modelos de heterorresponsabilidad- para establecer la responsabilidad de la sociedad mercantil o de la persona

primera premisa es que en el Ordenamiento jurídicopenal español, toda pena se impone a un sujeto en un proceso penal como consecuencia de que la acusación haya probado la comisión de un delito por parte del sujeto en cuestión. Simplificadamente, no hay responsabilidad penal sin delito precedente. La segunda premisa es que las consecuencias jurídicas contempladas en el art. 33.7 CP para las personas jurídicas son penas<sup>69</sup>. La conclusión lógica que se infiere de ambas premisas es que para imponer una pena a una persona jurídica, necesariamente se ha de probar en un proceso penal por parte de la acusación que aquélla ha “cometido” un delito<sup>70</sup>. Una vez llegado a este punto, el TS tiene que concretar el delito que ha de cometer la persona jurídica, pues su responsabilidad penal no puede deducirse del delito cometido por otro, sino que debe serlo por hecho propio. No habiendo un catálogo de delitos que puedan ser cometidos por la persona jurídica, el TS concluye que existe un delito específico y diferenciado por el que se puede exigir responsabilidad directa y

jurídica titular de la organización empresarial. De la existencia de una especie de ‘injusto de la organización (...) no se deriva necesariamente, como ya se ha expuesto, que de ese injusto tenga que responder la persona jurídica y no exclusivamente las personas físicas. (...) La necesidad de un defecto de organización como presupuesto de responsabilidad es una idea que se encuentra en la línea correcta para poder afirmar que la persona jurídica respondería por un injusto o un hecho propio, pero por sí sola resulta insuficiente para legitimar un sistema de culpabilidad y penas’. Muy crítico con este modelo, GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Falsa alarma: *societas delinquere non potest*”, en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 207-254, págs. 221 ss.

<sup>69</sup> La STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel MARCHENA GÓMEZ) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto, señala “la imposición de penas a las personas jurídicas como la multa, la disolución y pérdida definitiva de su personalidad jurídica, la suspensión, la clausura de sus locales y establecimientos, la inhabilitación y, en fin, la intervención judicial (art. 33.7 del CP), exige del Fiscal, como representante del *ius puniendi* del Estado, el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física”.

<sup>70</sup> STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo, “y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que ‘... la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 ter 1 CP) y, por supuestos, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP). El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida. De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión”. En el mismo sentido, STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel MARCHENA GÓMEZ) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto, “la Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal”.

personal a las personas jurídicas. Se trata de un “delito corporativo”<sup>71</sup>. Pero, ¿en qué consiste este delito corporativo?, dicho de forma más técnica, ¿cuál es el contenido del tipo de injusto de este delito? El TS lo describe como un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, propiciatorio de la comisión de un delito (éste ya catalogado) realizado por alguna de las personas físicas referidas en el art. 31 bis CP<sup>72</sup>. Se trataría de una suerte de delito omisivo en el que precisamente la ausencia de los programas de cumplimiento sería la acción (omisiva) típica. Desde este punto de vista, la ausencia de los programas de cumplimiento presentaría la naturaleza de elementos típicos, concretamente de la parte objetiva del tipo, o desde la teoría de los elementos negativos del tipo, de la parte objetiva de la parte positiva del tipo, o dicho de otra forma, los programas de cumplimiento tendrían la naturaleza de causa de exclusión de la tipicidad<sup>73</sup>. Se trataría éste de un tipo

<sup>71</sup> STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel MARCHENA GÓMEZ) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto, utiliza esta denominación de la siguiente manera, “desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de **un delito corporativo**” (el subrayado es mío). Defienden este concepto, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 99; PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, “Programas de cumplimiento normativo como paradigma de la justicia penal preventiva”, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.)/DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica (coord.)/GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino (coord.), Derecho penal económico y teoría del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 471-499, pág. 475. Muy crítico, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis dogmático”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 101-124, págs. 115 s.; también, DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre compliance: discordancias con la jurisprudencia”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 125-155, págs. 134 s.

<sup>72</sup> Véase, STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel MARCHENA GÓMEZ) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto.

<sup>73</sup> Así, la STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo, señala “y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de *la eximente en ese precepto expresamente prevista*, de naturaleza discutible en cuanto *relacionada* con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física” (el subrayado es mío). En la doctrina desarrollan y perfeccionan esta idea, entre otros, SILVA SANCHEZ, Jesús María, Fundamentos del derecho penal de la empresa, Edisofer, Madrid, 2013, pág. 114; NIETO MARTÍN, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en: MONTIEL, J.P. (ed.), KUHLEN, L. (ed.), ORTIZ DE URBINA, G. (ed.), “Compliance y teoría del Derecho penal”, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 21-50, págs. 30 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, El delito corporativo en el Código Penal español: cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad de las empresas, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2016, págs. 67 ss. Un análisis crítico, Véase, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G., “El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2 y ss. CP”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), Tratado sobre

penal “sui generis”, cuya descripción parecería contenida en el art. 31 bis 2. del CP, configurándose, según esta postura del TS, como un delito de resultado, por lo tanto, comisivo omisivo, pues no bastaría con la ausencia de dichos programas de cumplimiento o, en su caso, a pesar de la existencia de dichos programas, con la ausencia de la debida supervisión, vigilancia y control, sino que se requiere que se haya cometido un delito por parte de una persona física precisamente como consecuencia de (imputable objetivamente a) la ausencia del cumplimiento por parte de la persona jurídica de dichos deberes legales<sup>74</sup>. Siendo, además, precisamente el incumplimiento de los deberes de control, la infracción del deber objetivo de cuidado que determinaría el desvalor subjetivo de la acción, es decir, la imprudencia, de la persona jurídica<sup>75</sup>.

compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 191-210, pág. 197.

<sup>74</sup> En mi opinión, esto es lo que viene a decir GALÁN MUÑOZ, Alfonso, Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 219 s., “el delito del individuo no es ni puede ser una mera condición objetiva de punibilidad del delito del que responderá la persona jurídica. En realidad, el delito individual, tal y como hemos visto, es el referente del riesgo no permitido que, desde un primer momento dota de contenido de antijuridicidad material a la infracción preventiva que podría determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, con lo que si se exige, como nuestro Código hace, que dicho delito llegue efectivamente a cometerse para poder atribuirle dicha clase de responsabilidad, parece lógico pensar que ello es porque la efectiva producción del referido delito individual delimita y determina el resultado que consumará el injusto del que se la responsabiliza definiendo, por tanto, el desvalor de resultado que se necesita para poder castigarla. En efecto, el Código penal exige que se cometa un delito por parte de una o varias de las personas físicas de las que habla el art. 31 bis 1 CP para poder sancionar a la persona jurídica, lo que convierte la producción de dicho delito en un elemento decisivo del injusto del que ésta tendrá que responder. Sin embargo, resulta evidente que el delito en cuestión no habría sido realizado ni dominado por la entidad, sino por un tercero (por alguno de los dirigentes o subordinados delimitados en el art. 31 bis. 1 CP), lo que, a nuestro modo de ver obliga a entender que, si bien la entidad responderá por el delito producido, no lo hará ni podrá hacerlo por haber dominado su producción, sino tan solo por haber contribuido a que dicho tercero lo pudiese efectuar al haber infringido el deber que tenía de prevenir el riesgo de que se cometiese, siendo, por tanto, la efectiva materialización de dicho riesgo indebidamente no controlado en el delito favorecido, el verdadero resultado que completará el injusto corporativo del que la persona jurídica habrá de responder. Así pues, la persona jurídica responderá por no haber evitado una contribución al delito cometido por un sujeto individual que podía y debía haber impedido, siendo dicha contribución, materializada en el delito, el resultado que completará el injusto corporativo del que la entidad habrá de responder y la infracción del deber preventivo que le correspondía la actuación que tendrá que haberla ocasionado, en sentido normativo, para poder llegar a responsabilizarla por su producción; exigencia ésta última que, indudablemente convierte la existencia de un nexo causal entre el riesgo no permitido generado por la infracción del deber preventivo establecido en el art. 31 bis CP y su materialización en el delito efectivamente producido en un requisito fundamental de la responsabilidad de las entidades y, consecuentemente, al juicio de imputación objetiva en el referente decisivo a la hora de delimitar dicha responsabilidad”. En este mismo sentido, CARO CORIA, Dino Carlos, “Imputación objetiva y compliance penal”, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.)/DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica (coord.)/GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino (coord.), Derecho penal económico y teoría del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 371-410, págs. 398 ss.; PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, “Programas de cumplimiento normativo como paradigma de la justicia penal preventiva”, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.)/DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica (coord.)/GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino (coord.), Derecho penal económico y teoría del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 471-499, págs. 472 s.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “¿Cuál es la valoración jurídica de los *compliance* en la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.)/DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica (coord.)/GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino (coord.), Derecho penal económico y teoría del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 503-536, pág. 530.

<sup>75</sup> En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “*Compliance*, debido control y unos refrescos”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis (dir.)/NIETO MARTÍN, Adán (dir.), “El Derecho penal económico en la era



Una opinión contraria es la que sostiene la FGE, que defiende un modelo de heterorresponsabilidad de las personas jurídicas<sup>76</sup>, como sostiene otra parte de la doctrina<sup>77</sup>. Desde este punto de vista, la persona jurídica no comete por sí misma delito

compliance”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 111-135, págs. 124 ss., “el debido control de la persona jurídica de cara a la inocuidad de su actividad –o, al menos, pues de control ‘penal’ hablamos, de cara a la ausencia de grave lesividad- no parece que pueda ser algo muy diferente a lo que es el debido control del individuo, que es un control sobre su cuerpo, sobre sus actitudes. (...) Con la persona jurídica, con la empresa, la cuestión de la prudencia –del control, de mantenerse en el riesgo permitido- es similar, salvo en la complejidad orgánica: se trata de organizarse para que en su actuación no se produzcan daños delictivos en su favor; para que no se cometan delitos. Interesa destacar en este punto que, como sucede con las personas físicas, ni se trata de controlar absolutamente, sino razonablemente –diligentemente-, y que el debido control no se dirige a evitar todo riesgo, sino a evitar los riesgos no permitidos y a que los permitidos no se rebasen el límite de lo tolerables. (...) En relación con ello, con el estándar del cuidado debido, me parece importante subrayar algunas cosas. La primera, y discúlpeame la insistencia, es que no se puede sancionar a la empresa de un modo objetivo a partir del delito en su favor del empleado. Sólo se la puede sancionar si estaba mal organizada al respecto”; GALÁN MUÑOZ, Alfonso, Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 243 s., “esto recuerda significativamente al juicio que de forma tradicional ha fundamentado la realización imprudente de delitos por parte de las personas físicas. El de la infracción del deber objetivo de cuidado con que se debe cumplir la norma penal; juicio que, sin embargo, en este caso, estará referido a la infracción de la norma de cuidado con que se debe cumplir el deber colectivo de prevenir determinados delitos y que, precisamente por ello, no analiza exclusivamente la forma en que uno o incluso varios de los integrantes de la entidad habrían infringido el deber preventivo de cuidado que les correspondiese, sino la manera en que la interacción del colectivo habría llevado a que se produjese una aportación delictiva que debían y podían haber evitado, interactuando de forma más diligente”. Sobre la imputación subjetiva de la persona jurídica, véase ampliamente PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, “Programas de cumplimiento normativo como paradigma de la justicia penal preventiva”, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.)/DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica (coord.)/GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino (coord.), Derecho penal económico y teoría del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 471-499, págs. 480 ss.

<sup>76</sup> La FGE, Circular 1/2011, de 1 de junio, pág. 12, señala que “el legislador español dibuja un sistema de heterorresponsabilidad penal o responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere”.

<sup>77</sup> En defensa de este modelo, GÓMEZ TOMILLO, Manuel, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 51 ss.; el mismo, “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas: especial referencia al sistema español”, Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 25, 2011, págs. 43-84, págs. 48 ss.; Díez Ripollés, José Luis, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación española, InDret, 1/2012, págs. 20 ss. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 74 ss.; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las sentencias del Tribunal Supremo números 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, Comunicaciones en propiedad industrial y Derecho de la competencia, n.º 77, 2016, págs. 5 ss.; DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Cuestiones generales”, en: CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio, Tratado de Derecho penal económico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 513-576, pág. 522 s. Parece alinearse con este modelo, ROCA DE AGAPITO, Luis, “Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas”, en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 371-412, pág. 373. Muy crítico con los modelos de heterorresponsabilidad, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles”, en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 135-176, págs. 147 ss. También, GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Falsa alarma: societas delinquere non potest”, en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 207-254, págs. 242 ss. Véanse también críticas a este modelo en GALÁN MUÑOZ, Alfonso, Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 177 s.; FERNÁNDEZ

alguno, sino que el delito es cometido por la persona física que actúa en su nombre o por cuenta de aquélla, en su provecho, o en el seno de aquélla, y bajo determinadas circunstancias le transfiere dicha responsabilidad penal<sup>78</sup>. Considera así que se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica<sup>79</sup>. Partiendo de aquí, la FGE deshecha la posibilidad interpretativa de entender los programas de cumplimiento como elementos integradores del tipo penal, pues la ausencia de aquellos o la ausencia de una cultura de cumplimiento, la defectuosa organización propiciatoria de la comisión de un delito por una persona física, no constituyen delito alguno<sup>80</sup>. Para la FGE, los programas de cumplimiento y su correcta implementación en la persona jurídica presentan la naturaleza de causa de exclusión personal de la punibilidad<sup>81</sup>. Esta interpretación ha sido objeto de severas críticas por una parte de la doctrina señalando que se aleja del tenor literal del CP y

TERUELO, Javier G., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: requisitos comunes a los criterios de transferencia o conexión o doble vía de imputación [art. 31 bis 1. Apartados a) y b) ]”, en: MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 43-54, págs. 43 ss.

<sup>78</sup> Así, la FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, pág. 4, “el art. 31 bis no dice que las personas jurídicas *cometan* el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas ‘serán penalmente responsables de los delitos cometidos’ por personas físicas. (...) Del mismo modo, la expresión ‘responsabilidad penal’ es utilizada en sentido amplio, atribuyéndola a la persona jurídica en virtud de un hecho de conexión consistente en el previo delito cometido por la persona física en su nombre o por cuenta de ella. Es en este estadio donde deberá acreditarse la comisión de la infracción penal, individualizando una acción típica y antijurídica de la persona física para verificar después que se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica. Conforme a este modelo, hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto persona jurídica que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros”.

<sup>79</sup> La FGE, Circular 1/2011, de 1 de junio, págs. 13, 15, considera que “ciertamente late en el precepto [scil. Art. 31 bis CP] la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos”; “a tenor de lo expuesto, el modelo vicarial diseñado por el legislador español parece difícilmente objetable desde el punto de vista constitucional”; la FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, pág. 3, mantiene su interpretación al señalar “pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica”.

<sup>80</sup> Véase, FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, pág. 28.

<sup>81</sup> La FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, pág. 28 se muestra inequívoca al afirmar que “la construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrentes en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 quater. De este modo, atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31 bis 1.º”. Véase también pág. 33. Sobre la preferencia terminológica de la expresión “causas personales de supresión de la punibilidad” frente a “excusa absolutoria”, así como las diferencias entre aquéllas y las causas personales de anulación (o levantamiento o remisión) de la punibilidad, véase LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Lecciones...”, op. cit., págs. 562 s.

que no resulta compatible con los efectos atenuatorios que se le otorgan (a los programas de cumplimiento y su ejecución) cuando se aprecian parcialmente<sup>82</sup>.

Junto a estas dos posturas, nos encontramos con otras interpretaciones sobre la naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento. Así, un sector doctrinal entiende que son causas eximentes que excluyen la culpabilidad de la persona jurídica, por demostrar una disposición al cumplimiento normativo y, de esta forma, evitar la responsabilidad por las actuaciones delictivas realizadas por sus dirigentes o empleados mostrando una actitud en este sentido<sup>83</sup>. Y una parte del TS, los firmantes del voto particular en la STS 29 de febrero de 2016, señalan que “si bien no se cuestiona que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control, se afirma que la

<sup>82</sup> En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de La fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo”, *InDret* 2/2016, pág. 29., indica que “no es tan evidente e inequívoco, sin embargo, como afirma la Circular que el legislador haya construido las condiciones del art. 31 bis como causa de exención de la pena ‘a modo de excusa absolutoria’. En la medida en la que a la Circular le gustan los argumentos literales, no se puede dejar de tomar en consideración que el texto del art. 31 bis no se refiere a una exclusión de pena porque ésta se muestre innecesaria por el compromiso ético de la entidad, sino a una exención de responsabilidad. El concepto de exención de pena provoca en sentido contrario que la responsabilidad –penal y civil directa- se mantenga intacta, sólo que se renuncia a imponer la sanción. Si el apartado primero del art. 31 bis establece los supuestos en los que las personas jurídicas son hechas responsables de los delitos cometidos por personas físicas, los siguientes apartados establecen las condiciones bajo las que la persona jurídica ‘queda exenta de responsabilidad’. Dicha responsabilidad sólo puede ir referida al hecho y no a una situación personal de ‘compromiso ético’, en la medida en la que la pena principal del sistema, que es la pena de multa, depende siempre de la gravedad del hecho cometido (no se castiga igual un delito contable tributario que un delito de defraudación tributaria). Además se debe tener en cuenta que la expresión es la misma que se utiliza en el art. 20 CP para las personas físicas: exención de responsabilidad. Evidentemente toda exención de responsabilidad excluye la pena, pero tal expresión literal hace referencia a que falta algún presupuesto legítimo para poder imponer la sanción”; GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 185 s., “tampoco parece que sea acorde a dicha supuesta naturaleza excluyente de la punibilidad el hecho de que los referidos preceptos obliguen a dotar de efectos atenuatorios al cumplimiento parcial de lo exigido en los apartados 2 y 4 del art. 31 bis CP, lo que, evidentemente, es mucho más propio de los juicios de merecimiento de pena (referidos a la antijuridicidad y culpabilidad por el hecho del que se responsabiliza a la entidad), que al de necesidad de su punición tras su realización, propio de la punibilidad”.

<sup>83</sup> PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., “Cuadernos penales José María Lidón, núm. 12, La reforma del Código Penal a debate”, Universidad de Deusto, Bilbao, 2016, págs. 99-140, págs. 123 ss., considera que “las circunstancias específicas de exención de responsabilidad son coherentes con el fundamento de la culpabilidad del ente colectivo, identificado con un defecto de organización, con el efecto evidente de potenciar la implementación de modelos de prevención penal corporativos. (...) Obviamente, una vez constatada la tipicidad y la antijuridicidad de una acción u omisión imputable a una persona jurídica, ésta pecha con la carga de probar que no hubo un defecto de organización, pues corresponde al acusado acreditar la concurrencia de circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal”; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica: el ‘delito de sospecha blindado’ y la responsabilidad objetiva ‘impura’ en la Circular 1/2010 de la FGE”, *Diario La Ley*, n.º 7694, 2011, *passim.*; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “La culpabilidad de la persona jurídica”, en: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.), FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (coord.), GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016, págs. 143-220, págs. 143 ss.; englobaría en esta posición a GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 317-346, págs. 337 s.

(in)existencia de estas medidas de control, no se puede calificar como ‘el núcleo de la tipicidad’ o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art. 31 bis 1.º CP, sino que su presencia operará (en un segundo momento) como circunstancia eximente, excluyente de la culpabilidad”<sup>84</sup>.

De todo lo expuesto anteriormente se puede decir que los esfuerzos realizados por la jurisprudencia, la FGE, y, en particular, por la doctrina para tratar de arrojar luz sobre la naturaleza que presentan los programas de cumplimiento no son para nada desdeñables y, al igual que ocurre con los trabajos académicos destinados a tratar de buscar explicaciones sobre la propia rppj coherentes con la teoría del delito, suponen un desarrollo doctrinal sin precedentes<sup>85</sup>. Se llevan al límite distintas categorías de la teoría del delito, y esto da cuenta de cuál es el rendimiento o cuál puede llegar a ser el rendimiento de muchas de ellas. Ahora bien, en mi opinión, los programas de cumplimiento no deberían estar integrados en el CP, ni contemplarse como elementos con naturaleza jurídicopenal o que pudiesen jugar un rol (más o menos importante, ni tan siquiera indiciario) en el proceso de determinación de la responsabilidad penal<sup>86</sup>. Por las razones expuestas, y por las que siguen en el último epígrafe del

<sup>84</sup> Así, STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel MAZA MARTÍN) (ROJ 613/2016), Voto particular, Fundamento Quinto.

<sup>85</sup> En este sentido, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Derecho penal económico y teoría del delito: otra vuelta de tuerca”, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.)/DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica (coord.)/GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino (coord.), Derecho penal económico y teoría del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 17-45, pág. 30, señala “que la ‘teoría del delito paralela’ que se trata de construir en torno a la responsabilidad *penal* de las personas jurídicas tenga, en cierto modo, los ‘pies de barro’, no quiere decir que el trabajo dogmático, entendido como la exégesis sistemática de la regulación vigente con la finalidad de orientar su aplicación al respeto de las garantías penales tanto de carácter sustantivo como procesal o la formulación de propuestas de *lege ferenda*, entre otros, no resulte valioso o incluso imprescindible en este campo, En este sentido debe distinguirse entre el aspecto relativo a la *razón práctica*, que lleva a ‘aceptar’ la existencia de dicha regulación y la necesidad de proporcionar criterios racionales que faciliten su interpretación, y el aspecto relativo a la *razón teórica*, que no lleva la aceptación (acrítica) de las premisas lógicas de las que parte la construcción en sí”. En sentido crítico, DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre *compliance*: discordancias con la jurisprudencia”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), Tratado sobre *compliance* penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 125-155, pág. 131, señala abiertamente “esa doctrina [scil. la relativa a la RPPJ] se muestra más proclive a analizar, con desigual resultado y acierto, aspectos dogmáticos de la RPPJ y, sobre todo, al estudio de la *compliance* program (art. 31 bis, número 2.º y 4.º CP/2015), que tanto interesa a los empresarios y a sus directivos en la búsqueda de lo que dado en llamar ‘la impunidad programada’, la cual proporciona abundante trabajo a numerosos profesores titulares y catedráticos de Derecho penal e influyentes bufetes de abogados”.

<sup>86</sup> En sentido semejante, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Derecho penal...”, op. cit., págs. 31 s., “lo que resulta evidente es que, en parte debido a que los puntos de partida no está claros –no siquiera en los aspectos más elementales, tales como *qué* conducta comete *quién*, esto es, *qué* hechos son imputables respectivamente a la persona física o/y a la persona jurídica, y de qué lado recae la carga de la prueba en cada caso- surgen *problemas intrasistemáticos* que interfieren con el sistema general del Derecho penal, que no permanece inmune frente a las nuevas coordenadas que ingresan en el Código Penal. Surgen por ello debates científicos como los que a título ejemplificativo se mencionan a continuación, que tal vez cabría englobar a efectos heurísticos dentro de una ‘teoría del delito corporativo’, para diferenciarla así del ámbito de la ‘teoría general del delito’. Intentar construir esta última sobre los ‘mimbres’ de aquella puede resultar, en mi opinión, contraproducente, toda vez que se llegue por esta vía a la defensa de conceptos que ya habían sido superados, tales como los relativos a una *culpabilidad de autor*, sin discriminar entre los dos ámbitos y sin perjuicio de que también sean rechazables cuando se refieren a las corporaciones. Todo ello me lleva a pensar que hubiera sido mejor regular la responsabilidad *penal* de la persona jurídica en una ley especial, fuera, por tanto, del Código penal general. Esto no quiere decir que la ‘ubicación’, por sí sola,

trabajo, en mi opinión los programas de cumplimiento suplantan el papel que corresponde (o, al menos, pretende desempeñar) al propio Derecho penal. ¿Acaso las normas contenidas en el Código penal o en las leyes penales especiales no son verdaderamente un programa de cumplimiento? ¿Puede existir algún programa-documento con una eficacia preventiva (al menos pretendida) mayor o igual que la del Código penal? En definitiva, sin perjuicio de que se pueda seguir profundizando en los conocidos como programas de cumplimiento y valorar la operatividad que puedan tener en el correcto funcionamiento de las personas jurídicas, desde mi punto de vista no deberían tener el peso que se les ha querido atribuir en el ámbito del Derecho penal, lo que va ligado indisolublemente a la implantación de la muy discutible responsabilidad penal de las personas jurídicas.

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

Los programas de cumplimiento, como máxima manifestación de la introducción del *soft law* en el campo del Derecho penal, suponen una quiebra de algunos de los principios orientadores del *ius puniendi*. Paradójicamente, esta quiebra no va en el sentido de permitir desbordar el derecho punitivo del Estado, que es para lo que fueron creados y la razón de ser de aquéllos, sino en el sentido de deslegitimar la acción punitiva del Estado<sup>87</sup>.

En primer lugar, los programas de cumplimiento, tal y como se recogen en los arts. 31 bis ss. CP, suponen una quiebra del principio de legalidad. Tal y como vimos,

resuelva algo, pero al menos hubiera contribuido a la configuración mental de que se trata de un 'subsistema' que obedece y se construye desde parámetros diferentes, algo que facilitaría la mismo tiempo la labor de evaluación posterior a la que nos hemos referido, dado que esta también tendría que producirse con baremos y herramientas técnicas diferenciadas. (...) Las afirmaciones anteriores encuentran su apoyo, en parte, en la constatación de que la íntima vinculación entre el sistema de responsabilidad *penal* de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo, cuya naturaleza, como señala p. ej. *Caro Coria* en su lúcido artículo, no es de carácter penal sino que consiste en 'gerenciamiento del riesgo o administración de una posición de riesgos desde la empresa'".

<sup>87</sup> En este sentido, BUSATO, César, "Lo que no se dice sobre el criminal compliance (resumen)", Foro FICP, N.º 2017-1 (mayo), págs. 349-351, pág. 350, "el compliance trajo a la discusión algo sumamente importante: la pregunta sobre los efectos que tiene o debe tener la autoorganización de una persona frente a su responsabilidad penal. Pero, hay que tener en cuenta que cuando se transfiere a uno la definición del alcance de la responsabilidad penal, se le quita, automáticamente, al Estado, esta herramienta". En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: MATELLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 91-112, pág. 98, "el descubrimiento por la opinión pública, en particular la norteamericana, de estas prácticas corruptas en sus grandes corporaciones, propició un clima en el que la pretensión de mantener un estatuto de autorregulación resultaba difícil de defender políticamente. Ciertamente ya habían iniciado un profundo proceso de desregulaciones en las áreas del derecho administrativo y también del derecho privado. Esto es, aunque no habían logrado su gran objetivo de dejar al mercado y sus intermediarios al margen de la odiosa intervención del Estado, sí al menos ya estaban logrando normativas *ad hoc* para el mundo de los grandes negocios y una notable desregulación en sectores preferentes. Por tanto, aplicaron la misma estrategia frente a la amenaza de la legislación penal: aceptaban la regulación (la posibilidad del castigo a la empresa), pero a cambio impusieron programas de cumplimiento y prevención de delitos, una remozada traslación de los códigos de conducta al derecho penal (el incentivo). Es así como irrumpen en la esfera punitiva las estrategias de dirección de organizaciones para prevención de delitos, en especial frente a los delitos de corrupción".

los programas de cumplimiento (con más precisión, su ausencia) configuran el núcleo de la tipicidad<sup>88</sup>, siendo elaborados por las propias empresas y, en su caso, certificados por entidades privadas, al margen de los poderes normativos del Estado<sup>89</sup>. Desde luego, conforme a los arts. 9.3, 25.1 CE, así como a los arts. 1, 2, 4 y 10 CP, estos programas nunca podrían ser considerados fuentes del Derecho para crear o agravar la responsabilidad penal. Pero tampoco parece adecuado entender que dichos programas puedan ser considerados como causas de exclusión de la tipicidad o de la culpabilidad, pues no hay base formal ni material para ello. Aunque la mayoría de las eximentes y atenuantes están recogidas en la propia ley penal, todas las demás fuentes del Derecho pueden operar, aunque con eficacia bastante más limitada, como fuentes para excluir o atenuar la responsabilidad penal<sup>90</sup>. Ahora bien, esta eficacia exonerante está limitada a las fuentes del Derecho, que conforme al art. 1 CC son la ley, la costumbre, los principios generales del Derecho, los tratados internacionales

<sup>88</sup> Esta es la propuesta del TS, como se señaló *supra*.

<sup>89</sup> En este sentido, PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio, “Racionalidad penal-económica y sistemas de cumplimiento como derecho intermedio”, REPC 20-19 (2018), págs. 1-30, págs. 15 s., señala que “este desajuste también se evidencia cuando atendemos a los programas de cumplimiento en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A través de este artefacto jurídico, sucedería una suerte de injerencia del *softlaw* –muy característico de las dinámicas empresariales– en el derecho más duro (el penal), lo que genera no pocos desajustes conceptuales que colocan al *Compliance* en un punto inestable entre autorregulación y heterorregulación. Las consecuencias, en la práctica, son inquietantes, ya que no es fácil discernir el alcance de categorías jurídicas como la tipicidad o la culpabilidad; o aun procesales, como la obligación de demostrar (o no) la existencia del programa de cumplimiento mismo por parte de la acusación”. Aunque este autor intenta otorgar sentido y validez a los programas de cumplimiento, desde el punto de vista del Derecho penal. También, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español”, REPC 21-03 (2019), págs. 1-25, pág. 5, “(...) considero que el contenido de las obligaciones de control tiene que ser normativo (normas extrapenales de carácter administrativo, mercantil o civil que establecen específicas obligaciones de control). De ese modo, quedarían excluidas las obligaciones contractuales, en la medida en que no procedan o sean ejecución de una previsión legal al respecto (incluidos los programas de prevención). La actividad de empresa y los riesgos que la misma conlleva está ampliamente regulada y resulta por ello más que discutible que aquello que esa extensa normativa no considera obligatorio pueda dar lugar sin embargo a la responsabilidad penal de la persona jurídica (...)”. También, AGUILERA GORDILLO, Rafael, “Compliance Penal...”, op. cit., 343, “sobre este asunto, admito mostrar intensas reticencias al hecho de acudir, para una labor de concreción de los requisitos sobre el *compliance* penal, a estos estándares o procedimientos estandarizados. Son textos cuyo origen no procede directamente de la voluntad del legislador (como poder público detenta una altísima carga de legitimación –al estar conformado por representantes de la soberanía nacional–), ni siquiera de resoluciones de una Administración Pública matriz, sino que se elaboran por grupos de trabajo reducidos y cerrados conformados por expertos –en algunos casos vinculados a las esferas de negocio de entidades privadas–, que desempeñan dicha labor en el seno de entes privados o semi-públicos con ciertas potestades públicas, lo que ya implica cierta privatización como rasgo del aludido fenómeno de la huida del Derecho Administrativo. (...) se trata de normas que no se elaboran en foros realmente abiertos y transparentes, que gocen de un procedimiento en el que se garantice la participación de todos los agentes implicados (como, por ejemplo, ciudadanía, en general o, los trabajadores, en particular) y, sin embargo, se ocupan de abordar de manera directa una cuestión con trascendencia en algo tan relevante como es la atribución de la responsabilidad penal”; ROTSCH, Thomas, “Criminal compliance”, InDret, 1/2012, págs. 1-12, pág. 6, “así pues, existe el peligro de que sea la propia empresa la que se auto-reglamente penalmente. Sin embargo, en este contexto se plantea además inmediatamente la pregunta de en qué medida es posible con carácter general influir mediante la regulación empresarial interna en la responsabilidad penal, en el mejor de los casos, también en aras de su evitación”.

<sup>90</sup> Véase, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Lecciones...”, op. cit., págs. 69 s.

suscritos por España y la jurisprudencia. Pues bien, los programas de cumplimiento no se integran en ninguna de estas fuentes jurídicas.

En segundo lugar, ponen en entredicho el principio de eficacia de la norma penal, en tanto en cuanto las posibilidades de su aplicación quedan condicionadas a la autogestión reguladora de los destinatarios de aquélla. Desde el momento en que es el propio agente privado, el ente empresarial, el que define el sistema de control, las reglas de actuación del oficial de cumplimiento y los mecanismos internos de denuncia, parece que se está poniendo tierra de por medio a la posibilidad de que el Derecho penal, a través de la pena, pueda desempeñar en el marco empresarial un papel verdaderamente preventivo. Se le otorga a la empresa un poder para, a través de los programas de cumplimiento, modular la infracción penal y, en su caso, la respuesta penal, debilitando la eficacia misma de la norma penal<sup>91</sup>.

En tercer lugar, la utilización de los programas de cumplimiento como elemento pivotante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas supone eludir el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos. Esto es particularmente así desde la posición defendida por el TS, al considerar que el CP consagra un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica, siendo necesario, por tanto, la comisión de lo que da en llamar un “delito corporativo”. Este delito consiste en un defecto

<sup>91</sup> Es muy evocadora la imagen que describe BUSATO, Paulo César, “Lo que no se dice sobre Criminal Compliance”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* 1 (2017), págs. 1-31, págs. 3 ss., al decir “autorregulación: el lobo a cuidar del ganado”. Así, continúa señalando que “algo que no se puede olvidar en una visión crítica es que el compliance es una forma de autorregulación, lo que no deja de ser una especie de privatización de la función de prevención de irregularidades. Se suele defender que el sistema de cumplimiento debería ser el mecanismo de control social aplicable a las desviaciones penales en el ámbito empresarial. Se dice que deberíamos dar por buenos los standards de prevención desarrollados en la empresa. Por muchos matices que se pueda imponer, tal opción, naturalmente, convierte la empresa en juez de sí misma. (...) El problema es que en ninguna propuesta de autorregulación queda claro porque se puede esperar mejores resultados en los déficits de observancia de las normas a partir de estas fórmulas, cuando se los compara con fórmulas de heterorregulación e incluso no se puede siquiera afirmar que es realmente legítima tal delegación”. En este mismo sentido, DE LUCA, Javier Augusto, “Del Derecho penal limitador al Derecho penal legitimador de la punición. El ejemplo del llamado Derecho penal económico y empresarial”, *Foro FICP*, N.º 2017-1 (mayo), págs. 325-351, pág. 333, “self policing. Fe en el autocontrol y no control del Estado. Es de una candidez notable. (...) Los manuales de comportamiento inducen al control y denuncia de los hechos intra-empresarios y al aporte de pruebas en su propia contra. Es una forma de privatización del proceso penal. Es una especie de alianza estratégica entre la empresa y el Estado, pero con serias lesiones de principios constitucionales”. En sentido contrario, cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Compliance, debido control y unos refrescos”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis (dir.)/NIETO MARTÍN, Adán (dir.), “El Derecho penal económico en la era compliance”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2013, págs. 111-135, págs. 129 s., “el sentido de estos protocolos no es el de dibujar un estándar acomodaticio que exonere a las empresas de su responsabilidad de control por lo poco que había que controlar. No se trata de que encomendar las ovejas al lobo; de decirle a la empresa: ‘controla que no se cometan delitos, pero define antes tú qué es delito y qué es control’. La labor de estos protocolos debe entenderse como una tarea de colaboración con el legislador penal, transfiriendo al interior de la empresa estándares de cuidado públicos, para hacerlos más accesibles y para reforzar su carácter vinculante. Allí donde tales estándares no existan deberán asentarlos inicialmente las empresas bajo la atenta mirada de los fiscales y de los jueces. No se trata de una autorregulación interesada, sino de una colaboración con los poderes penales del Estado que refleja el sentido último de todo el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se exige a la empresa que colabore con la prevención de determinados delitos –los cometidos mediante la empresa y a favor de la empresa– y se convierte esa exigencia policial en una exigencia penal, que es la que determina el injusto propio de la empresa, bien diferente del injusto individual”.

de organización, que a la postre es lo que ha hecho posible la comisión de un delito por parte de la persona física. Pues bien, como se puede observar, la exigencia de responsabilidad penal de la persona jurídica no deriva de un hecho que lesione bien jurídico alguno sino de la simple inobservancia de una norma, la que rige o debiera regir la correcta y no defectuosa organización empresarial. Su infracción implica responsabilidad penal de la persona jurídica, y viceversa, su observancia conlleva la exoneración de responsabilidad penal. Existe aquí una clara influencia de postulados funcionalistas en términos de tratar de preservar y proteger el sistema, sin necesidad de constatar lesión de bien jurídico alguno (al menos por parte de la persona jurídica e, insisto, de acuerdo con este modelo)<sup>92</sup>.

## 8. Conclusiones

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

1. La Democracia efectiva radica en el respecto al principio de legalidad propio del Estado de Derecho, que reconoce un sistema concreto de fuentes y garantiza la creación de normas bajo un estricto control, al menos en lo que a su proceso formal se refiere.
2. El Estado de Derecho como modelo de organización política de la sociedad ha entrado en crisis debido fundamentalmente, en mi opinión, a la pérdida del monopolio de la creación normativa con las garantías que le son inherentes, tal y como lo conocíamos hasta ahora.
3. La pérdida del monopolio normativo se debe a que el procedimiento tradicional de creación de las normas jurídicas por el Estado se considera insuficiente, lento y, por tanto, deslegitimado, para responder a los retos de la sociedad actual: célere, móvil, cambiante, global.
4. El principio de legalidad se relaja dando lugar a lo que se denomina un nuevo Derecho, el *soft law*. Se pueden distinguir varias clases de *soft law* atendiendo a la fuente de la que proceden: *soft law* público *ad intra*, *ad extra* y, finalmente, público-privado.

<sup>92</sup> BUSATO, Paulo César, “Lo que no se dice sobre Criminal Compliance”, op. cit., págs. 9 s., señala, “en aras de dar cabida a una interpretación en favor de una supuesta autorresponsabilidad, cierto sector de la doctrina, evidentemente influenciado por la dinámica del funcionalismo sistémico y por el binomio funcionalidad/disfuncionalidad del sistema en relación con el entorno, propio de los sistemas sociales autopoieticos, pasó a defender que la responsabilidad de la empresa en estos casos derivaría de que ésta, en su actividad, ha presentado un defecto de organización, que es lo que permitiría que sus agentes actuasen de manera delictiva. En la base de este planteamiento se encuentra la idea de que la responsabilidad de una persona –sea física o jurídica, ya que ambos son sistemas, sea psicofísicos o jurídicos- deriva de la quiebra de las expectativas sociales (del entorno) respecto a la forma en como estas personas se organizan como sistemas”. En profundidad sobre esta cuestión, véase AGUILERA GORDILLO, Rafael, “Compliance Penal...”, op. cit., págs. 31 ss.; DE LUCA, Javier Augusto, “Del Derecho penal limitador...”, op. cit., pág. 330.



5. Tomando como referencia la categorización normativa de ALEXY que se basa en la distinción entre reglas y principios, por lo general el *soft law* integra normas de la segunda especie: principios, aunque no siempre va a ser así.
6. El valor de las normas de *soft law* y su papel es diverso, porque el *soft law* público parece que debe tener un mayor valor jurídico que el *soft law* público-privado.
7. En todo caso, desde mi punto de vista, el *soft law* público-privado, el que proviene de agencias (también estatales) o de organismos o entidades privadas, debe limitarse a un papel auxiliar del intérprete del *hard law*, adaptado al sistema de fuentes clásico y que en el fondo es el que tiene una auténtica legitimidad.
8. Sin embargo, la tendencia actual es la contraria, pues en muchos casos el *soft law* supera el papel meramente auxiliar en el proceso hermenéutico para integrar plenamente las normas jurídicas vinculantes.
9. Este fenómeno ha alcanzado al propio Derecho penal, un sector del Ordenamiento jurídico que debería permanecer inmune a esta expansión pero que parece que ha acabado por ceder a este fenómeno, como lo demuestra el hecho de que el Derecho penal positivo español, a través del art. 31 bis CP, contempla los programas de cumplimiento y se refiere a sus requisitos.
10. Para ilustrar este hecho pongo como ejemplo la remisión (implícita) de las normas penales a los estándares normativos establecidos por agencias estatales como AENOR o internacionales como ISO en materia de configuración de los programas de cumplimiento (*compliance programs*) para poder eximir a la empresa, a la persona jurídica, de responsabilidad penal.
11. Esta dinámica es reforzada por los tribunales cuando desde los órganos jurisdiccionales se da carta de naturaleza (penal) a dichos estándares como sistemas de medición válidos de los programas de cumplimiento a efectos de determinar su valor exonerante a efectos penales. Así, el TS manifiesta abiertamente el carácter casi vinculante para el juzgador penal de las normas de estandarización de dichos programas y de las certificaciones que tienen las agencias (acreditadas) de certificación en materia de *compliance*.
12. En mi opinión, este es un camino indeseable y que hay que corregir, pues se tiende a que las normas jurídicas, incluso aquellas que delimitan el injusto penal, sean creadas en y desde foros absolutamente alejados de los poderes públicos, en definitiva, del Estado y de los órganos estatales legitimados para ello.
13. En este sentido, los programas de cumplimiento, expresión del *soft law* en el ámbito jurídicopenal, confrontan algunos de los principios clásicos del Derecho penal. En primer lugar, suponen una quiebra del principio de legalidad y del sistema de fuentes que rige en Derecho penal. El principio de legalidad

(arts. 9.3 y 25 CE) impide utilizar estos programas (o mejor dicho, su ausencia o incumplimiento) para fundamentar o agravar la responsabilidad penal de las personas jurídicas (entendida esta expresión en un sentido amplio, como imposición de sanciones a las personas jurídicas a resultas de una condena penal a alguna persona física ex arts. 31 bis ss. CP); pero también impedirían su utilización para exonerar de responsabilidad penal, pues no son fuente del Derecho (art. 1 CC). Ponen en entredicho el principio de eficacia de la norma penal, en tanto en cuanto las posibilidades de su aplicación quedan condicionadas a la autogestión reguladora de los destinatarios de aquélla. La utilización de los programas de cumplimiento como elemento pivotante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas supone eludir el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos. Esto es particularmente así desde la posición defendida por el TS, al considerar que el CP consagra un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica, siendo necesario, por tanto, la comisión de lo que da en llamar un “delito corporativo” cuyo núcleo de tipicidad viene determinado por la ausencia de programas de cumplimiento eficaces o la ausencia de una cultura de cumplimiento.

14. Los programas de cumplimiento no debieran estar contenidos en el CP y tampoco debería otorgársele carta de naturaleza jurídicopenal. Su interés debería plantearse en otras ramas del ordenamiento jurídico.
15. En definitiva, el *soft law* y su irrupción en la organización de la vida social es, en mi opinión, la clara materialización de una pérdida de democracia de las sociedades actuales, al producirse un desplazamiento del centro de creación normativa desde el Estado hacia organismos y entes privados. Este fenómeno ha alcanzado al propio Derecho penal, llegando así a contaminar a aquella parte del Ordenamiento jurídico que constituye la máxima expresión de la soberanía estatal.

## Bibliografía

- ABEL SOUTO, Miguel, “Antinomias de la reforma penal de 2015 sobre programas de prevención que eximen o atenúan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en: MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 13-28.
- ABEL SOUTO, Miguel, “Las leyes penales en blanco”, *Nuevo Foro Penal*, N.º 68, 2005, págs. 13-30.
- AGUILERA GORDILLO, Rafael, “Compliance Penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el Compliance Program” (Tesis doctoral), Córdoba, 2018.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco. Consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 8 de mayo”, *Diario La Ley*, N.º 7922, 2012, págs. 1-9.

- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, “El soft law comunitario”, *Revista de Administración Pública*, N.º 154, 2001, págs. 63-94.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, “El lugar de las normas técnicas y de las normas técnicas armonizadas en el ordenamiento jurídico europeo”, en JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier (dir.), *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 99-115.
- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Bosch, Barcelona, 1998.
- BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht des Arztes*, Georg Thieme, Stuttgart, 1968.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013), págs. 219-263.
- BUSATO, César, “Lo que no se dice sobre el criminal compliance (resumen)”, *Foro FICP*, N.º 2017-1 (mayo), págs. 349-351.
- CANCHARI PALOMINO, Emma, “Consideraciones en torno a la eficacia en la adopción y ejecución de un programa de compliance penal, de cara al artículo 31 bis del Código Penal español”, *Revista Derecho y Sociedad*, N.º 50, Mayo 2018, págs. 135-155.
- CARBAYO, Francisco Javier, “Abogados, riesgos legales y compliance”, *Diario La Ley*, N.º 8702, 2016, págs. 1-9.
- CARO CORIA, Dino Carlos, “Imputación objetiva y compliance penal”, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.)/DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica (coord.)/GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino (coord.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 371-410.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista brasileira de ciências criminaes*, n.º 101, 2013, págs. 51-96.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “La exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Protocolos de prevención de delitos”, en JUANES PECES, Ángel (dir.)/DÍEZ RODRÍGUEZ, Elena (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, págs. 87-101.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “El órgano de ‘compliance’ penal: algunas cuestiones”, en: MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 29-42.
- DE LUCA, Javier Augusto, “Del Derecho penal limitador al Derecho penal legitimador de la punición. El ejemplo del llamado Derecho penal económico y empresarial”, *Foro FICP*, N.º 2017-1 (mayo), págs. 325-351.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Cuestiones generales”, en: CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio, *Tratado de Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 513-576.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, *Diario La Ley*, N.º 8732, 2016, págs. 1-13.

- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las sentencias del Tribunal Supremo números 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, *Comunicaciones en propiedad industrial y Derecho de la competencia*, n.º 77, 2016, págs. 5-26.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis dogmático”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 101-124.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret* 1/2012, págs. 1-33.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre *compliance*: discordancias con la jurisprudencia”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 125-155.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., “Derecho penal económico y de la empresa”, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 129-168.
- ESCRIHUELA CHUMILLA, Francisco Javier/GINER ALEGRÍA, César Augusto, “La responsabilidad de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, N.º 9260, 2018, págs. 1-28.
- ESER, Albin, “Medizin und Strafrecht: eine schutzgutorientierte Problemübersicht”, *ZStW*, Tomo 97, 1985, págs. 1-46.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles”, en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 135-176.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de La fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo”, *InDret* 2/2016, págs. 1-40.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El delito corporativo en el Código Penal español: cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad de las empresas*, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2016.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Carmen Rocío/CHANJAN DOCUMET, Rafael Hernando, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú”, *Derecho PUCP*, N.º 77, 2016, págs. 349-379.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Gustavo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español”, *RECPC* 21-03 (2019), págs. 1-25.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G., “El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2 y ss. CP”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN,

- Christa M. (coord.), Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 191-210.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: requisitos comunes a los criterios de transferencia o conexión o doble vía de imputación [art. 31 bis 1. Apartados a) y b) ]”, en: MATELLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), Compliance y prevención de delitos de corrupción, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 43-54.
- FERRAJOLI, Luigi, “Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia”, Trotta, Madrid, 2011.
- FERRE MARTÍNEZ, Carlos, “La responsabilidad de las personas jurídicas”, Bosch, Barcelona, 2011, págs. 42 ss.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “Compliance penal ante la corrupción: luces y sombras”, en: MATELLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), Compliance y prevención de delitos de corrupción, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 55-90.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad”, Revista General de Derecho Penal, n.º 16, 2011.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, Estudios Penales y Criminológicos, N.º 16, 1992-1993, págs. 63-104.
- GOENA VIVES, Beatriz, “Comentario al auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pamplona sobre el ‘caso Osasuna’. Perspectivas a partir de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre el procesamiento penal a personas jurídicas”, Diario La Ley, N.º 8701, 2016, págs. 1-12.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Falsa alarma: *societas delinquere non potest*”, en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 207-254.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, La responsabilidad penal del médico, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas: especial referencia al sistema español”, Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 25, 2011, págs. 43-84.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, Diario La Ley, N.º 8747, 2016, págs. 1-11.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas”, en JUANES PECES, Ángel (dir.)/DÍEZ RODRÍGUEZ, Elena (coord.), Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, págs. 39-58-101.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), La

- responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 177-205.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BANACLOCHE PALAO, Julio/ZARZALEJOS NIETO, Jesús/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, La Ley, Madrid, 2011, págs. 21-125, págs. 26 ss.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Cultura de cumplimiento de la legalidad y su plasmación en los estándares nacionales e internacionales de *compliance*”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), Tratado sobre *compliance* penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 299-315.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Diario La Ley, N.º 8830, 2016, págs. 1-12.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora”, Diario La Ley, N.º 8724, 2016, págs. 1-16.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “La culpabilidad de la persona jurídica”, en: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.), FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (coord.), GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016, págs. 143-220.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “El principio de reserva de ley y las leyes penales en blanco: una reflexión sobre el derecho fundamental a la legalidad penal”, Revista General de Derecho penal, N.º 28, 2017.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.), Tratado sobre *compliance* penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 317-346.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela (dir.), Compliance y prevención de delitos de corrupción, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 91-112.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas ‘penas’, medidas de seguridad ‘penales’ u otra especie de sanciones ‘penales’ aplicables a personas jurídicas”, en: DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., et al., Liber amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Juan M<sup>a</sup>. Terradillos Basoco, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 487-505.
- HABERMAS, Jürgen, “La constitución de Europa”, Trotta, Madrid, 2012.
- HAVA GARCÍA, Esther, La imprudencia médica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Tecnos, Madrid, 1990.
- JORGE BARREIRO, Alberto, “La imprudencia profesional”, CuadDJ, Tomo I, 1993, págs. 221-262.
- JUANES PECES, Ángel (dir.)/DÍEZ RODRÍGUEZ, Elena (coord.), Compliance penal, Lefebvre, Madrid, 2017.

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Compliance, debido control y unos refrescos”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis (dir.)/NIETO MARTÍN, Adán (dir.), “El Derecho penal económico en la era compliance”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 111-135.
- LÓPEZ MONIS, Mónica, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. ‘Compliance’”, en AA.VV., Acceso a la abogacía, Lefebvre, Madrid, 2019, págs. 167-190.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Lecciones de Derecho penal. Parte General”, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MAGRO SERVET, Vicente, “Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas”, Diario La Ley, N.º 9337, 2019, págs. 1-7.
- MAJUNKE, Philipp, *Anästhesie und Strafrecht. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anästhesisten*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1988.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Códigos deontológicos profesionales y códigos éticos para el ejercicio de cargos públicos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N.º 53 (2019), págs. 263-290.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Consideraciones sobre la incidencia de las crisis económica global en el Estado constitucional”, *Estudios de Deusto*, Vol. 60/2, julio-diciembre 2012, págs. 339-352.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005), págs. 239-263.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Imperio de la ley”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N.º 5, septiembre 2013-febrero 2014, págs. 177-185.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47 (2013), págs. 43-83.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso BANKIA”, en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 289-320.
- MARTÍNEZ JURADO, Darío, “El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia”, *Revista digital de Derecho administrativo*, n.º 20, segundo semestre/2018, págs. 289-343.
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, N.º 8, 2004, págs. 1-40.
- NAVAS MONDACA, Iván/BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *El criminal compliance en el Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- NEIRA, Ana María, “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *Polít. Crim.*, Vol. 11, N.º 22 (Diciembre 2016), págs. 467-520.
- NIETO MARTÍN, Adán, “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento”, en: NIETO MARTÍN, Adán (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, págs. 111-134.
- NIETO MARTÍN, Adán, “Introducción”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis (dir.)/NIETO MARTÍN, Adán (dir.), “El Derecho penal económico en la era compliance”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 11-27.
- NIETO MARTÍN, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en: MONTIEL, J.P (ed.), KUHLEN, L. (ed.), ORTIZ DE URBINA, G.

- (ed.), "Compliance y teoría del Derecho penal", Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 21-50.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio, "Racionalidad penal-económica y sistemas de cumplimiento como derecho intermedio", RECPC 20-19 (2018), págs. 1-30.
- PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA.VV., "Cuadernos penales José María Lidón, núm. 12, La reforma del Código Penal a debate", Universidad de Deusto, Bilbao, 2016, págs. 99-140.
- ROCA DE AGAPITO, Luis, "Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas", en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 371-412.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico?: la participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención", Diario La Ley, n.º 7561, 2011.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica: el 'delito de sospecha blindado' y la responsabilidad objetiva 'impura' en la Circular 1/2010 de la FGE", Diario La Ley, n.º 7694, 2011.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo, Comares, Granada, 2005.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico ante el Derecho, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), Bosch, Barcelona, 1981.
- ROTSCH, Thomas, "Criminal compliance", InDret, 1/2012, págs. 1-12.
- RUIZ VADILLO, "La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la medicina", Apen, 1994, págs. 499-519.
- SARMIENTO, Daniel, "La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law", Cuadernos de Derecho público, N.º 28, 2006, págs. 221-266.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Fundamentos del derecho penal de la empresa, Edisofer, Madrid, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las 'Leyes penales en blanco'", Estudios Penales y Criminológicos, N.º 16, 1992-1993, págs. 423-461.
- VARELA, Lorena, "Apuntes sobre la proceduralización en el Derecho penal", RECPC 21-02 (2019), págs. 1-31.
- VEGAS AGUILAR, Juan Carlos/HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Francisco E./IZQUIERDO GARCÍA, Fernando, "La figura del Compliance Officer y los Programas de prevención de riesgos penales", Diario La Ley, N.º 8689, 26/01/2016, págs. 1-12.
- WILHELM, Dorothee, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin. Zu den rechtlichen Grenzen ärzlicher Sorgfalt, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1984.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, "¿Cuál es la valoración jurídica de los compliance en la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?", en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.)/DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica (coord.)/GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino (coord.), Derecho penal económico y teoría del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 503-536.