

TEMAS

Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas

2.^a Edición, corregida, ampliada y actualizada a las novedades doctrinales y jurisprudenciales y a las modificaciones legales introducidas por las LLOO 14/2022 y 4/2023 y por la Ley 2/2023 y por otras disposiciones legales

Bernardo del Rosal Blasco



III LA LEY

TEMAS

Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas

2.^a Edición, corregida, ampliada y actualizada
a las novedades doctrinales y jurisprudenciales
y a las modificaciones legales introducidas por las
LLOO 14/2022 y 4/2023 y por la Ley 2/2023
y por otras disposiciones legales

Bernardo del Rosal Blasco

© **Bernardo del Rosal Blasco**, 2023

© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.**

LA LEY Soluciones Legales, S.A.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

<https://www.laley.es>

Segunda edición: Noviembre 2023

Primera edición: Octubre 2018

Depósito Legal: M-32348-2023

ISBN versión impresa: 978-84-19905-10-9

ISBN versión electrónica: 978-84-19905-11-6

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.

Printed in Spain

© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

CAPÍTULO IV

LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ORIGEN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NOR-
MATIVO PENAL (*COMPLIANCE PROGRAMS*)
3. LOS REQUISITOS PARA LA EXENCIÓN: EL PLAN DE PRE-
VENCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La reforma, sin duda, más importante de la LO 1/2015 fue la que introdujo, por primera vez, en el art. 31 bis, n.º 2, una expresa causa de exención de la responsabilidad criminal para las personas jurídicas fundada en la demostración de que la corporación tiene implementado, eficazmente, un plan de prevención de delitos o de cumplimiento normativo (*compliance program*) o, como el propio CP señala, un *modelo de organización y gestión que incluye 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*.

Así, para el caso de que el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra a) del art. 31 bis, n.º 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones, establecidas en el n.º 2 del art. 31 bis:

1.^a Que 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.^a Que 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.

3.^a Que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y

4.^a Que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a.

Como ya hemos visto, en los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

Además, el art. 31 bis, n.º 3, señala que, en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del art. 31 bis, n.º 1, dice el art. 31 bis, n.º 4, que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del n.º 2 de este art. 31 bis.

Finalmente, los modelos de organización y gestión a que se refiere la condición 1.^a del art. 31 bis, n.º 2, y el n.º 4, deberán cumplir —según el art. 31 bis, n.º 5— los siguientes 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.

2. EL ORIGEN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO PENAL (*COMPLIANCE PROGRAMS*)

2.1. Introducción

Desde que se promulgara, en el año 1885, nuestro vetusto CCo, el Derecho Mercantil y, muy especialmente, el Derecho de Sociedades Mercantiles ha sufrido una casi total transformación porque mucho ha variado, también, la configuración social y económica de nuestras propias sociedades humanas.

Como se ha señalado siempre, nuestro viejo CCo, en el momento en que se promulga, era un «Código de la tienda y el almacén», en el que el modelo de empresario al que se dirigía era el empresario individual y el acto de comercio tipo que pretendía regular era el de la compraventa mercantil⁽¹⁾. Pero desde los finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX y los comienzos de este siglo XXI, en la medida que ha ido cambiando el contexto en el que se desarrollan las relaciones económicas y mercantiles, nuestro Derecho Mercantil ha ido virando para convertirse en un Derecho del Mercado, entendido éste como el nuevo escenario en el que todas esas relaciones e intercambios jurídicos y económicos se desenvuelven y en el que al Estado le corresponde una nueva y determinada función regulatoria, que ha marcado, además, el carácter más imperativo que, en nuestro días, tiene toda la regulación mercantil.

De modo que, con mayor o menor intensidad, en función de los condicionantes históricos, sociales y económicos de cada momento, ya desde los finales del siglo XIX la regulación mercantil ha ido induciendo la intervención del Estado, ora fuera para evitar los monopolios o las prácticas restrictivas de la competencia (*Sherman Act* 1890 y *Clayton Act* 1890, EE.UU.), ora para proteger la salud individual de los consumidores frente a los fenómenos de fabricación en masa de alimentos o medicamentos (*Food and Drugs Act* 1906, EE.UU.), ya para, finalmente, desarrollar una ambiciosa política global de protección al consumidor, entendido éste como grupo social y económico diferenciado, que, además, es la parte más débil de la contratación mercantil,

(1) URÍA MENÉNDEZ, R. y MENÉNDEZ, A., en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (dirs.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 12.^a ed., Madrid, 2014, pág. 36.

bien por su menor capacidad económica, bien, simplemente, por su menor capacidad de acceso a la información a la hora de adquirir o contratar bienes o servicios.

Este progresivo incremento del intervencionismo estatal en la economía y en la vida y el funcionamiento de las empresas ha ido, además, sustentándose y justificándose sobre fundamentos ideológicos o políticos muy determinados, que se han definido en cada momento histórico y en función de las circunstancias concurrentes. Por ello, aunque sea cierto que el concepto de auto-regulación empresarial sea tan viejo como el propio concepto de empresa⁽²⁾, los basamentos ideológicos y filosóficos de esta nueva auto-regulación, consecuencia de un mayor intervencionismo estatal en el ámbito de las empresas, son muy diferentes.

Así, por ejemplo, se suele citar, como la primera agencia estatal de control y regulación de los alimentos, medicamentos, cosméticos, productos biológicos y derivados sanguíneos, a la *Food and Drug Administration* de los EE.UU., creada en el año 1906⁽³⁾. Resulta curioso que en el origen de la Ley que la crea se cite como factor muy influyente la publicación, ese mismo año, 1906, de la novela de Upton SINCLAIR, *The Jungle*, en la que se denunciaban las deplorables condiciones de trabajo de la industria cárnica del Chicago de comienzos del siglo XX. El objetivo de la Ley y de la actuación de la agencia era, no obstante, poco ambicioso, porque se trataba de conseguir que dichas industrias ofrecieran más información sobre el contenido de los productos.

Otra conocida agencia reguladora, la SEC de los EE.UU., equivalente a nuestra CNMV, fue creada en el año 1934 por la *Securities Exchange Act* de 1934, que nace, como la *Securities Act* de 1933, tras la crisis del año 1929. La *Securities Exchange Act* regula el mercado secundario de transacciones de títulos valores, es decir, las ventas que tienen lugar después de que los títulos hayan sido ya emitidos por la compañía, incluyendo la regulación de los participantes en ese mercado (asociaciones profesionales, *brokers*, emisores, etc.). La *Securities Act* regula, sin embargo, las condiciones de emisión de títulos y los requerimientos de información para ello. Así y todo, las exi-

(2) WALSH, C.J. y PYRICH, A.: «Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save Its Soul?», en *Rutgers Law Review*, vol. 47, 1995, pág. 649.

(3) SINGH, N. y BUSSEN, T.J.: *Compliance Management. A How-to Guide for Executives, Lawyers, and Other Compliance Professionals*, Santa Barbara, California-Denver, Colorado-Oxford, England, 2015, pág. 8.

gencias respecto a las empresas, aun siendo muchas y significativas, no tienen, en ese momento, la naturaleza actual, cuando se va mucho más lejos y se les exige a las empresas no solo el respeto a las normas, sino la adopción de fuertes compromisos con las culturas de cumplimiento normativo.

Durante los años 50 y 60 también hubo importantes procesos penales contra grandes compañías del sector de los grandes equipamientos eléctricos, como fue el caso del proceso abierto contra General Electric, que determinaron, en parte como estrategia de defensa, en parte por imposición del regulador, la adopción de programas de cumplimiento normativo en el ámbito de las prácticas *antitrust* como posible forma de atemperar las sanciones consecuencia de tales persecuciones⁽⁴⁾.

Aunque no fue hasta los años 70 y 80 del pasado siglo que las exigencias regulatorias y las obligaciones impuestas a las empresas tomaron carta de naturaleza universal, de modo que la exigencia de estos programas ya no se ciñó a sectores o ámbitos empresariales específicos, a la par que los requerimientos se sofisticaban y complicaban hasta el extremo⁽⁵⁾, es cierto que ese primer movimiento en el ámbito de la lucha contra las prácticas anticompetitivas generó la convicción de que los programas de cumplimiento normativo podían ayudar a solucionar determinados problemas corporativos y prevenir futuras persecuciones, como había ocurrido en el ámbito de las prácticas *antitrust*⁽⁶⁾.

Efectivamente, es a partir de los años 70 y 80 del pasado siglo cuando la revelación de importantes escándalos de corrupción y financieros suscitó el tópico de la *ética de los negocios*, en parte, como forma de restaurar la confianza pública en las empresas y en el mundo financiero y, en parte, como una forma más eficiente de gestionar las empresas en sintonía con lo que una sociedad más exigente con el respeto a la ley y a los derechos individuales y sociales demanda de ellas. Es en este nuevo contexto en que la prevención de comportamientos no éticos, incorrectos o delictivos empieza a jugar un papel decisivo.

(4) Véase, WHITING, R.A.: «Antitrust and the Corporate Executive», en *Virginia Law Review*, vol. 47, 1961, pág. 1760; GABEL, J.T.A., Mansfield, N.R. y HOUGHTON, S.M.: «Letter vs. Spirit: The Evolution of *Compliance* into Ethics», en *American Business Law Journal*, vol. 26, n.º 3, 2009, págs. 457 y ss.

(5) De hecho, los programas de cumplimiento para erradicar prácticas anticompetitivas se limitaban, prácticamente, a proclamar o definir una política de cumplimiento normativo que, en realidad, muchas veces ni se exigía ni se cumplía (véase, WALSH, C.J. y PYRICH, A.: «*Corporate Compliance Programs...*», en ob. cit., pág. 651).

(6) WALSH, C.J. y PYRICH, A.: «*Corporate Compliance Programs...*», en ob. cit., pág. 651.



Cinco años han transcurrido desde que se publicó la primera edición de esta obra, que pretendía recoger el rico debate doctrinal que, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se había producido tanto en España como fuera de nuestras fronteras. Esa primera edición exponía las posiciones doctrinales, así como las del propio autor, con vistas a aportar soluciones razonables a los problemas que plantea la aplicación práctica de la legislación sobre responsabilidad penal de personas jurídicas. Desde entonces, el panorama en este ámbito debemos de reconocer que ha cambiado mucho.

Hace cinco años apenas se conocían los entresijos y complejidades de esta materia. La jurisprudencia había empezado a despertar a la problemática de una regulación que llevaba ya unos años de vigencia pero, a pesar de ello, los operadores jurídicos y, sobre todo, las empresas, no terminaban de familiarizarse con esta nueva realidad jurídica. Ahora, sin embargo, el panorama ha cambiado diametralmente. Las empresas conocen bien esta realidad, los operadores jurídicos empiezan a dominar la materia con bastante soltura y los jueces y tribunales la aplican cotidianamente, por más que habrán de pasar todavía algunos años hasta que se llegue a formar un cuerpo sólido de jurisprudencia que resuelva y dé cierta estabilidad a algunos problemas interpretativos que no resultan fáciles de resolver.

En este ámbito, se han venido produciendo novedades legislativas de extraordinaria importancia, como es el caso de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la Protección de las Personas que Informen sobre Infracciones Normativas y de Lucha contra la Corrupción. La jurisprudencia, por su parte, ha incrementado de forma notable el número de resoluciones. Por todo ello, queda más que justificada la necesaria actualización y puesta al día de la materia través de esta nueva edición.



ER-0280/2005

GA-20050100