

MANUAL DE COMPLIANCE PENAL

Análisis estratégico y «Behavioral Compliance»

Régimen de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

Responsabilidad penal en funciones de cumplimiento y supervisión

Requisitos del «Compliance Program» Penal, eficacia e idoneidad

Sistema Interno de Información e Investigaciones Internas Corporativas

RAFAEL AGUILERA GORDILLO

Prólogos

MANUEL MARCHENA GÓMEZ

JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR

JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA

Epílogo

VICENTE MAGRO SERVET

© **Rafael Aguilera Gordillo**, 2026

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Edición: febrero 2026

Depósito Legal: M-2297-2026

ISBN versión impresa: 978-84-1085-549-6

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-550-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** 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, ARANZADI LA LEY, S.A.U., 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.

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

ARANZADI LA LEY 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.

ARANZADI LA LEY 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 **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, 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.

SOBRE EL AUTOR	17
RESEÑAS	21

PRÓLOGOS

Prólogo de Julián Sánchez Melgar a la nueva edición	31
Prólogo de Manuel Marchena Gómez	35
Prólogo de José Manuel Palma Herrera	41
Prefacio a la nueva edición	45
INTRODUCCIÓN	49

PRIMERA PARTE

AUTORRESPONSABILIDAD, HETERORRESPONSABILIDAD Y FUNDAMENTOS DEL «COMPLIANCE»

CAPÍTULO 1

CORRIENTES ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL AL ENTE CORPORATIVO

I. Modelo de autorresponsabilidad penal de la persona jurídica ..	69
1. La teoría de sistemas como estricto fundamento de un modelo de autorresponsabilidad: sus hipótesis frente a otras teorías científicas	69

1.1. Aspectos sociojurídicos y elementos significativos de otras teorías y corrientes sobre análisis de las organizaciones	85
2. Autoorganización y responsabilidad penal por hecho propio: consideraciones críticas y necesidad de actualizar la base sociolegal de la responsabilidad penal de la persona jurídica	98
II. Heterorresponsabilidad penal de la persona jurídica y cimentación de un ecléctico «modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa»	120
III. «Estado del arte» en España	131
IV. Particularidades y posiciones adoptadas en diversos países de Europa, Latinoamérica y el paradigma anglosajón	190

CAPÍTULO 2

NOCIONES PRELIMINARES Y FUNDAMENTOS DEL COMPLIANCE: AUTORREGULACIÓN, ACCOUNTABILITY, BEHAVIORAL ECONOMICS Y LA FIGURA DEL COMPLIANCE OFFICER

I. Consideraciones previas al « <i>compliance penal</i> »	237
II. « <i>Regulated self-regulation & accountability</i> »: germen del « <i>compliance</i> »	246
III. « <i>Compliance</i> », «behavioral economics» y psicología de grupos: el «enfoque del cumplimiento y el enforcement basado en el comportamiento y los valores»	258
1. Aspectos clave de este enfoque holístico: economía conductual y psicología	258
2. « <i>Deterrence</i> », estrategias para el cumplimiento y la noción de «confianza»	268
IV. El órgano con la «función de <i>compliance</i> (I)»: naturaleza estratégica y criterios de actuación	281
1. Naturaleza estratégica del « <i>compliance officer</i> »	281
2. Criterios de actuación y un planteamiento para reforzar la «confianza»	294

SEGUNDA PARTE
FUNDAMENTACIÓN ANALÍTICA
DE LA RESPONSABILIDAD PENAL
CORPORATIVA Y DEL «COMPLIANCE»

CAPÍTULO 3

**PROPUESTAS PARA LA FUNDAMENTACIÓN
Y ANÁLISIS CIENTÍFICO DE LA RESPONSABILIDAD
PENAL CORPORATIVA Y DEL «COMPLIANCE»**

- | | | |
|------|--|-----|
| I. | Persona física y acción social sobre cumplimiento: desde la elección racional (fundamentos criminológicos y sociolegales) hasta el «behavioral <i>compliance</i> » | 307 |
| II. | Neoinstitucionalismo: corriente de análisis de la organización modular para una antrópica responsabilidad penal corporativa | 328 |
| III. | Teoría de juegos y modelización en el « <i>compliance</i> »: postulados explicativos y herramientas de análisis pragmático | 337 |
| IV. | Prontuario de un «modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa» de base científica | 355 |
| V. | Excurso sobre nuevas tecnologías, inteligencia artificial y « <i>big data</i> » en la prevención del delito corporativo: confirmación de la necesidad de actualizar la fundamentación de la responsabilidad penal de la persona jurídica | 370 |

TERCERA PARTE

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL
Y ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN O CONTROL

CAPÍTULO 4

**RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO PENAL
ESPAÑOL, «COMPLIANCE OFFICER» Y OTROS ÓRGANOS
CORPORATIVOS CON FUNCIONES DE SUPERVISIÓN**

- | | | |
|----|--|-----|
| I. | Responsabilidad penal de la persona jurídica y el artículo 31 bis 1 CP | 384 |
|----|--|-----|

1.	Elementos necesarios para la atribución de responsabilidad penal al ente corporativo —o «hechos de conexión»— . . .	391
1.1.	<i>Requisitos ciertamente compartidos por las letras a) y b) del 31 bis 1 CP</i>	391
A.	La comisión de un delito que tenga contemplada la responsabilidad penal corporativa	391
B.	En beneficio directo o indirecto de la persona jurídica	400
1.2.	<i>Las facultades de la persona física que comete el delito como elemento específico</i>	408
A.	Representante legal, autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostente facultades de organización y control dentro de la misma (letra a del 31 bis 1)	408
B.	Individuo sometido a la autoridad de los anteriores (letra b del 31 bis 1) y la cuestión de los individuos de grupos de sociedades, dominación y filiales	414
1.3.	<i>La vinculación entre la conducta de la persona física y la persona jurídica como elemento de cada uno de los dos grupos de elementos —o «hechos de conexión»—</i>	419
A.	La actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica	419
B.	La actuación en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica	423
1.4.	<i>El incumplimiento grave —por los sujetos referidos en la letra a) del Art. 31 bis 1— de los deberes de supervisión, vigilancia y control</i>	425
2.	La «imputación subjetiva» en el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica e implicaciones sobre el doble dolo del partícipe	441
2.1.	<i>Examen de la condena y ulterior absolución de una persona jurídica —por participación— a causa del elemento subjetivo</i>	463
II.	Delitos para los que se contempla responsabilidad penal de la persona jurídica	493

III. Responsabilidad del ente sin personalidad jurídica: el artículo 129 CP	510
IV. Entes con personalidad jurídica penalmente irresponsables y jurisprudencia sobre determinadas personas jurídicas «inimputables»	517
V. Exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica: «el doble régimen de exención»	533
1. Presupuestos de exoneración cuando la persona física que ha delinquido es un representante legal, un autorizado a tomar decisiones o aquel que detenta facultades de control	536
2. Presupuestos para la exoneración cuando el individuo que ha cometido el delito es una persona física sometida a los anteriores	549
VI. El órgano con la «función de <i>compliance</i> (II)»: componente personal exigido para liberar de responsabilidad penal al ente ...	556
1. Regulación jurídico-penal del órgano con la «función de <i>compliance</i> o <i>compliance officer</i> », del responsable del <i>sistema interno de información</i> (SII) y relación con otros órganos de supervisión	559
1.1. <i>Exigencias de carácter orgánico sobre el «compliance officer»: la condición 2.ª del 31 bis 2 y la excepción del 31 bis 3 CP</i>	559
1.2. <i>Funciones del «compliance officer» y condiciones para la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica</i>	567
1.3. <i>Responsabilidad penal del «compliance officer» y del responsable del sistema interno de información (SII): posición de garante, comisión por omisión y probabilidad</i>	583
1.4. <i>Responsabilidad penal de socios y miembros de órganos de administración (imputación top down)</i>	624
VII. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	636
VIII. Penología de la persona jurídica	647
1. Las penas aplicables a las personas jurídicas sometidas al régimen de responsabilidad penal corporativa y <i>consecuencias accesorias</i> para las excluidas	647

2. Cuestiones relevantes: <i>modulación</i> bajo el principio de proporcionalidad y exclusión de pena por aplicación del <i>non bis in idem</i> ante la falta de <i>alteridad</i>	668
IX. Traslado de responsabilidad penal y <i>due diligence</i> penal en operaciones de <i>M&A</i>	673

CUARTA PARTE

EL «COMPLIANCE PROGRAM PENAL» O PROGRAMA DE PREVENCIÓN DE DELITOS: REQUISITOS JURÍDICO-PENALES

CAPÍTULO 5

LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN O «COMPLIANCE PROGRAMS»: REQUISITOS DEL 31 BIS 5 DEL CÓDIGO PENAL, LA CIRCULAR 1/2016 FGE, CONSIDERACIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y CASUÍSTICA EN LOS TRIBUNALES

I. Identificación de actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos: mapa de riesgos, matrices y teoría de juegos	710
II. Protocolización de los procesos de formación de voluntad, toma de decisiones y su ejecución en la persona jurídica: procedimientos y estructuras de control	747
III. Gestión de recursos financieros dirigidos a impedir delitos que han de ser prevenidos: fiscalización y « <i>check & balances</i> »	761
IV. Obligación de informar sobre riesgos e incumplimientos al órgano con la «función de compliance»: canal de denuncias, protección del « <i>whistleblower</i> » e investigaciones internas	774
1. El sistema interno de información (SII) de la Ley 2/2023: examen e implementación en las organizaciones, controversias, sentencias relevantes, buena fe del informante y no autoincriminación de la persona jurídica	790
2. Investigaciones internas corporativas: «utilizabilidad» de las evidencias, delimitaciones de la jurisprudencia sobre ilicitud de prueba y autotutela de la empresa vs. Empresa como «agente del estado»	912

V.	Sistema disciplinario que castigue el incumplimiento: «código de conducta» y paradojas sobre sanciones desproporcionadas	959
VI.	Revisión y mejora del propio « <i>compliance program</i> penal»: el período y la relevancia del cambio en las circunstancias	972
VII.	Otros aspectos clave: carga de la prueba, « <i>compliance</i> » ante el juzgado y refuerzo científico del sistema de prevención de delitos	979
1.	La carga de la prueba del « <i>compliance program</i> penal» y los juicios de «eficacia» e «idoneidad» en los tribunales	979
2.	Estrategias de optimización del cumplimiento en contextos corporativos (« <i>behavioral compliance</i> ») y la «pericial de <i>compliance</i> »	1044
BIBLIOGRAFÍA		1075
JURISPRUDENCIA CITADA		1101
EPÍLOGO DE VICENTE MAGRO SERVET		1109
ANEXO I: CATÁLOGO DE DELITOS QUE PARA LOS QUE SE CONTEMPLA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA —Y JURISPRUDENCIA VINCULADA—		1113
ANEXO II: PRECEPTOS ESENCIALES DEL CÓDIGO PENAL SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA . . .		1121

CAPÍTULO 3

PROPUESTAS PARA LA FUNDAMENTACIÓN Y ANÁLISIS CIENTÍFICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA Y DEL «*COMPLIANCE*»

SUMARIO: I. PERSONA FÍSICA Y ACCIÓN SOCIAL SOBRE CUMPLIMIENTO: DESDE LA ELECCIÓN RACIONAL (FUNDAMENTOS CRIMINOLÓGICOS Y SOCIOLEGALES) HASTA EL «*BEHAVIORAL COMPLIANCE*». II. NEOINSTITUCIONALISMO: CORRIENTE DE ANÁLISIS DE LA ORGANIZACIÓN MEDULAR PARA UNA ANTRÓPICA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA. III. TEORÍA DE JUEGOS Y MODELIZACIÓN EN EL «*COMPLIANCE*»: POSTULADOS EXPLICATIVOS Y HERRAMIENTAS DE ANÁLISIS PRAGMÁTICO. IV. PRONTUARIO DE UN «MODELO ANTRÓPICO DE RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA» DE BASE CIENTÍFICA. V. EXCURSO SOBRE NUEVAS TECNOLOGÍAS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y «*BIG DATA*» EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO CORPORATIVO: CONFIRMACIÓN DE LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.

I. PERSONA FÍSICA Y ACCIÓN SOCIAL SOBRE CUMPLIMIENTO: DESDE LA ELECCIÓN RACIONAL (FUNDAMENTOS CRIMINOLÓGICOS Y SOCIOLEGALES) HASTA EL «*BEHAVIORAL COMPLIANCE*»

Como se ha ido exponiendo, no es nada nuevo que el Derecho penal se vea influido por las ciencias sociales, del mismo modo que el Derecho, en general, influye en ellas. Por ello, las concepciones de la doctrina penal acerca de la libertad de decisión y acción individual, la trascendencia del contexto social o su relevancia penal han ido cambiando en función de teorías filosóficas y sociales (neokantismo, funcionalismo, feminismo, etc.)

para tratar de ofrecer conceptos y metodologías que ofrezcan respuestas a los problemas que se plantean. Es un esfuerzo que, en determinados ámbitos específicos, parece resultar estéril. Cómo no, las dificultades se acentúan en casos de delincuencia empresarial o «criminalidad de empresa»¹, donde los individuos que protagonizan el delito actúan bajo el paraguas del ámbito corporativo. Y es que, los comportamientos delictivos en el seno de organizaciones complejas, aunque suelen estar guiados principalmente por el deseo de obtener un beneficio o provecho para la organización (presupuesto, además, para poder atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica en España), también responden a dinámicas de intereses, estrategias e influencias e, igualmente, pueden estar afectados por heurísticas y sesgos, más difusos y complejos de analizar.

Pues bien, en esta segunda parte se van a exponer una serie de conceptos, teorías, criterios y herramientas de análisis que, si se asumen en el concreto ámbito del derecho penal de las personas jurídicas y el *compliance*, pueden conformar un cuerpo teórico y metodológico adecuado para afrontar los retos asociados a la responsabilidad criminal corporativa. Y ello, con el respaldo que nos ofrece conocer que: a) ese *corpus* propuesto está conformado por nociones de validez científica más que acreditada en otros campos más avanzados en el estudio de las decisiones y comportamientos de los individuos en grupos; b) que se cuenta con varios «Premios Nobel» tras ellas; c) que están dotadas de herramientas de análisis pragmático, y d) que las administraciones y corporaciones las utilizan hoy día para el estudio científico y análisis de preferencias o conductas en los campos más diversos. Se trata de un tipo de circunstancias que no concurren, en absoluto, con las hipótesis de la pretérita teoría de sistemas².

1. El concepto «criminalidad de empresa» contrasta con la idea de «criminalidad en la empresa». Como recuerda MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, bajo la noción «criminalidad en la empresa» se encuadran aquellos comportamientos delictivos de los miembros de la organización cuando se dirigen contra la propia persona jurídica o alguno de sus miembros. También se conoce como delincuencia «ad intra». En estos supuestos, no se aplica el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por el contrario, sí se aplica este régimen en supuestos de «criminalidad de empresa». En este concepto se incardinan aquellos comportamientos delictivos de miembros de la organización cuando, actuando dentro del ámbito corporativo, generan un beneficio de cualquier naturaleza para la persona jurídica. Estos casos son también conocidos como delincuencia «ad extra». Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, 3.ª Ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. pp. 116119.
2. Sobre las debilidades de las teorías de sistemas y las hipótesis funcionalistas para sustentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vid. *supra* subepígrafe 2. *Autoorganización y responsabilidad por hecho propio: consideraciones críticas y evidencias sobre*

Para comenzar, debe subrayarse que la corriente de aproximación económica del Derecho y las teorías de la decisión en contextos organizados ofrece al ámbito penal un sustrato teórico básico, de carácter instrumental, bajo el que analizar cualquier tipo de conducta delictiva. Así, como afirman CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, POMARES HERNÁNDEZ y RAMA MATÍAS³, los defensores del enfoque económico del Derecho —auspiciados por los premios Nobel de economía RONALD COASE y GARY BECKER, por el juez RICHARD POSNER y por el *Journal of Law and Economics*—, han considerado a la teoría de la elección racional como la fuente básica sobre la que construir una teoría válida para analizar y fundar la conducta con carácter general.

Como el lector podrá extraer, al igual que otras teorías, este enfoque presenta lagunas. No obstante, resulta totalmente pertinente su exposición, pues se enlaza tanto con las bases de la rendición de cuentas («*accountability*»⁴) ya abordadas como con una noción mucho más refinada de los modelos de elección racional, punto de partida para unas teorías más elaboradas y fiables de análisis del comportamiento de los individuos en contextos sociales (como el neoinstitucionalismo o nuevo institucionalismo de la elección racional). Por tanto, en este apartado se describirán cuáles son los fundamentos de esta teoría para, posteriormente, continuar desarrollando otras que, tras esta, se han ocupado del análisis de los procesos de toma de decisiones en grupos y contextos organizados. Se van a tratar, por consiguiente, nociones y teorías de enorme valor para comprender mejor las conductas asociadas a la integridad, el cumplimiento y la comisión de delitos en escenarios corporativos. Además, este desarrollo nos permitirá conocer mucho mejor por qué han surgido nuevos y reforzados modelos de rendición de cuentas y se ha recurrido a la autorregulación regulada —cuyo éxito e influencia en los ordenamientos jurídicos es el germen de la adopción generalizada de los programas de cumplimiento—.

La teoría de la elección racional considera que la «acción social» es fruto de la mera suma de acciones de diversos individuos que interactúan en un entorno. Desde esta perspectiva se mantiene con extraordinario rigor la

la necesidad de actualizar la base sociolegal de la responsabilidad penal de la persona jurídica [epígrafe 1. *Modelo de autorresponsabilidad penal de la persona jurídica* (Cap. 1)].

3. CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, E./POMARES HERNÁNDEZ, I./RAMA MATÍAS, E.: «Análisis económico del Derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente», en *Derecho y Conocimiento*. Vol. 1, 2001, pp. 331-339.

4. *Vid. supra* epígrafe II. «*Regulated self-regulation & accountability*»: germen del «*compliance*» (Cap. 2).

consideración de la física, como el único «ser» digno de protagonizar análisis y con plena capacidad para decidir de manera autónoma. A pesar de ello, la percepción de «acción social» desde la elección racional también toma en cuenta la realidad intersubjetiva y social del comportamiento, por lo que puede afirmarse que comparte algunas nociones con los presupuestos de las teorías comunicativas de la acción o aquellas otras de carácter ecléctico. Sin embargo, para esta teoría, la conducta siempre tiene su «origen» real y directo en las decisiones que toma el individuo —por sí mismo—, en la reflexión de las consecuencias de esas decisiones y en las motivaciones u objetivos del individuo. Desde nuestro parecer, esto viene a mostrar un vínculo de sus postulados con los presupuestos dogmáticos del modelo de heterorresponsabilidad penal. Desde el enfoque de la elección racional, el individuo siempre desea maximizar su propio beneficio, sea lo que sea ese provecho e independientemente de si es directo o indirecto, por ejemplo: ganar más dinero, trabajar menos, etc. (o particularmente para miembros de empresas: ascender en el organigrama, recibir un *bonus*, ser beneficiario de una póliza, aumentar la productividad con menor esfuerzo, etc.). En dicho proceso, la conocida como teoría formal de la decisión constituye el fundamento nuclear de la teoría de la elección racional en cualquiera de sus vertientes (legal, económica, sociológica, criminológica, etc.). Pues bien, la teoría formal se caracteriza por los siguientes elementos principales⁵:

- Parte del supuesto de que una persona física tiene que tomar una decisión cualquiera y sobre la que se dan por supuestas sus preferencias, pero no realiza un análisis acerca de la naturaleza de las preferencias de los individuos (que sería objeto de otras disciplinas), ni por qué las personas tienen preferencias por unas cosas en lugar de otras (p. ej.: cumplir con una norma o transgredirla).
- Desde el enfoque formal, lo relevante es que dichas preferencias sean lógicas; por tanto, no se puede preferir una cosa y no preferirla al mismo tiempo. Tales preferencias ha de ser, por tanto, transitivas (si A es preferido a B y B es preferido a C, A es preferido a C).

En el caso de que dichas exigencias no se cumplan, resultará inverosímil conocer qué es lo que realmente prefiere esa persona; no

5. BELL, D./RAIFFA, H./TVERSKY, A.: *Decision making: descriptive, normative, and prescriptive interactions*. Cambridge, 1988; ELSTER, J.: *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Barcelona, 1990; SATZ, D./FEREJOHN, J. A.: «Rational choice and social theory», en *Journal of Philosophy*. Vol. 91, n.º 2, 1994.

se podrán ordenar («jerarquizar») sus preferencias y la teoría de la decisión considerará que dicha persona no elige como resultado de un proceso reflexivo, racional o de una manera lógicamente consistente. Un individuo que toma decisiones racionales sobre la realización un comportamiento no puede preferir X en vez de Y e Y vez de X al mismo tiempo⁶. Si viola esa transitividad, sus elecciones serán arbitrarias y perjudiciales para sí mismo. Pero, si se da la lógica transitividad, se podrá atribuir al individuo una *función de utilidad*⁷.

- Partiendo de la «transitividad» de preferencias, mediante la *función de utilidad* se jerarquizan tales preferencias de elecciones y podemos conocer cómo dichas preferencias influirán en sus procesos de toma de decisiones.
- En esta teoría, para realizar el análisis de la decisión es necesario identificar y contemplar el conjunto de opciones posibles desde la perspectiva de quien toma la decisión, su «*conjunto factible*», y un «*conjunto de consecuencias*» de cada una de las opciones, consecuencias que se puedan anticipar y ordenar según las preferencias del individuo. Es de suponer que, dado su conjunto factible, el individuo adoptará aquella decisión que tenga —o crea que tenga— las mejores consecuencias. Es decir, la que prefiera —más—.

Se trata de aspectos que, además, resultan muy valiosos para asimilar la responsabilidad criminal de la persona jurídica y diseñar un programa de prevención de delitos válido (especialmente, en lo que al despliegue de controles se refiere). Y es que, a tenor de los presupuestos exigidos para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica (delito de miembro de

6. De presentarse tal supuesto, como veremos, el proceso decisorio ha de complementarse con la parametrización que puede obtenerse a tenor de las conclusiones que se extraen de la economía conductual.

7. Consiste en la asignación de un índice a las preferencias de la persona física. De ese modo se clasifican en orden ascendente, de lo menos preferido a lo más preferido. Por ejemplo, si con un presupuesto X una persona prefiere los vehículos Renault antes que los Seat y los Seat antes que los Citroën, a la hora de comprar un coche esas preferencias influirán en su decisión. Los Citroën estarían en último lugar, en segundo lugar los Seat, y Renault en el primer puesto. Dicha jerarquización de preferencias también se da cuando un individuo que ocupa un puesto en el organigrama de una corporación tiene prioridad por ser trasladado a un centro laboral, obtener una retribución extra o hacerse con determinado puesto directivo en lugar de otro. Dichas aspiraciones provocan que el sujeto decida realizar unas conductas en lugar de otras.

la organización que genere beneficio directo o indirecto para el ente y que se trate de una actuación desarrollada por cuenta de la misma, en el marco del ámbito funcional del profesional⁸), el componente racional de la persona física resulta casi indispensable para que pueda activarse la responsabilidad penal de la persona jurídica⁹. Asimismo, la toma en consideración del conjunto de posibles decisiones —y sus consecuencias— de cada miembro de la organización resulta totalmente relevante para la configuración de los procesos y controles que compongan el «*compliance program*».

Pues bien, la base de la teoría de la decisión que se ha expuesto nos permite disponer de dos interpretaciones distintas de la conducta de los individuos, una *interna* y otra *externa*. Desde la interpretación interna de la elección racional, se considera que esta teoría describe lo que ocurre realmente en nuestra *psique* cuando tomamos una decisión¹⁰. La interpretación interna supone que las preferencias de los individuos deben ser lógicas y que sus creencias han de sustentarse en la información de la que disponen, pero se entiende, además, que las «entidades», como preferencias, deseos o creencias, están causalmente vinculadas con las decisiones de los individuos, dado que les proporcionan razones para la acción. Es decir, las creencias y preferencias son hechos mentales que motivan al agente y explican su acción.

Por tanto, si un sujeto elige X en lugar de Y es porque cree que X compensa de manera óptima sus preferencias y ese deseo interno, subjetivo, origina su acción. En este enfoque interno, la elección racional es explicativa y normativa. Teniendo en consideración tanto las creencias como las preferencias individuales y su papel como razones para la acción, la teoría no solo explica la conducta de los individuos (por qué toman las decisio-

8. Para un análisis pormenorizado del conjunto de presupuestos que han de concurrir para que pueda atribuirse responsabilidad penal a la persona jurídica *vid. infra* epígrafe I. *Responsabilidad penal de la persona jurídica y el artículo 31 bis 1 C.P.* (Cap. 4).

9. Afirmamos «casi» porque la realidad nos muestra que todos los casos de comportamientos delictivos que han generado la responsabilidad penal de la persona jurídica (o, cuanto menos, han originado el inicio de una investigación contra el ente) ha sido conductas racionales, claramente dirigidas a obtener un beneficio o lucro (personal, por obtener un bonus, una posición más favorable, un propósito u objetivo comercial, etc. y, por supuesto, corporativo). Por tanto, el enfoque económico del Derecho se alinea totalmente con la propia raíz de la responsabilidad criminal corporativa. No obstante, podría ser posible encontrar un supuesto de conducta irracional que, de manera accidental, cumpliera con los presupuestos exigidos para poder atribuir responsabilidad penal al ente.

10. SATZ, D.:/FERENJOHN, J. A.: «Rational choice and social theory», *op. cit.*, p. 71-87.

nes que toman y no otras) sino que justifica normativamente esas decisiones en la medida en que son las mejores que puede tomar el sujeto para «maximizar su propio interés» (eso sí, siempre que el individuo disponga de información suficiente).

Por otra parte, la concepción «externa» de la teoría de la elección racional considera que, realmente, lo único que puede considerarse es la conducta externa de los individuos —no pudiendo tener en consideración su voluntad ni el fin que persiguen—. Se trata de una perspectiva conductista, pues lo que ocurra en el interior de cada uno de nosotros es algo desconocido, una caja negra en la que no se puede entrar. Desde esta perspectiva, creencias y preferencias son etiquetas que empleamos para describir la decisión de los individuos, pero no se trata de hechos mentales reales o, si lo son, no podemos saber cómo se conforman realmente pues se trata de algo de una complejidad extrema. En este contexto, para explicar el comportamiento individual no resulta preciso acudir a las razones del individuo para el desarrollo de esa conducta, sino que resulta suficiente describir su comportamiento. Si una persona elige X en vez de Y, decimos que prefiere X a Y. Esto es a lo que SAMUELSON denominaba «preferencia revelada»¹¹: el individuo revela su preferencia al decidir y actuar en consecuencia.

Trasladando lo expuesto al ámbito de estudio de la criminalidad de empresa y los programas de cumplimiento (que incorporan políticas y procedimientos tendentes a controlar y condicionar la actividad de quienes se encuentran tras la persona jurídica) resulta crucial atender a las motivaciones de los individuos para protagonizar conductas. Y, en este campo, resulta muy interesante considerar el eje central que la teoría de la elección racional destaca para explicar el comportamiento, el concepto de *maximización del beneficio*. Además, dicha maximización puede estar limitada, por ejemplo, por la información con la que cuenta la persona física. Si este carece de la información necesaria, circunstancia que suele darse en supuestos de *asimetrías informativas* en organizaciones (p. ej.: falta de conocimientos respecto a un determinado compuesto químico que está vertiendo a un río, de datos contables que presenta ante las autoridades fiscales, desconocimiento qué es aquello que realmente se ha contratado cuando

11. Para profundizar, *vid.* SALAZAR ELENA, J. C./VÁZQUEZ, F.: «El legado de Samuelson. La preferencia revelada», en *Revista Internacional de Sociología*, Vol. 68, n.º 3, septiembre-diciembre, 2010, pp. 797804. Disponible en: <https://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/view/353> [2025, 30 noviembre].

se formaliza un contrato o se realiza el pago, etc.), desde la perspectiva de la elección racional, se dice que el individuo se sitúa en un contexto de *incertidumbre*.

La teoría de la elección racional ha tenido una enorme influencia en el Derecho anglosajón¹² pues, como se indicaba, ha tratado de solventar los retos asociados a los más diversos fenómenos jurídicos, desde los procesos de desarrollo de nuevas leyes, hasta la interpretación que efectúan los jueces, pasando por la necesaria relación entre normas legales, éticas y sociales.

En el ámbito del Derecho Penal, la influencia de la elección racional ha sido muy palpable en la denominada teoría de las «ventanas rotas» (*broken windows*). Desde este enfoque, se considera que toda conducta implica un coste (tiempo, esfuerzo, dinero, etc.), pero también un beneficio (dinero, prestigio, reputación, etc.). A su vez, la percepción de conductas incumplidoras, irregularidades o signos visibles de delincuencia (como es ver vestigios de actos vandálicos) promueven un contexto que fomenta la comisión de incumplimientos por parte de miembros de ese entorno. Por tanto, los costes asociados a incumplir la ley se deben de elevar hasta el punto en que los posibles beneficios de incumplirla no compensen (lo que puede ligarse con la función preventivo especial de la pena). Así, si un joven rompe una ventana y la sanción es leve, apreciará incentivos suficientes para romperla otra vez. En cambio, si la sanción es muy severa, carecerá de incentivos. Asimismo, la gravedad de la sanción servirá de claro ejemplo a los demás de lo costoso que es incumplir (extremo asociado a la función de prevención general de la pena). Por supuesto, cuidar un entorno de cumplimiento potencia, a su vez, el propio clima de cumplimiento.

El enfoque económico traslada de manera directa al ámbito del cumplimiento penal el análisis coste-beneficios de la microeconomía. En esencia, se trata de desplegar un necesario —y estricto— efecto disuasorio. Sin embargo, debe señalarse que han sido muchas las voces autorizadas que han criticado y evidenciado la ineficacia de limitarse a recurrir a la imposición de medidas sancionadoras más gravosas para reducir las conductas delictivas¹³. En este sentido, ya se expuso en el capítulo anterior que recu-

12. Impronta en la que jugó un papel primordial el juez Posner. Para profundizar, *vid.* POSNER, R.A.: *The Economics of Justice*. Harvard, 1983.

13. HARCOURT, B. E./LUDWING, J.: «Broken Windows: New Evidence from New York City and a FiveCity Social Experiment», en *University of Chicago Law Review*, Vol. 73, 2006.

rrir, únicamente, al incremento del castigo ante conductas incumplidoras (aumentando la intensidad de la sanción para desplegar un potente «deterrent effect») ¹⁴ no resulta infalible para lograr el éxito en la prevención de incumplimientos. Esto se evidencia en grupos o grandes entes corporativos donde determinados aspectos culturales, religiosos, etc. menos compatibles con determinadas normas están fuertemente arraigados (p. ej.: aceptación de la corrupción, prácticas contrarias a las normas muy asentadas, violencia doméstica, yihadismo, etc.). El análisis coste-beneficio es muy interesante y coadyuva a la prevención del incumplimiento, pero también debemos contar en el examen con aspectos emocionales, sesgos, beneficios internos, etc. (extremos que serán, nuevamente, abordados unas páginas más adelante).

En todo caso, al margen de las dudas de acudir a una estrategia limitada al incremento del castigo, las entidades mercantiles —que consideraremos instituciones desde un punto de vista economicista— han sido concebidas, por su propia naturaleza y objetivos, como un área profundamente adecuada para el análisis de incentivos y sanciones desde este enfoque económico del Derecho. Las decisiones tomadas en entornos corporativos —delictivas o no— parecen ser terreno propicio para el análisis y aplicación de los principios de la elección racional, pues las conductas de los individuos que conforman las empresas —ya sean administradores, mandos intermedios o empleados— parecen atenerse en la mayoría de los supuestos al principio de *maximización del beneficio*.

La *maximización del beneficio*, recordemos, es un concepto que la elección racional asume como eje principal de la acción social. Así, por ejemplo, cuando el comportamiento de aquellos que detentan puestos de alta dirección en el organigrama de una empresa consiste en cumplir (p. ej.: el respeto estricto a la normativa penal o a la administrativa, específica o

Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol73/iss1/14/> [2025, 14 diciembre].

14. Sobre las debilidades de establecer medidas exclusivamente focalizadas en desplegar un efecto disuasorio para lograr el cumplimiento, *vid. supra* subepígrafe 2. «Deterrence», *estrategias para el cumplimiento y la noción de «confianza»* [epígrafe III. «Compliance», «behavioral economics» y psicología de grupos: el «enfoque del cumplimiento y el enforcement basado en el comportamiento y los valores» (Cap. 2)]. Ampliamente, sobre la necesidad de recurrir a la evidencia científica en lugar de focalizarse en el incremento de sanciones, mediante un exhaustivo estudio meta-analítico, *vid.* RORIE, M./SCHELL-BUSEY, N.; «Corporate Crime Deterrence», en VAN ROOIJ, B./DANIEL SOKOL, D.: (Eds.); *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, 2021, pp. 219-235.

sectorial) su objetivo no es otro que obtener el máximo beneficio para la empresa y, en última instancia, para sí mismos. Pero, cuando incumplen con las normas, su objetivo es el mismo: maximizar el beneficio. De ahí que la «receta» del enfoque económico consista en aumentar el coste del incumplimiento mediante sanciones elevadas. Y, cabe preguntarse, ¿qué ocurre con quien es empleado y carece funciones ejecutivas? En principio, y con matices, se aplicaría de igual: el que incumple ha de pagar por ello y asumir el elevado coste de la sanción¹⁵.

Lo desarrollado hasta el momento nos muestra que la teoría de la elección racional es una teoría de base individualista¹⁶. Por ello, el recurso a esta teoría permite analizar y dar respuestas —parcialmente— eficaces al problema del incumplimiento estrictamente individual, es decir, casos en los que se persigue una búsqueda individual de maximización del beneficio a costa de violar la ley, quedando postergado el factor colectivo. Bajo una óptica estrictamente alineada como lo expuesto, la responsabilidad penal dimanante del incumplimiento sería siempre atribuible a la persona física, en exclusiva. Además, puede afirmarse que este enfoque adolece en su análisis de elementos extraordinariamente relevantes en los procesos de toma de decisiones de las personas físicas en entornos organizados: «las influencias y constricciones que se encuentran en el propio tejido social».

Y es que, el ente corporativo o, más concretamente, la persona jurídica están conformados individuos, pero aglutinan y dispersa una serie de «constricciones», reglas o influencias que surgen, precisamente, de la interacción de individuos. Consecuentemente, sin llegar a concebir al ente corporativo como una especie de ser autónomo y autopoietico con capacidad propia para autoorganizarse independientemente de los individuos que lo componen (hipótesis de la teoría sistémica), sí debemos tener en consideración la impronta, influencias o «constricciones» generadas en el seno del ente, ya que afectan a los procesos de toma de decisiones de cada individuo que lo compone. Y, todo ello, partiendo, como no puede ser de

-
15. LARA, N.: «Teoría de juegos, ventanas rotas y negocios rotos», en AGUIAR, F./BARRAGÁN, J./LARA, N. (Coords.); *Economía, sociedad y teoría de juegos*. Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2008, pp. 189-205.
 16. Se trata de una concepción asociada al individualismo metodológico (teoría que mantiene la inexistencia de acciones colectivas o corporativas, considerando que toda acción colectiva (*collective action*) es el mero resultado de la suma de decisiones individuales; sobre ello *vid. supra* subepígrafe 1. *La teoría de sistemas como estricto fundamento de un modelo de autorresponsabilidad penal: sus hipótesis frente a otras teorías científicas* [epígrafe I. *Modelo de autorresponsabilidad penal de la persona jurídica* (Cap. 1)]).

otra manera, de que dichas «constricciones» o influencias del ente son, en última instancia, generadas por esos mismos individuos que lo conforman. Esto último, constituye un elemento trascendental que no es tenido en consideración por la teoría de la elección racional en su análisis del cumplimiento/incumplimiento.

Asimismo, cuando el individuo interactúa en la organización suelen mutar las preferencias en el campo del conjunto de posibles decisiones que pueden tomarse (tanto en el número de posibilidades como en la propia jerarquización de esas preferencias —siendo sustancialmente diferentes a cuando decide en un escenario más aislado—). Y mutan, precisamente, porque la persona física también tiene en consideración, de manera estratégica, los posibles «beneficios directos o indirectos» del ente al que pertenece. No olvidemos que esta circunstancia conforma uno de los presupuestos para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica¹⁷ y que debe ser considerada para configurar el contenido de unos *compliance programs* (que deberán prever, de un modo integral y mediante a una metodología de análisis rigurosa, el conjunto de influencias o posibilidades de actuación para, posteriormente, diseñar y aplicar controles tendentes a evitar que esa confluencia de preferencias, estrategias individuales y constricciones institucionales, se traduzca en incumplimientos).

Por las razones expuestas, se estima necesario recurrir a otra teoría más refinada que la elección racional para el análisis de los procesos de toma de decisiones sobre el cumplimiento. Se requiere de una teoría que incorpore en el estudio al factor de la influencia del grupo. Por ello, avanzando en el conjunto de consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad criminal corporativa, se abordará en el próximo epígrafe una teoría más avanzada, que sí toma en consideración este aspecto nuclear en los procesos de toma de decisiones de los individuos en las organizaciones y que conforma uno de los ejes centrales del «modelo antrópico de responsabilidad penal de las personas jurídicas» que se propone: el «nuevo institucionalismo de la elección racional».

Sin embargo, antes de sumergirnos en la teoría del neoinstitucionalismo o nuevo institucionalismo, exponiendo sus postulados y las razones que evidencian que se trata de un marco conceptual y metodológico que

17. Vid. *infra* apartado B. *En beneficio directo o indirecto de la persona jurídica* del subepígrafe 1.1. *Requisitos ciertamente compartidos por las letras a) y b) del 31 bis 1 C.P.* [epígrafe I. *Elementos necesarios para la atribución de responsabilidad penal al ente corporativo —o «hechos de conexión»— (Cap. 4)*].

supone un avance sustancial respecto a la tesis precedente (teoría de la elección racional), resulta totalmente pertinente detenernos en dos temas especialmente determinantes para la mejor comprensión de los procesos de toma de decisiones asociados al fenómeno delictivo:

- El papel de la elección racional en la Criminología.
- Las bases teóricas para afrontar la problemática asociada las decisiones irracionales o influidas por sesgos.

El sustrato analítico de los procesos de *decision-making* que ofrece la teoría de la elección racional ha resultado sumamente útil como punto de partida para entender mejor del fenómeno del incumplimiento y la comisión de delitos. Por ello, la Criminología ha asumido parte de sus premisas en la configuración de una teoría propia y más específica: la «teoría de la oportunidad» (una tesis de gran utilidad en el área de la prevención de incumplimientos en contextos corporativos¹⁸).

De modo sintético, la teoría de la oportunidad¹⁹ explica que, habitualmente, cuando el individuo protagoniza un comportamiento delictivo es porque en un determinado contexto (o ámbito de las actividades que desarrolla) ha observado que existe la «ocasión» de maximizar su beneficio a través de un incumplimiento. Es decir, la visualización de las opciones para delinquir, los posibles beneficios y la falta de autocontrol, son factores que en la mayor parte de supuestos propician el delito²⁰. El potencial incumplidor, una vez captada la posibilidad de delinquir reflexiona sobre los riesgos y costes de cumplir o incumplir, teniendo en cuenta factores como el tiempo, esfuerzo, provecho, etc. Se trata, claramente, de una tesis muy asociada a la prevención situacional del delito. Por tanto, cuando se diseñan y despliegan controles que reducen la oportunidad de delinquir se genera una disminución de delitos, por el contrario, cuando se eliminan esas medidas de control que mitigan el riesgo de comisión de delitos,

-
18. Para profundizar, *vid.* BERMEJO, M. G.: «Elección racional, oportunidad para delinquir y prevención situacional: la utilidad de este enfoque para el estudio de la delincuencia empresarial», en *Crimen, Oportunidad y Vida Diaria, Libro Homenaje al Prof. Marcus Felson*, Ed. Dykinson, 2015, pp. 305327.
 19. Si se desea ampliar conocimientos en este campo, *vid.* CLARKE R.V./FELSON, M.: *Routine Activity and Rational Choice. Advances in criminological theory*, vol 5, Ed. Transaction Publishers, New York, 2004.
 20. GRASMICK, H. G./TITTLE, C./BURSIK, R./ARNEKLEV, B. J.: «Testing the Core Empirical Implications of Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime», en *Journal of Research in Crime and Delinquency* 30, no. 1, February, 1993, pp. 529.

aumentan los delitos. Dicho de manera muy gráfica: «la ocasión hace al ladrón». En un contexto corporativo, esto se traduce en lo siguiente: un miembro de la persona jurídica (empleado, mando intermedio o personal directivo) puede decidir delinquir si aprecia la posibilidad de obtener una maximización sustancial del beneficio propio y no existen estructuras, controles, procedimientos y sanciones que impidan el delito, faciliten su descubrimiento e impidan considerar que el coste de asumir el riesgo es menor que el coste de la sanción o castigo.

De ahí que, en la esfera del cumplimiento y la prevención del delito en grandes corporaciones, se considere como una regla elemental que el personal destinado directamente a gestiones operativas o áreas de negocio (responsables financieros, asesores jurídicos, directores comerciales, etc.) no ocupe, además, la posición de *compliance officer* o puestos en el órgano con la *función de compliance*, ni tampoco puestos en el órgano de administración. Se trata de un diseño institucional con base en los principios de «checks & balances» y conlleva que los sistemas de gobernanza corporativa se desarrollen con estructuras que tengan varias líneas de defensa diferenciadas. De ese modo, se minimiza el riesgo de incurrir en conflicto de intereses, de que se asuman prácticas irregulares por la percepción de que no se van a supervisar y se potencia el control material. Cada línea debe de gozar de verdadera autonomía²¹, por lo que debe evitarse que los mismos individuos acaparen puestos en las distintas líneas (esto es, que los mismos individuos supervisen y controlen sus propias actuaciones). De incurrir en este error, se compromete la capacidad de detección y control real, pues se confunden y entremezclan los ámbitos decisorios con los de supervisión. Asimismo, los controles²², procedimientos y mecanismos desincentivadores por el riesgo de ser detectados o denunciados por otros, pueden —o deberían— contemplarse de manera prioritaria a través de los *compliance*

-
21. Sobre la exigencia de autonomía prevista en la condición 2.^a del apartado 2 del artículo 31 bis C.P., *vid. infra* subepígrafe 1.1. *Exigencias de carácter orgánico sobre el compliance officer: la condición 2.^a del 31 bis 2 y la excepción del 31 bis 3 C.P.* [epígrafe VI. *El órgano con la función de compliance (II): ...* (Cap. 4)]. Por otra parte, sobre la necesaria autonomía como criterio de actuación del *compliance officer*, *vid. supra* subepígrafe 2. Criterios de actuación y un planteamiento para reforzar la «confianza» [epígrafe IV. *El órgano con la «función de compliance (I)»: naturaleza estratégica...* (Cap. 2)].
22. En el ámbito del estudio previo para el despliegue de controles desde el enfoque de la teoría de la oportunidad, resulta interesante señalar la utilidad de la técnica del «script» o guionización. Mediante esta técnica se recurre al ejercicio, basado en hipótesis, de guionizar posibles comportamientos delictivos y, sobre lo redactado, se diseñan y despliegan controles tendentes a impedirlo o detectarlo.

programs o modelos de organización y gestión para la prevención de delitos que, como sabemos, conforman el instrumento autorregulatorio por excelencia para garantizar y reforzar el cumplimiento en la organización.

BECKER, fue uno de los autores que más profundizó en la aplicación de la elección racional en el contexto del delito²³ y coadyuvó de manera determinante a fijar el sustento teórico y econométrico para el análisis de las conductas delictivas en los distintos ámbitos de la teoría del crimen. Por ello, antes de abordar el segundo tema planteado (la problemática asociada a las decisiones irracionales o influidas por sesgos), debe traerse a colación el excelente resumen que MCCARTHY realizó de los aspectos elementales de la elección racional abordados tanto por BECKER como por otros autores de referencia. Dicha recapitulación se estructura en nueve puntos; de los que vamos a extraer lo más relevante²⁴:

1.º) «Preferencias»: las personas físicas tienen preferencias. Las preferencias constituyen el aspecto más importante para el enfoque de la elección racional; estas preferencias no tienen por qué ser bienes materiales ni acciones concretas.

2.º) Las preferencias tienen unas propiedades: las preferencias de las personas físicas son «transitivas, completas y estables».

Como se ha expuesto con anterioridad, la transitividad conlleva que las preferencias tienen una coherencia y pueden ser jerarquizadas u ordenadas. Que sean completas supone que las personas pueden ordenar de mayor a menor todo el elenco de combinaciones de preferencias posibles a partir del conjunto de resultados factibles. En determinados casos, algunos resultados son desconocidos y otros no comparables, por lo que, generalmente, nos referimos al conjunto de resultados específicos. La estabilidad de las preferencias implica que, en principio, son exógenas e inmutables durante la decisión. Aun así, esto no supone bajo ningún concepto que las preferencias sean permanentemente inmutables.

Entre los expertos en Economía del comportamiento o «Behavioral Economics» existen tres tendencias sobre cómo interpretar la estabilidad de las preferencias. Algunos entienden que la estabilidad es solo un aspec-

23. BECKER, G.: «Crime and Punishment: An Economic Approach», en *The Journal of Political Economy*, vol. 76: 2, 1968, pp. 169217.

24. MCCARTHY, B.: «New Economics of sociological Criminology», en *Annual Review of Sociology*, 2002, 418423. Disponible en: <https://www.annualreviews.org/content/journals/10.1146/annurev.soc.28.110601.140752> [2025, 14 diciembre].

to que se atribuye para el análisis de la decisión. Otros determinan que consiste en que las preferencias sean estables, únicamente, en el curso de una decisión —lo que posibilita que las preferencias puedan ir cambiando durante períodos de tiempo más largos o cortos—²⁵, conforme la persona adquiere nuevas informaciones asociadas al ámbito de preferencias. La última tendencia sostiene que, salvo casos excepcionales, las preferencias se mantienen estables.

3.º) Factor «tiempo»: las preferencias de las personas físicas están fuertemente influenciadas por su orientación hacia los resultados presentes o inmediatos frente a los resultados futuros.

Las personas necesitarán una mayor compensación futura para renunciar a un beneficio presente. Asimismo, esta predilección asociada al tiempo no resulta fija en todos los contextos, pues está influenciada por varios factores, por ejemplo, el nivel del resultado beneficioso que exista en ese instante.

4.º) «Riesgo o incertidumbre»: dada la existencia de incertidumbre ante la obtención de resultados, las preferencias reflejan aversión al riesgo e incertidumbre; esta relación se encuentra representada por los tres elementos que conforman el teorema de la utilidad esperada —desarrollado por los expertos en «teoría de juegos» NEUMANN/MORGENSTERN²⁶—. Estos tres elementos son:

a) las preferencias de las personas físicas están influenciadas por los posibles resultados y no por los asegurados en relación con su coste; b) los costes y beneficios posibles pueden ser calculados en términos económicos y c) el enfoque hacia el riesgo de la concreta persona física afecta tanto a las propias preferencias como al cálculo de la utilidad esperada de un resultado.

5.º) «Información»: Los individuos sustentan sus análisis de costes y beneficios de las decisiones en la información que recogen o pueden percibir a través de los flujos informativos. Pese a ello, recopilar información para tomar una decisión también supone, por sí mismo, un coste. Aunque las personas prefieren adoptar decisiones con la mayor información posi-

25. BECKER, G.: *Accounting for Tastes*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, 1996, citado por MCCARTHY, B.: «New Economics of sociological Criminology», *op. cit.*, p. 419.

26. NEUMANN, J./MORGENSTERN, O.: *Theory of Games and Economic Behavior*, Ed. Princeton University Press, Princeton, 1944.

ble, en muchos casos se toman decisiones con información incompleta o sesgada. Por consiguiente, es habitual que las personas crean que gozan de información bastante para decidir cuando realmente no la tienen o ignoran que esa información es sesgada o imperfecta.

Asimismo, la información tampoco asegura que la decisión que se vaya a tomar sea verdaderamente racional, pues mucha información se limita a aportación de datos —y para decidir se requiere algo más que estar en posesión de datos—. Deficiencias de este tipo comprometen la capacidad para decidir de las personas, por tanto, los procesos de análisis de costes-beneficios resultan más complejos de lo que, al principio, pueden parecer.

Todos estos puntos o aspectos señalados hasta el momento están siendo profundamente analizados por la Economía conductual y la psicología de grupos. De hecho, la literatura especializada nos ofrece estudios recientes y abundantes experimentos, lo que nos permite profundizar en un mejor conocimiento de los mismos.

6.º) Las «acciones racionales» se sustentan en la maximización de utilidad y ello requiere la elección de conductas basadas en la función de utilidad esperada de la persona. Obviamente, cualquier comportamiento no es racional por sí mismo, requiere de que esté basado en la información, respete los órdenes de preferencias y lo todo lo que se ha ido apuntando en los presupuestos anteriores. En el contexto del grupo u ente corporativo, los comportamientos de los individuos pueden describirse como racionales si puede extraerse que los miembros que componen la organización tienen la misma utilidad, lo que implica que tienen pretensiones compartidas; en este ámbito, para el análisis de las decisiones actuales o futuras, resulta muy relevante los comportamientos previos y las prácticas asumidas o toleradas en la corporación.

7.º) La teoría de juegos resulta idónea para el «análisis de decisiones en el seno de las organizaciones»: El conjunto de decisiones posibles de los individuos en grupos pueden examinarse de manera rigurosa con la teoría de juegos, ya que su enfoque resulta totalmente apropiado cuando el resultado pende de la interrelación de las elecciones de otros individuos.

Esto sucede con claridad en el marco de un ente corporativo, donde se observan atribuciones y jerarquías que afectan directamente a los procesos decisorios de diversos sujetos. Las conclusiones que se extraigan de esta «interacción» resultan extraordinariamente valiosas para conocer

qué preferencias o valores predominan en los individuos que componen la organización.

8.º) La teoría de la elección racional sirve para «conocer y proporcionar una explicación» acerca de cómo la mayoría de las personas físicas toman muchas de sus decisiones. Desde este enfoque no se asume que todas las personas piensan igual o que existe un discurso común. La teoría de la elección racional acepta que elecciones de las personas físicas varíen unas de otras (incluso aunque compartan las mismas preferencias, información o enfoque sobre el riesgo). En este sentido, mantiene una perspectiva sobre la conducta predominantemente estocástica —más adecuada a la compleja realidad inherente de todo ser humano—. Sin embargo, se asevera que, en la mayoría de los casos, los individuos actúan para tratar de maximizar sus beneficios, por lo que las conductas pueden calificarse de racionales. Esto conlleva que pueden realizarse predicciones muy útiles sobre las posibles conductas del individuo a partir del presupuesto consistente en que la mayoría de los individuos en la mayoría de los supuestos desarrollan su comportamiento tras haber realizado ciertos cálculos sobre los costes y beneficios de sus decisiones.

9.º) «Conductas irracionales» de las personas: la teoría de la elección racional no excluye la posibilidad de que las personas físicas actúen de manera irracional o impulsiva. Por tanto, esta teoría tiene en cuenta que los individuos pueden tomar decisiones inconsistentes, guiadas por influencias emocionales o por un cambio radical del contexto. Por tanto, se asume que hay comportamientos más opacos para el análisis desde esta óptica²⁷.

Este último aspecto, el concerniente a las decisiones impulsivas, irracionales o muy afectadas por sesgos, ha sido y es uno de los extremos más problemáticos en el campo del análisis de los procesos de toma de decisiones. Es totalmente cierto que las personas físicas tenemos una capacidad innata para evaluar situaciones. En comparación con la parte emocional y más irracional, el ámbito racional de las personas resulta absolutamente impresionante. Como acertadamente afirma MAYER, la persona física es una máquina de calcular, evaluar beneficios y costes de las diversas posibi-

27. Sobre este particular, *vid. infra* epígrafe III. «Compliance», «behavioral economics» u *psicología de grupos: el «enfoque del cumplimiento y enforcement basado en el comportamiento y los valores»* (Cap. 2) y *vid. infra* epígrafe VII. *Otros aspectos clave carga de la prueba y refuerzo científico del sistema de prevención de delitos* (Cap. 5).

lidades y elegir cuidadosamente la alternativa más adecuada; las circunstancias y el contexto son cambiantes y la persona racional adapta sus decisiones al transcurso de las propias circunstancias y contexto. No obstante, este autor también nos alerta de la persona se mueve también por sentimientos, ideas preconcebidas e intuiciones que bloquean su procesamiento racional²⁸.

MAYER señala que una de las críticas más significativas a la estricta concepción de la elección racional es el enfoque dado a los actos impulsivos o menos racionales. Hay ocasiones en que, por ejemplo, la persona física se influencia por cuestiones superfluas, recibe información sesgada o se deja llevar por los sentimientos, adoptando decisiones irracionales que no maximizan su beneficio. Las personas cometen errores al tomar decisiones y muchas de ellas son tomadas teniendo como preferencia el beneficio a corto plazo aunque puedan dañar su propio interés a largo plazo²⁹.

En este epígrafe nos encontramos en un primer estadio sobre el estudio de los procesos de toma de decisiones de los individuos. Se ha expuesto que, para conocer el conjunto de posibles decisiones racionales de la persona (que predominan en el ámbito de la empresa), debemos recurrir a nociones como jerarquización de preferencias, transitividad, función de utilidad, etc., pero ahora cabe preguntarnos lo siguiente: ¿cómo podemos incorporar al estudio de la decisión ese conjunto las decisiones menos racionales o tomadas bajo la influencia de sesgos y emociones?

Dar respuesta a este interrogante resulta muy importante ya que, una vez tengamos sobre la mesa las herramientas que posibiliten extraer el conjunto global de decisiones que puede tomar un individuo, podremos avanzar hacia el nuevo institucionalismo de la elección racional (teoría que nos permite incluir en este campo de estudio el factor de la «constricción» o la influencia de la organización en los procesos de toma de decisiones). Asimismo, como el lector podrá constatar más adelante, la teoría de juegos y la modelización se constituyen como herramientas metodológicas idóneas para el estudio y predicción de posibles conductas estratégicas en este contexto corporativo. Y, todo ello, no solo nos permitirá mejorar la comprensión de los comportamientos delictivos desarrollados en el seno de las personas jurídicas, sino que coadyuvará a configurar una fundamentación

28. MAYER, C.: *Firm Commitment: Why the corporation is failing us and how to restore trust in it*, Ed. Oxford University Press, New York, 2013, p. 118.

29. *Ibid.* p. 121123.

de la responsabilidad penal corporativa mucho más sólida y a mejorar el propio contenido de los programas de prevención de delitos.

Pues bien, además de lo apuntado en el epígrafe tercero del capítulo segundo, para la toma en consideración de las posibles decisiones irracionales que puede adoptar un individuo podemos recurrir a los patrones de conducta o dinámicas que, se han demostrado, suelen seguirse cuando las personas toman este tipo de decisiones. La evidencia científica nos muestra que, aunque «a priori» podamos creer que las decisiones irracionales, muy afectadas por sesgos, impulsivas o tomadas rápidamente no responden a determinados patrones o estructuras y que son totalmente aleatorias, no es cierto. Así nos lo explica, entre otros, el Nobel de Economía experto en psicología y economía del comportamiento, KAHNEMAN³⁰, quien, tras dedicar gran parte de su actividad profesional al estudio y experimentación científica en materia de decisiones, sesgos y emociones, mantiene que resulta posible conocer las dinámicas de gran parte de este tipo de procesos de toma de decisiones o realizar mapas de racionalidad limitada. Sobre la base de lo apuntado en el capítulo precedente, cuando se explicó la cuestión de las dos formas de pensamiento en el individuo (un primer sistema de pensamiento rápido, más intuitivo y emocional, y un segundo sistema de pensamiento lento, más racional), deben traerse a colación las siguientes afirmaciones de KAHNEMAN³¹:

«Las ideas centrales del presente enfoque son la existencia de una estructura formada por dos sistemas, el importante cometido del Sistema 1 y la extremada dependencia del contexto que está implícita en el concepto de accesibilidad. La característica fundamental de los agentes no es la de que razonan mal sino la de que actúan a menudo intuitivamente. Y la conducta de estos agentes no está guiada por lo que son capaces de calcular, sino por lo que por casualidad ven en un momento dado.

Estas proposiciones llevan a cuestiones heurísticas que pueden servir de guía en los intentos de predecir o explicar la conducta en una posición determinada: “¿Qué intentaría hacer un agente impulsivo?”, “¿Cuál es el curso de acción que parece más normal en esta situación?”. La respuesta a estas cuestiones servirá a menudo para identificar el juicio o el curso de acción que atraerá a la mayor parte de la gente. Por ejemplo, es más normal

30. KAHNEMAN, D.: *Pensar rápido, pensar despacio*, Ed. Debate, Barcelona, 2018.

31. KAHNEMAN, D.: «Mapas de racionalidad limitada: psicología para la economía conductual», conferencia dada en Estocolmo, el 8 de diciembre de 2002, cuando recibió, junto con Vernon L. Smith, el Premio Nobel de Economía, publicada en *Revista asturiana para la economía* (Trad. Mario Piñera), p. 35.

unirse a un grupo de desconocidos que corren en una dirección particular que elegir el destino contrario. Sin embargo, la perspectiva de los dos sistemas indica que se deberían plantear también otras cuestiones: “¿Está el juicio o curso de acción que es atractivo intuitivamente en conflicto con una regla que el agente aprobaría?”. Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, cabe plantearse: “¿Qué probabilidades hay de que en la situación considerada la regla relevante nos venga a la mente con tiempo suficiente como para hagamos caso omiso de la intuición?”. Por supuesto, este modo de análisis abre también la posibilidad de que haya diferencias entre individuos y entre grupos. Lo que es normal e intuitivo en una determinada situación no es lo mismo para todo el mundo: experiencias culturales diferentes propician intuiciones diferentes acerca del significado de las situaciones, y conductas nuevas se convierten en intuitivas a medida que se van adquiriendo las destrezas. Incluso si se tienen en cuenta estas complejidades, la aproximación a la comprensión y predicción de la conducta que se ha esbozado en este trabajo se puede aplicar de una forma sencilla y fácil, y llevará probablemente a hipótesis que son en general verosímiles y a menudo sorprendentes».

«La intuición y el razonamiento son vías alternativas a la hora de resolver problemas, que la intuición se asemeja a la percepción, que a veces la gente se enfrenta a una pregunta difícil sustituyéndola por una más fácil, que a menudo el procesamiento de la información es superficial, que las categorías se representan mediante prototipos...».

Sin duda, se trata de un tema extraordinariamente relevante y complejo sobre el que merecería la pena profundizar, pero que, por razones de materia y extensión, no deben ser desarrolladas en el presente manual. No obstante, podemos extraer que, al estudio del conjunto de decisiones racionales posibles guiadas por el beneficio podemos tratar de incorporar determinados patrones y las heurísticas que sustentan decisiones menos racionales y más impulsivas. Sobre ello, se estima totalmente pertinente tomar en consideración los resultados y conclusiones que nos ofrecen los estudios y experimentos más recientes de la economía del comportamiento sobre procesos de *decision-making* asociados al cumplimiento/incumplimiento o al tratamiento del riesgo. Dichas conclusiones nos ofrecen información que resulta sumamente útil para optimizar la eficacia de los programas de cumplimiento. No solo nos permiten mejorar los controles para evitar incumplimientos, sino que pueden ser utilizadas para configurar «incentivos» y «*nudges*»³² que coadyuven a lograr

32. Sobre incentivos, «*nudges*» y cómo articular en la persona jurídica medidas concretas para reforzar la eficacia de los programas de cumplimiento o, en su caso, los sistemas

los objetivos de *compliance* y que sirvan para fortalecer el compromiso real de los miembros de la organización con los valores éticos y el cumplimiento normativo.

Al margen de lo señalado, es adecuado indicar que, en este campo de las decisiones irracionales, no solo se plantean soluciones para su mejor conocimiento desde fuera del enfoque de la elección racional; el propio BECKER³³ analizó con detalle la cuestión del «comportamiento irracional» en los procesos de toma de decisiones, articulando una compleja metodología de que permite explicar las decisiones irracionales. Asimismo, resulta evidente que para el análisis del comportamiento delictivo desarrollado en el ámbito de las personas jurídicas debe tenerse muy en cuenta que las decisiones de los individuos no se toman de manera aislada, influyen otros elementos asociados a la organización. En la mayoría de las ocasiones, las decisiones de una o de varias personas dependen de las decisiones de los demás y su marco relacional. Son «decisiones estratégicas» donde la acción y el coste-beneficio individual penden de las acciones y costes-beneficios de los demás. La conducta del individuo obedece principalmente a sus propias preferencias, pero también ejercen un papel trascendental las «constricciones del contexto social» en que se sitúa. Se trata de un componente que, consideramos, debería constituir una parte esencial de la cimentación de la responsabilidad penal corporativa. Pues bien, ese enfoque de análisis donde se considera que, en el ente corporativo —al que podemos llamar «institución»³⁴—, se conforman unas «constricciones» a través de pautas o procedimientos compartidos por los miembros de tal institución y donde tales constricciones se suman al análisis en el seno de las organizaciones, constituye una característica propia del neoinstitucionalismo o nuevo institucionalismo de la elección racional.

Como se verá en las próximas páginas, la toma en consideración de la influencia de la «institución» es un punto destacado en el nuevo institucionalismo. Así, desde un plano dogmático penal, sostenemos que el

de gestión de *compliance* vid. *infra* epígrafe VII. Otros aspectos clave: carga de la prueba, «*compliance*» ante el juzgado y refuerzo científico del sistema de prevención de delitos (Cap. 5).

33. BECKER, G.: «Irrational Behaviour and Economic Theory», en *Journal of Political Economy* n.º 70, 1962, pp. 1-13.
34. Aunque desde el punto de vista planteado se parte de la similitud de conceptos, según la perspectiva de análisis podría distinguirse entre «institución» y «organización». Sobre esta cuestión vid. TENA SÁNCHEZ, J., «Estrategias de diseño institucional, cumplimiento y virtud cívica», en *Revista de Ciencia Política*. Vol. 29, n.º 1, 2009, p. 86.

modo en que la institución pueda influir con sus «constricciones»³⁵ a los individuos vendría a explicar —y justificar— la transferencia de responsabilidad hacia el ente corporativo cuando algún miembro de la organización cometió un delito. Por tanto, evidenciado el delito, si se muestra que en la organización no existían prácticas y procedimientos que generaran una impronta tendente al cumplimiento, sino que existía una influencia orientada a la ausencia de control y la aquiescencia de irregularidades protagonizadas por sus miembros, se puede explicar sociolegalmente y amparar político-criminalmente que el ente corporativo sea merecedor de reproche penal. En este supuesto, la ausencia de constricciones orientadas al cumplimiento y control de riesgos (particularmente, a impedir el delito que finalmente se cometió) conforma una «realidad criminógena» que propició el delito de la persona física y, consecuentemente, la persona jurídica puede ser penalmente sancionada. Por el contrario, la adopción y ejecución de un «*compliance program*» constituye una muestra palpable de que no se presenta esa «realidad criminógena»; por tanto, el tejido de interacciones y constricciones que conforma la persona jurídica no merece recibir reproche penal.

II. NEOINSTITUCIONALISMO: CORRIENTE DE ANÁLISIS DE LA ORGANIZACIÓN MEDULAR PARA UNA ANTRÓPICA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA

El olvido del papel de las instituciones (empresas, administraciones, asociaciones, fundaciones, partidos políticos, etc.) ha sido, quizás, el punto débil de la visión más tradicional del enfoque económico del Derecho, ya para este solo existía la acción individual con relevancia jurídica —desatendiendo la influencia del grupo—. Como se apuntaba, esta percepción en el contexto jurídico penal se traduce en la aplicación de la responsabilidad sobre la persona física, la virtualidad de la organización queda fuera. Ahora bien, el nuevo institucionalismo de la elección racional³⁶ o neoinstitucionalismo ha tratado de resolver de manera rigurosa esta cuestión, sometiendo a la elección racional —de base predominantemente individualista— a una notable revisión.

35. Pero, recordemos, son constricciones que, en última instancia se generan por los propios individuos y no por la propia organización entendida como ente autopoiético.

36. LÓPEZ NOVO, J.: «Neoinstitucionalismo económico y teoría sociológica», en AAVV/LAMO DE ESPINOSA/RODRÍGUEZ IBÁÑEZ (Comps.); *Problemas de teoría social contemporánea*. Ed. Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), Madrid, 1993, pp. 291327.

Fundamentalmente, como resultado de esa crítica sobre la elección racional se han desarrollado tres líneas básicas: el institucionalismo histórico, el institucionalismo sociológico y el institucionalismo de la elección racional. Las tres vertientes comparten suficientes aspectos esenciales como para incardinarse bajo el epígrafe neoinstitucionalismo, pero también presentan matices entre sí que originan, a su vez, distinciones. Y tales diferencias son merecedoras de una breve descripción.

Estas tres corrientes incardinadas en el neoinstitucionalismo conciben a las instituciones como normas, procedimientos, prácticas o «constricciones» compartidas —formales o informales— que vinculan o influyen sobre los actores sociales, estructuran sus actividades y sus interacciones recíprocas. Pero cada línea acentúa la preponderancia de determinados elementos sobre otros. Por un lado, el nuevo institucionalismo de la elección racional se ocupa principalmente de analizar la maximización del beneficio por los individuos cuando actúan en las instituciones (lo que viene a ser, en el contexto que nos corresponde, las entidades mercantiles y otros entes organizados que cuenten con personalidad jurídica propia). Por otro lado, el institucionalismo sociológico y el histórico destacan el aspecto «cultural» de las instituciones y cómo este determina las preferencias de sus actores sociales. Bajo las líneas histórica y sociológica, se incide en que los actores sociales crean reglas o constricciones que, al mismo tiempo, determinan a los propios actores sus funciones. Se trata de una retroalimentación, ya que la vinculación entre acción individual e instituciones es interactiva y mutuamente constitutiva. De ese modo, la propia institución influye en la conducta del individuo e incluso la provoca. Un claro ejemplo de ello son los juegos en la etapa de la niñez: los niños adoptan unas normas que los determinan y, a la vez, les hace desarrollarse como personas con capacidad para seguir normas. La óptica histórica incide, además, en que la naturaleza de estas reglas o constricciones externas deviene del pasado, por lo que la ordenación vigente hoy en día pende del curso de los acontecimientos pretéritos (dependencia del camino o *«path dependency»*).

Como contraste, para la clásica teoría de la elección racional, lo que hacen las instituciones es fijar meros límites a la conducta maximizadora de los individuos mediante normas, prácticas aceptadas o procedimientos compartidos por los miembros de la institución. En este sentido, los reglamentos, los protocolos o los propios programas de cumplimiento constituyen cuerpos normativos compartidos que impiden, por ejemplo, que alguien se enriquezca abusando de su posición con respecto a otros.

Es decir, lo que se denominan instituciones serían, para la elección racional, constricciones externas a las que están sometidas las decisiones individuales; son puras restricciones, impuestas sobre las preferencias de los individuos. Por tanto, el institucionalismo de la elección racional primitivo consideraba a las instituciones como simples «constricciones exógenas» a la conducta individual. Eso, y nada más, un protocolo o cualquier norma de otra naturaleza en un marco organizado. Sin embargo, sabemos que esa concepción limitada de la elección racional que propugna una visión analítica centrada en responsabilidades individuales no resulta sostenible hoy día. Y ahí entra en juego el nuevo institucionalismo de la elección racional con aspectos avanzados de la económica conductual.

El neoinstitucionalismo de la elección racional es un cuerpo teórico que se desarrolla sobre la base de la elección racional. Este nuevo institucionalismo constituye una refinada y actualizada teoría donde ya no se conciben a las instituciones como meras limitaciones exógenas de la acción, sino que se incorporan plenamente al análisis y se asume que la existencia de una relación entre acción individual e instituciones. Esa relación es un proceso mutuamente constitutivo y, por tanto, significativo: los miembros que componen una organización crean unas normas, protocolos, prácticas aceptadas, procedimientos, etc. son reglas del «juego» —instituciones— que influyen, a su vez, sobre estos miembros y sobre futuros agentes sociales.

Por ello, desde el enfoque de las propuestas compiladas en el presente capítulo, se considera que estos presupuestos posibilitan una fundamentación más solvente y completa de la propia institución de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En un contexto respetuoso con los postulados más esenciales del Derecho Penal, donde solo el individuo tiene capacidad real para realizar una conducta delictiva, se asume la existencia de unas influencias, regulaciones internas, prácticas o «constricciones» (realizadas y propagadas desde el ente corporativo) que, sin duda, influyen sobremanera a la hora de que el miembro de la organización tome una decisión sobre delinquir o no delinquir y pueda hacerlo o no. En este esquema que, a nuestro juicio tiene una sólida cimentación sociolegal, la conducta originaria siempre es aquella que deviene de la decisión libre de la persona física, pero que, en la medida en que esta siempre se ve intensamente condicionada y afectada por las constricciones del contexto social (esto es, la persona jurídica en la que se inserta), se ampara la atribución de responsabilidad penal al ente corporativo cuando esas constricciones están

orientadas a no impedir o facilitar comisión del delito. Ahí radicaría la culpabilidad heterogénea del ente corporativo (que abordaremos unas líneas más adelante).

En este ámbito, los programas de prevención de delitos constituyen las más claras y evidentes constricciones que existen en la persona jurídica para impedir u obstaculizar comportamientos delictivos de sus miembros. Sin duda, la implementación efectiva de un *compliance program* en una organización es una evidencia de que se tiene la firme pretensión de influir y encauzar posibles conductas de sus miembros, disuadiéndoles de conductas delictivas y fomentando el cumplimiento normativo. Estos elementos explican y pueden cimentar una visión antrópica de la responsabilidad penal corporativa (por tratarse de criterios de análisis de la conducta de las personas físicas en entornos organizados), pero, al mismo tiempo, nos permiten comprender a qué obedecen los *compliance programs* y coadyuvan de manera trascendental a la hora de elaborarlos o hacerlos más eficaces.

Además, en cuanto a la decidida incorporación de estos postulados para sustentar la responsabilidad penal corporativa, cabe insistir en lo siguiente: el individuo continúa detentando la exclusividad sobre la *psique* y la verdadera capacidad para protagonizar una conducta delictiva, pero el ente corporativo puede responder penalmente por razón de la propia configuración de sus constricciones, limitaciones y procedimientos —eso sí, siempre dimanantes de los individuos, pues el ente carece de capacidad real para autoorganizarse³⁷—. Por lo tanto, reiteramos, si fruto del análisis de las constricciones de la organización (que se materializan en los *com-*

37. Ampliamente, *vid.* AGUILERA GORDILLO, R.: «Déficits del enfoque sistémico de responsabilidad penal de la persona jurídica: inimputabilidad y contagio penal en operaciones de M&A. Procedencia del modelo antrópico y behavioral game theory», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-06, 2023, pp. 1-54. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-06.pdf> [2025, 15 diciembre]. Se aborda específicamente el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas de base antrópica y cabe destacar este fragmento:

«En este modelo antrópico la persona jurídica es concebida como un agente configurado por el componente humano que despliega una impronta y afecta a los procesos de *decision making* de los individuos de la organización, particularmente en lo concerniente al riesgo de conducta delictiva. Este contexto corporativo que influye sobre los individuos no se autogenera y tampoco tiene aptitud para autoorganizarse, sino que siempre es resultado de la interacción estratégica de los propios individuos, que son quienes realmente aportan las ideas, aprueban las decisiones y políticas, aplican los procedimientos o controles y protagonizan las conductas en la organización. El componente humano, por tanto, resulta esencial en el examen de la responsabilidad penal corporativa dentro del modelo antrópico».

CAPÍTULO 5

**LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN
Y GESTIÓN O «COMPLIANCE PROGRAMS»:
REQUISITOS DEL 31 BIS 5 DEL CÓDIGO PENAL,
LA CIRCULAR 1/2016 FGE, CONSIDERACIONES PARA LA
IMPLEMENTACIÓN Y CASUÍSTICA EN LOS TRIBUNALES**

SUMARIO: I. IDENTIFICACIÓN DE ACTIVIDADES EN CUYO ÁMBITO PUE-
DAN SER COMETIDOS LOS DELITOS QUE DEBEN SER PREVE-
NIDOS: MAPA DE RIESGOS, MATRICES Y TEORÍA DE JUEGOS. II. PROTOCOLIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE FORMACIÓN
DE VOLUNTAD, TOMA DE DECISIONES Y SU EJECUCIÓN EN
LA PERSONA JURÍDICA: PROCEDIMIENTOS Y ESTRUCTURAS
DE CONTROL. III. GESTIÓN DE RECURSOS FINANCIEROS DI-
RIGIDOS A IMPEDIR DELITOS QUE HAN DE SER PREVENIDOS:
FISCALIZACIÓN Y «CHECK & BALANCES». IV. OBLIGACIÓN DE
INFORMAR SOBRE RIESGOS E INCUMPLIMIENTOS AL ÓRGANO
CON LA «FUNCIÓN DE COMPLIANCE»: CANAL DE DENUNCIAS,
PROTECCIÓN DEL «WHISTLEBLOWER» E INVESTIGACIONES
INTERNAS. 1. *El sistema interno de información (SII) de la Ley 2/2023:
examen e implementación en las organizaciones, controversias, sentencias rele-
vantes, buena fe del informante y no autoincriminación de la persona jurídica.*
2. *Investigaciones internas corporativas: «utilizabilidad» de las evidencias,
delimitaciones de la jurisprudencia sobre ilicitud de prueba y autotutela de
la empresa vs. Empresa como «agente del estado».* V. SISTEMA DISCIPLI-
NARIO QUE CASTIGUE EL INCUMPLIMIENTO: «CÓDIGO DE
CONDUCTA» Y PARADOJAS SOBRE SANCIONES DESPROPOR-
CIONADAS. VI. REVISIÓN Y MEJORA DEL PROPIO «COMPLIANCE
PROGRAM PENAL»: EL PERÍODO Y LA RELEVANCIA DEL CAM-
BIO EN LAS CIRCUNSTANCIAS. VII. OTROS ASPECTOS CLAVE:
CARGA DE LA PRUEBA, «COMPLIANCE» ANTE EL JUZGADO Y
REFUERZO CIENTÍFICO DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN DE DE-
LITOS. 1. *La carga de la prueba del «compliance program penal» y los juicios
de «eficacia» e «idoneidad» en los tribunales.* 2. *Estrategias de optimización
del cumplimiento en contextos corporativos («behavioral compliance») y la
«pericial de compliance».*

Una vez analizado el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es el momento de profundizar en cómo concibe nuestro ordenamiento jurídico-penal al propio *compliance program* o programa de prevención de delitos. A tal efecto, comenzaremos estudiando pormenorizadamente cada uno de sus requisitos —teniendo en cuenta lo que contempla el propio Código Penal, la Circular 1/2016 FGE sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 y el influjo de las propuestas vertidas en los capítulos anteriores—. Posteriormente, se desarrollarán determinados factores clave relativos a los juicios de eficacia e idoneidad del *compliance program* y se expondrán distintos casos de especial trascendencia que han sido abordados por nuestros juzgados y tribunales. Para concluir, se tratarán diversas estrategias de «behavioral *compliance*» y aspectos críticos sobre la pericial de *compliance*.

En primer lugar, es oportuno recordar la naturaleza que nuestro marco jurídico atribuye a estos programas de prevención o «modelos de organización y gestión» (que, recordemos, es la terminología con la que el Código Penal designa al «*compliance program*» —penal—). Como se expuso, según se estime que nuestro Código acoge un modelo de responsabilidad penal corporativa u otro, la naturaleza del *compliance program*¹ variará, ya que pende directamente de dicha premisa. Por tanto, y sucinatamente, si partimos de la hipótesis de que nuestro Código adopta un «modelo de autorresponsabilidad» estricto o responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica² basado en la tesis sistémica de que la corporación, como ente autopoiético, tiene *capacidad* para autoorganizarse, la consideración del *compliance* puede excluir aquello que engloba el injusto o la culpabilidad.

1. A los efectos de facilitar la lectura, limitaremos el uso del entrecomillado para este tipo de terminología anglosajona. Asimismo, se incide en que generalmente recurrimos a los términos *compliance program*, programa de prevención de delitos, programa de cumplimiento, sistema de *compliance*, modelo de prevención de manera indistinta para evitar reiteraciones. Cuando hagamos alusión a alguno de estos términos, en puridad, nos referimos a un modelo de organización y gestión para la prevención de delitos o *compliance program penal* (focalizado en lo determinado conforme al ordenamiento jurídico-penal). Igualmente, como se expondrá en las páginas siguientes, existen diferencias entre un *compliance program* o un modelo de prevención de delitos con los denominados sistemas de gestión de *compliance* (que materializan lo contemplado en ciertas normas técnicas UNE o ISO y que no guardan directa vinculación con la exención o desactivación de responsabilidad penal).
2. Vid. *supra* epígrafe I. *Modelo de autorresponsabilidad penal de la persona jurídica* (Cap. 1).

En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo³, desde los postulados sistémicos más estrictos, sostiene que el *compliance program* o programa de cumplimiento para la prevención de delitos se sitúa como *elemento negativo* del tipo del delito corporativo. La previa ejecución de un *compliance* eficaz e idóneo impide la activación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues se evidencia que existe una adecuada organización y gestión del riesgo penal; por tanto, no existe *defecto organizativo estructural* propio de la persona jurídica. Esta concepción de delito corporativo independiente del hecho delictivo de persona física podría desembocar en interpretaciones distintas —y controvertidas— sobre qué obligaciones, acciones y requerimientos de las autoridades pueden vulnerar el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica. Un ejemplo de esto podría ser considerar que no vulnera la garantía de no autoincriminación la obligación expresa de informar al ministerio fiscal cuando en la persona jurídica se reciba aviso por el «sistema interno de información» de que un miembro de la organización ha cometido un hecho indiciariamente delictivo (obligación prevista en la letra *j* del artículo 9 de la Ley 2/2023, sobre la que profundizaremos más adelante). Así, con independencia de que ese hecho presuntamente delictivo pueda ser uno de los presupuestos activadores de la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, dado que el delito corporativo se configura por el defecto organizativo estructural, podría entenderse que la detección del delito y traslación de la información son muestras de la ausencia de tal defecto organizativo. Dicho de otro modo, con independencia de que la información dada por la persona jurídica al ministerio fiscal verse sobre uno de los delitos que pueden activar la responsabilidad penal de la persona jurídica, no nos situamos ante una obligación de información potencialmente inculpativa para la corporación, sino ante un hecho que refuerza la ausencia de *defecto organizativo estructural* (siempre que en la corporación se aplique un *compliance program* eficaz e idóneo) y, por tanto, ante una actuación que beneficia a la corporación⁴.

Asimismo, se viene insistiendo en que la acusación detenta la carga probatoria sobre el *defecto organizativo estructural*⁵. A este respecto, la STS

3. Ampliamente analizado en el epígrafe III. «Estado del Arte» en España (Cap. 1).

4. Vid. *infra* apartado 1. El Sistema Interno de Información (SII) de la Ley 2/2023: examen e implementación en las organizaciones, controversias, sentencias relevantes, buena fe del informante y No Autoincriminación de la Persona Jurídica [epígrafe IV. Obligación de informar sobre riesgos e incumplimientos al órgano con la «función de compliance»: canal de denuncias, protección del «whistleblower» e investigaciones internas (Cap. 5)].

5. Extremo abordado por la STS núm. 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016, 600), en su Fundamento de Derecho Octavo; en este mismo sentido e independientemente

núm. 298/2024, de 8 de abril, subraya de una manera muy nítida (aspecto que contrasta con otras resoluciones, algo vacilantes o confusas) que a la parte acusadora le corresponde la carga de la alegación relativa al defecto organizativo, pero es la defensa la que tiene que mostrar la ejecución eficaz de un programa de prevención de delitos (en tanto que es un factor excluyente de la responsabilidad penal corporativa). El Alto Tribunal considera que para declarar la responsabilidad penal de una corporación se requiere de la presencia de un «elemento nuclear positivo» (injusto penal protagonizado por persona física que actúa dentro del perímetro corporativo), un «elemento normativo» (que ese delito se encuentre en el catálogo de delitos que activan la responsabilidad penal corporativa) y otro «elemento negativo» (que no se haya implantado y ejecutado un compliance eficaz).

En cambio, si se admite —como parece deducirse atendiendo a la literalidad del Código, aunque no sea la postura aplicada por la jurisprudencia— que nuestro ordenamiento jurídico asume el «modelo de heterorresponsabilidad» o responsabilidad penal del ente corporativo basado en hecho protagonizado por la persona física⁶, el *compliance program* puede considerarse como un factor elemental que imposibilita la apreciación del «hecho de conexión⁷» o, como determina la Fiscalía General del Estado, puede concebirse al *compliance program* como una «excusa absolutoria», de modo asimilable a una causa de exclusión personal de la punibilidad. Desde esta óptica, la defensa soporta indubitadamente el peso de probar la implementación eficaz de un *compliance program*.

Por otro lado, si se asume un actualizado «modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica» (expuesto en el capítulo tercero), dado que se considera que persona jurídica carece de verdadera capacidad para protagonizar un injusto propio o de una clásica culpabilidad (sí puede apreciarse una culpabilidad heterogénea), el *compliance program* sería el exponente de que, en la persona jurídica existe una organización

de la categorización que se efectúe respecto al *compliance program penal*, es taxativa la STS núm. 221/2016 de 16 de marzo en su Fundamento de Derecho Quinto. Sobre esta cuestión *vid. supra* epígrafe III. *Estado del arte en España* (Cap. 1).

6. *Vid. supra* epígrafe II. *Heterorresponsabilidad penal de la persona jurídica y cimentación de un ecléctico «modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa»* (Cap. 1).
7. Con relación al doble sistema de atribución de responsabilidad penal al ente corporativo (letras *a* y *b* del apartado 1 del art. 31 bis C.P.) y cada conjunto de elementos que necesariamente han de concurrir para poder atribuir la responsabilidad penal al ente corporativo, *vid. supra* epígrafe I. *Responsabilidad penal de la persona jurídica y el artículo 31 bis 1 C.P.* (Cap. 4).

adecuada, donde se contemplan un conjunto de influencias o «constricciones» (normas, procedimientos, prácticas, controles, etc., que, en último lugar, siempre tienen su origen en las decisiones de los individuos que conforman la persona jurídica) tendentes a impedir incumplimientos y riesgos de conducta humana delictiva. Consecuentemente, puesto que la activación de responsabilidad penal a la persona jurídica opera si se aprecia la ausencia o insuficiencia de «constricciones» o influencias tendentes a prevenir delitos (tras la conducta antijurídica protagonizada por alguna de las personas físicas que actúan bajo su perímetro social), la previa implementación y ejecución de un *compliance program* conlleva la imposibilidad de aplicar reproche penal. Y es que, ese *compliance* constituye una clara evidencia de que no existe un contexto corporativo que presente una «realidad criminógena» propiciadora del delito originario que protagonizó la persona física. En definitiva, la persona jurídica solo resulta merecedora de sanción penal si carece de un *compliance program* eficaz e idóneo para impedir o reducir el riesgo de la concreta «conducta humana» delictiva que se cometió dentro del ámbito de la corporación o, llegado el caso, no lo aporta ni justifica estos extremos en el marco proceso penal.

Dejando atrás las consideraciones acerca de la categorización del programa de prevención de delitos o *compliance program penal*, es oportuno efectuar una aproximación al concepto común de *compliance program —penal—*, de carácter técnico, que sea aséptico y englobe las exigencias recogidas en el Código Penal. De este modo, el *compliance program —penal—* puede considerarse como el conjunto de normas, procedimientos y mecanismos de control tendentes a garantizar el firme cumplimiento de la legalidad en el seno de la organización, regulando y supervisando aspectos como los procesos productivos, la gestión diaria empresarial y las conductas de los individuos que componen la organización, pero cuyo objetivo directo e inmediato es prevenir, detectar y reaccionar adecuadamente ante la comisión de delitos o el acaecimiento de riesgos e incumplimientos de posible trascendencia penal.

Aunque en los siguientes epígrafes se analizarán detalladamente cada uno de los requisitos esenciales del *compliance program penal* (y en el epígrafe séptimo se indicará el elenco de documentos que la casuística en tribunales muestra como elementos que responden al cumplimiento de esos requisitos y que habitualmente configuran el *compliance*), corresponde señalar que, con independencia de la denominación que se le dé a cada uno de ellos y si se presentan de manera conjunta o estratificada, el

modelo de prevención de delitos suele contener, como mínimo: un mapa de riesgos penales de toda la organización; unos procedimientos que se ocupan de regular los procedimientos de formación de la voluntad y materialización de la toma de decisiones en la persona jurídica (que suelen estar compuestos o coordinados con políticas generales de *compliance*, políticas anticorrupción, política de obsequios, pautas de actuación en las relaciones con miembros de otras corporaciones, etc.⁸); unos procedimientos operativos de gestión económica y financiera con controles para impedir la comisión de ilícitos; la evidente orden dirigida a todo miembro de la organización de informar sobre riesgos o incumplimientos que estos perciban, junto con un procedimiento de gestión de informaciones inserto en el canal de denuncias o «sistema interno de información» y el correspondiente procedimiento de investigación interna; un código ético o de conducta, y unos procedimientos de revisión del propio *compliance program penal*. Asimismo, no puede obviarse que el *compliance* es un instrumento autorregulatorio resultado de un fenómeno cuyo germen radica en las nociones de origen anglosajón de *accountability* y *regulated self-regulation*⁹.

De cualquier modo, se estima importante subrayar que solo son los requisitos jurídico-penales contemplados en los seis ordinales del apartado quinto del 31 bis CP, junto con lo fijado en los apartados segundo o cuarto del mismo precepto, lo que debe respetarse con pulcritud. Es decir, son estas condiciones incorporadas mediante ley orgánica aprobada por el legislador y no otras, provenientes de otras fuentes, las que deben tenerse en consideración para valorar si la persona jurídica merece ser liberada de responsabilidad penal. Sobre este particular, es relevante apuntar que no resulta necesario de recurrir, para la concreción o interpretación de tales requisitos del *compliance program*, a los conocidos como *sistemas de gestión de compliance* o *sistemas asociados* para prevenir irregularidades dimanantes de la *normalización* y cuyo origen no procede de la voluntad del legislador (como poder público que detenta una altísima carga de legitimación —al estar conformado por representantes de la soberanía nacional—), ni tam-

8. Para profundizar en estos conceptos y su relación con los actuales programas de prevención de delitos, *vid. supra* epígrafe II. «*Regulated self-regulation & accountability*»: germen del «*compliance*» (Cap. 2).

9. También suelen comprender: política de selección de consejeros y directivos, política de gestión de financiación, política de contrataciones y compras, políticas de prevención de acoso y salud laboral, política de gestión medioambiental, política de derechos humanos, políticas de tratamiento de la información, dispositivos y perfiles en redes, etc.

poco de una Administración Pública matriz, sino que se elaboran en el seno de entes privados o semipúblicos con ciertas potestades públicas¹⁰ (lo que evidencia, en cierta medida, una huida del Derecho Público) por comités técnicos reducidos y, conformados mayoritariamente por profesionales de firmas o multinacionales vinculadas a la prestación de servicios de *compliance*. Aunque es cierto que la elaboración de este tipo de normas se abre a la participación de otros agentes y que existe un período para formular alegaciones, la actividad de este tipo de comités suele estar promovida y protagonizada por este tipo de profesionales. Se trata de una circunstancia que, con mayor lógica, también se aprecia en las entidades que se ocupan de la propia *certificación* de conformidad del *sistema de gestión de compliance* de una empresa respecto a una determinada norma y en el campo de la *acreditación*¹¹ de las propias entidades certificadoras¹².

-
10. En España, la entidad en cuyo seno se encuentran los comités que elaboran estas normas técnicas es UNE (Asociación Española de Normalización. En el ámbito internacional podemos encontrar ISO (Organización Internacional para la Estandarización), en el Europeo CEN (Comité Europeo para la Estandarización), entre otros. Para acceder a el tipo de normas técnicas que surgen de la normalización o estandarización hay que abonar una cuantía.
 11. De hecho, sobre la acreditación de entidades en el marco de sistemas de gestión penal puede sostenerse que las fuentes de legitimación [por ejemplo, Reglamento (CE) n.º 765/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n.º 339/93; Ley 21/1992 de 16 de julio de Industria y Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación de acuerdo con lo establecido en el referido Reglamento (CE)] no amparan ni pueden amparar, bajo ningún concepto, que aborden o regulen ámbitos que afecten directamente al campo jurídico-penal, reservado a ley orgánica. Por tanto, se trataría de una desviación del marco normativo promovida o potenciada por entidades privadas, sobre todo consultoras, para revestirse de un rol destacado en un atractivo negocio (normas y certificaciones vinculadas al *compliance*). Además, cabe destacar la rápida (incluso excesiva) proliferación de este tipo de normas ligadas al *compliance* en pocos años. Sobre el proceso de conformación de tales normas, hay voces autorizadas que han criticado que en los comités que redactan estas normas participen algunos profesionales que intervienen como expertos en materias tan diversas y dispares como la gobernanza, la libre competencia, las específicas investigaciones internas corporativas, etc., como si se pudiera ser especialista en ámbitos tan diversos. En todo caso, parece claro el importantísimo papel que juegan estas normas en la contratación mercantil y para la elección de socios de negocio, el rasgo diferenciador del que gozan aquellas personas jurídicas que disponen de una certificación de su cumplimiento o lo que supone que dicha certificación se haya emitido por una entidad acreditada.
 12. Sobre la *certificación* y la *acreditación*: el proceso, regulación y objetivos son radicalmente diferentes. La entidad que quiera gozar de una *acreditación* debe, mediante el cumplimiento de los requisitos de una norma técnica demostrar su competencia

No obstante, debe añadirse que la pretensión esencial de la *normalización* o *estandarización* en este campo no parece ser la de suplir los presupuestos y elementos jurídico-penales, sino complementarlas en aquello que desborda el ámbito estrictamente penal¹³ y que se trata de normas técnicas de utilidad para el tráfico mercantil o la celebración de acuerdos empresariales, fruto del trabajo de sujetos mayoritariamente pertenecientes a la consultoría o auditoría en materia de cumplimiento. Ello permite sostener que este tipo de normas ofrecen ciertas ventajas a la hora de diseñar, adoptar y ejecutar el sistema de *compliance*. Sin embargo, nos situamos ante una cuestión que suscita ciertos interrogantes, por lo que merece ser tratada con especial cautela; pues se hace necesario incidir en que, si estamos hablando de Derecho Penal, parece absolutamente pertinente mantener la defensa de que, todo aquello que le corresponde englobar (incluso de lo que se encuentre dentro de su área de influencia), se mantenga dentro del ámbito jurídico-público¹⁴. En todo caso, dada la relevancia e impronta de las referidas normas sobre sistemas de gestión que abordan materias asociadas al *compliance*, corresponde señalar (de manera muy sucinta) las siguientes¹⁵:

La norma ISO 37301 es un estándar internacional sobre *sistemas compliance* o CMS (*compliance management systems*), lo que se traduce en una

-
- y capacidades; en cambio, el cliente de la entidad de *certificación* debe demostrar el cumplimiento de los requisitos de la concreta norma sobre sistemas de gestión para que la entidad que lo audita (que puede gozar de acreditación o no) emita la correspondiente *certificación* de conformidad. En el marco de la normalización existen tanto normas técnicas para acreditarse —oficialmente— (y poder realizar auditorías con ese *plus* que supone estar acreditado) como las señaladas relativas a las exigencias y requisitos de un sistema de gestión. En España la entidad acreditadora es ENAC (Entidad Nacional de Acreditación) y, entre otras, la norma aplicable para esclarecer si una entidad goza de competencias para *auditar* a una persona jurídica y emitir certificaciones sobre sistemas de gestión de *compliance* penal es la UNE 165019.
13. Sobre este asunto y la cuestión de la «pericial de *Compliance*» vs. «pericial en Derecho», *vid. infra* epígrafe VII. Otros aspectos clave: carga de la prueba, «*compliance*» ante el juzgado y refuerzo científico del sistema de prevención de delitos.
 14. En relación con lo que ha sido apuntado, cabe recordar que la naturaleza jurídico-pública del Derecho Penal es una cuestión sobre el que existe prácticamente unanimidad entre la doctrina. Polaino Navarrete apunta al indiscutible interés público por razón del objeto de protección del que se ocupa (los bienes jurídicos más esenciales frente a las agresiones más graves) y a la necesaria exclusión de la autonomía de la voluntad como los argumentos de mayor trascendencia a la hora de defender su naturaleza pública, para profundizar *vid.* POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General Tomo I* (3.^a Ed). Ed. Tecnos, Madrid, 2017, p. 106.
 15. Para profundizar, *vid.* CASANOVAS YSLA, A.: *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 23-49.

estructura y procedimientos comunes que permiten que le sean «injer-tados» sistemas de *compliance* específicos (como protección de datos, defensa de la competencia, prevención de riesgos penales, protección al denunciante, etc.) evitando duplicidades y gastos innecesarios de recursos, ganando en eficacia y eficiencia. Esta norma especifica requerimientos y directrices necesarias para proceder a la adecuada implementación de sistemas de gestión de *compliance*, en este sentido, resulta plenamente adaptable a la realidad, contexto, tamaño y grado de madurez del sistema de *compliance* de cada organización. Se trata de un estándar certificable, esto es, concreta un conjunto de requisitos¹⁶ cuyo cumplimiento puede certificar un tercero (empresa externa acreditada¹⁷). Este estándar (elaborado por el Comité ISO/TC309, aprobado en 2021 y actualizado en 2024), es referente de estándares sobre sistemas de gestión de *compliance* genéricos de ámbito internacional. Fue producto de una revisión de la norma 19600, estándar internacional que tuvo un ámbito genérico de alcance y que se trasladó al ámbito español con la terminología UNE-ISO 19600.

La norma UNE 19601 es un estándar español sobre *sistemas de gestión de compliance penal* de ámbito español que resulta certificable. Esto se debe a que plasma tanto directrices (de carácter orientativo y voluntario) como especificaciones (de cumplimiento necesario para la emisión de una certificación de *conformidad*). Una primera versión de esta norma técnica fue aprobada en 2017 y, en abril de 2025, se publicó una edición actualizada (aunque las modificaciones realizadas no resultan trascendentales). Por otra parte, aunque, *strictu sensu*, no se traten estándares que aborden materia penal y gocen de menor repercusión que la UNE 19601, es oportuno citar: el estándar español sobre sistemas de gestión de *compliance* tributario UNE 19602, norma que goza de carácter certificable y tiene como preten-

16. Para profundizar en esta norma, *vid.* CASANOVAS YSLA, A.: *Guía práctica de compliance según la Norma ISO 37301:2021*, Ed. Aenor, Madrid, 2021. Esta norma, al igual que otras, ha sido actualizada mediante Amd 1:2024 (Modificación 1: Acciones relativas al cambio climático).

17. La acreditación oficial en España la otorga a Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), que es la entidad autorizada para operar en España como único Organismo Nacional de Acreditación, en aplicación del Reglamento (CE) n.º 765/2008 (LCEur 2008, 1382). En el ámbito de las acreditaciones para que las empresas certificadoras puedan certificar sistemas de gestión de *compliance* penal conforme a la UNE 19601, la ENAC sigue los requisitos de acreditación establecidos en la norma internacional UNE-EN ISO/IEC 170211 aplicable a la certificación de sistemas de gestión y la norma española UNE 165019 sobre los requisitos específicos para la auditoría y certificación de este tipo de sistemas.

sión realizar una mejor evaluación de los riesgos tributarios y profundizar en la implantación de buenas prácticas tributarias; la UNE 19603 sobre sistemas de gestión de *compliance* en materia de libre competencia; o la UNE 19604 sobre sistemas de gestión de *compliance* sociolaboral.

Otros estándares relevantes que merecen ser citados son el estándar ISO 37001¹⁸ sobre sistemas de gestión antisoborno (certificable y de ámbito internacional) o ISO 37003 sobre sistemas de gestión de control de fraude¹⁹ (publicado en mayo de 2025) y, con relación a otros contextos nacionales, el AS 3806 en Australia o la británica BS 10500. Además, las iniciativas de los entes internacionales y autoridades nacionales tendentes a proteger a los denunciantes de buena fe²⁰ y fijar canales de alerta de incumplimientos propiciaron la elaboración de un estándar internacional de sistema de gestión de denuncias, la ISO 37002; un estándar (aprobado en 2021) que señala directrices para implementar, administrar, monitorizar u optimizar el sistema de denuncias sobre irregularidades, independientemente de tamaño, actividad, etc. o de si nos encontramos en instituciones públicas o entes de naturaleza privada. No obstante, esta norma se ha visto, en gran parte de su contenido, superada por lo dispuesto en 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 ISO 37008 guía *compliance* de investigaciones internas en organizaciones, aprobada en 2023, ha sido otra norma de utilidad para abordar algunos aspectos —predominantemente formales— relativos a las investigaciones internas.

También deben señalarse los estándares ISO 37004 sobre gobernanza de las organizaciones — modelo de madurez de la gobernanza — orienta-

-
18. Norma elaborada por Comité Técnico ISO/PC278, sistemas de gestión antisoborno. Se trata de un estándar centrado en la prevención, detección y respuesta ante la corrupción pública o privada y tuvo como base el estándar británico BS10500 sobre sistemas de gestión antisoborno. El estándar 37001 fue publicado en 2016; sin embargo, en 2025 se publicó una segunda edición, fruto de una revisión y actualización de su contenido. Por esta razón ahora se identifica como norma ISO 37001:2025 *Anti-bribery management systems — Requirements with guidance for use*.
 19. Norma elaborada por Comité Técnico ISO/TC 309 y publicada en mayo de 2025. Su denominación completa es ISO 37003:2025 Fraud control management systems — *Guidance for organizations managing the risk of fraud*.
 20. Es paradigmática, la Directiva (UE) 2019/1937 (LCEur 2019, 1855) del Parlamento Europeo y del Consejo 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, coloquialmente conocida como directiva «*whistleblowing*». Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf> [2025, 16 diciembre].

ción (aprobado en 2024), la ISO 37005 sobre gobernanza de las organizaciones — indicadores de desarrollo para la gobernanza efectiva (aprobado en 2024), o el estándar ISO 37000 sobre gobernanza de las organizaciones (que tuvo una larga fase de desarrollo, previa a su publicación en 2021). Dado el papel cada vez más relevante del uso de la inteligencia artificial por parte de las corporaciones, cabe citar también al estándar ISO 42005:2025 sobre tecnología de la información — inteligencia artificial — evaluación del impacto del sistema de IA (aprobado en mayo de 2025), que contiene criterios para identificar, evaluar y documentar los impactos potenciales a lo largo del ciclo de vida de los sistemas de IA de los que hagan uso²¹.

Aunque estos estándares desborden «lo penal», el modo de dirigir o gestionar una organización puede tener cierta repercusión en materia de prevención del riesgo de conductas delictivas²². Como subraya MAYER, en las personas jurídicas, sobre todo en aquellas de tamaño considerable, concurre una pluralidad de intereses en juego (accionistas, directivos, empleados de distintas unidades de negocio, etc.), en consecuencia, es muy importante configurar una estructura de gobernanza tendente a evitar que durante los procesos decisorios, se adopten acuerdos cortoplacistas (también conocido como «síndrome del trofeo por el proyecto») que fomenten corruptelas y generen un grave perjuicio al conjunto de la organización²³.

Ahora bien, al margen de lo señalado y sobre la concreta cuestión de los sistemas de gestión sobre *compliance*, merecen ser reproducidos, tanto

-
21. También reseñable en este campo la ISO 42001:2023 *Information technology — Artificial intelligence — Management system*; un estándar internacional focalizado en los Sistemas de Gestión de Inteligencia Artificial (SGIA); esta norma ofrece un marco para el desarrollo y uso responsable de la inteligencia artificial, apuntando pautas elementales esenciales tendentes a mostrar que esta tecnología se configura y utiliza de manera fiable y responsable. Igualmente, ha de señalarse la importancia crítica que tiene, para auditores de Sistemas de gestión de inteligencia artificial, la ISO 42006:2025 *Information technology — Artificial intelligence — Requirements for bodies providing audit and certification of artificial intelligence management systems*, que fue publicada en julio de 2025.
 22. Y así se expuso en el epígrafe III. «Compliance», «behavioral economics» y psicología de grupos: el «enfoque del cumplimiento y el enforcement basado en el comportamiento y los valores» (Cap. 2). Pues bien, esta norma elaborada por el comité ISO/TC309 tiene como principal finalidad coadyuvar a que los órganos de gobierno acojan las buenas prácticas en la materia y adopten las mejores decisiones manteniendo en la organización unos valores y compromisos comunes.
 23. MAYER, C.: *Prosperity: Better business makes the greater good*, op. cit. p. 207. Para una interesante visión multidisciplinaria del *compliance* en términos de gestión de riesgos de responsabilidad, vid. LANGERVOORT, D.C.: «Compliance as Liability Risk Management», en VAN ROOIJ, B./SOKOL, D. (Eds.); *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, 2021, pp. 123-132.

por el acierto como por su claridad, los argumentos vertidos por FEIJOO SÁNCHEZ²⁴:

«No se deben confundir los procesos de estandarización o normalización (mediante, por ejemplo, normas ISO como la 19600 [Compliance Management Systems] o la 37001 [Antibribery Compliance Systems] o normas TÜV) con los procesos de certificación (estándar certificable de modelo de gestión de riesgos) a través de entidades como AENOR [...] Los procesos de estandarización y normalización ayudan a determinar las mejores prácticas en materia de cumplimiento [...], mientras la certificación tiene como objetivo dejar claro a las autoridades o a terceros que se cumplen los estándares. Todo ello tiene un alcance que excede el ámbito de la responsabilidad penal. Es decir, no tiene que existir coincidencia entre los niveles de mercado a efectos de calidad organizativa con las exigencias jurídico-penales. Esto no es tenido en cuenta en la literatura específicamente penal. Por ejemplo, puede implantarse por la importancia de los mercados de valores estadounidenses la exigencia de que las denuncias internas sean anónimas. Pero ello no significa que una empresa española que no permita denuncias anónimas no tenga un modelo adecuado de cumplimiento normativo. En todo caso, como señala Gallego Soler, *Criminal Compliance*, pp. 224 ss., “esas certificaciones no pueden ser por sí mismas una constatación de que se ha adoptado un modelo de prevención idóneo y eficaz. Si se obtiene esa certificación se podrá demostrar que la empresa tenía un modelo de prevención de delitos (de modo similar a lo que sucede si se tiene un informe del experto externo en materia de blanqueo, conforme al artículo 28 de la ley 10/2010), pero no garantiza la idoneidad operativa del modelo erga omnes, y por tanto no es prueba plena en el proceso penal”. A pesar de ello, En España se está extendiendo el recurso a certificaciones privadas, sin que su posible eficacia tenga soporte jurídico. La certificación es un posible medio de prueba, pero antes de eso es preciso determinar qué es lo que hay que probar en el proceso penal donde el juez sigue vinculado también en esta materia a los medios tradicionales de prueba que se consideran válidos (NIETO MARTÍN, *Compliance y teoría del Derecho Penal*, pp. 42 s.)».

Por tanto, un sistema de cumplimiento o *sistema de gestión de compliance* que surge de la normalización puede recoger prácticas recientes y ajustadas a altas exigencias éticas y de gestión corporativa o puede no acogerlas; pero ello no implica que, desde el punto de vista del Derecho Penal, el *compliance* implantado conforme a esas exigencias se estime idóneo o eficaz

24. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Ed. Civitas, Pamplona, 2015, p. 28.

en un proceso penal. La necesaria distinción entre lo moralmente plausible y aquello que es abordable por el Derecho Penal es un aspecto sobre el que también incide POLAINO NAVARRETE²⁵ cuando, al exponer el carácter fragmentario del Derecho Penal, destaca que no es función de esta materia la imposición de valores éticos-sociales a través de sus mecanismos punitivos, pues resulta preferible otorgar a los miembros de una sociedad amplios márgenes de actuación desde una perspectiva moral.

Con relación a la cuestión concreta de las *certificaciones* privadas de conformidad sobre sistemas *compliance*, hay que tener presente aquello que claramente indica la Circular 1/2016 FGE²⁶:

«19.^a 3. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial».

Recapitulando, no se pone en duda las enormes ventajas que supone que una corporación adopte un *sistema de gestión de compliance* conforme a lo dispuesto en un estándar, donde se recogen las mejores prácticas, se interconecten las estructuras y procedimientos de distintos ámbitos y se contemplan unos procedimientos ajustados a los denominados «altos estándares éticos». Lo que hay que tener claro es que en la esfera de un proceso penal, los criterios rectores para esclarecer la atribución de culpabilidad radican en el Código Penal. Ello no empece para que, en determinados supuestos de estricta aplicación y observancia, la ejecución efectiva y verdaderamente adecuada a la realidad singular de la corporación de ese tipo de normas pudiera servir para materializar el viejo principio romano «*qui potest plus, potest minus*» lo que conllevaría la dispensa de responsabilidad penal del ente siempre y cuando se supere el denominado *juicio de idoneidad* entre controles aplicados para la prevención del riesgo de conducta delictiva de similar naturaleza al que, finalmente, tuvo lugar²⁷.

25. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General Tomo I* (3.^a Ed.). Ed. Tecnos, Madrid, 2017, p. 108.

26. P. 63.

27. Noción que aborda la adaptación del *compliance* a la propia idiosincrasia de la empresa y, particularmente, a los riesgos más vinculados con su actividad. La Circular 1/2016 FGE (p. 43) lo expone del siguiente modo:

En este punto, cabe hacer un brevísimo paréntesis para manifestar que, aunque el *compliance* es considerado un instrumento autorregulatorio determinante por su eficacia desactivadora de responsabilidad penal para todas las personas jurídicas del sector privado y para determinadas sociedades mercantiles públicas²⁸, en 2021 emergió en pleno corazón del sector público el denominado «plan antifraude». La *Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre*, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia²⁹, impuso la obligatoriedad de que las administraciones y resto de entes corporativos implicados en la gestión de los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia o beneficiarios de los mismos adoptaran planes antifraude. En esencia, estos planes vienen a imponer la adopción y ejecución de los mecanismos propios de los *compliance programs* en el seno de las entidades del Sector Público y tiene como objetivo el refuerzo de la prevención y detección del fraude, la corrupción, el conflicto de intereses y la doble financiación de los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. De la citada disposición, es particularmente reseñable lo contenido en el apartado 5 del artículo 6:

«Artículo 6. Refuerzo de mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. [...]

5. El «Plan de medidas antifraude» deberá cumplir los siguientes requerimientos mínimos:

a) Aprobación por la entidad decisora o ejecutora, en un plazo inferior a 90 días desde la entrada en vigor de la presente Orden o, en su caso, desde que se tenga conocimiento de la participación en la ejecución del PRTR.

«Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos».

Asimismo, sobre tal extremo *vid. supra* epígrafe IV. *Prontuario de un modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa de base científica* (Cap. 3).

28. Como se expuso en el capítulo cuatro, la integración de las sociedades mercantiles públicas en el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica (régimen aplicable a todo el sector privado), opera parcialmente en el sector público en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del Art. 31 quinquies C.P., en tanto que las penas de posible aplicación se limitan a la multa y a la intervención judicial.
29. Orden publicada en el BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2021, páginas 119830 a 119879 (50 págs.). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-15860> [2025, 16 diciembre].

- b) Estructurar las medidas antifraude de manera proporcionada y en torno a los cuatro elementos clave del denominado «ciclo antifraude»: prevención, detección, corrección y persecución.
- c) Prever la realización, por la entidad de que se trate, de una evaluación del riesgo, impacto y probabilidad de riesgo de fraude en los procesos clave de la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y su revisión periódica, bienal o anual según el riesgo de fraude y, en todo caso, cuando se haya detectado algún caso de fraude o haya cambios significativos en los procedimientos o en el personal.
- d) Definir medidas preventivas adecuadas y proporcionadas, ajustadas a las situaciones concretas, para reducir el riesgo residual de fraude a un nivel aceptable³⁰.
- e) Prever la existencia de medidas de detección ajustadas a las señales de alerta y definir el procedimiento para su aplicación efectiva.
- f) Definir las medidas correctivas pertinentes cuando se detecta un caso sospechoso de fraude, con mecanismos claros de comunicación de las sospechas de fraude.
- g) Establecer procesos adecuados para el seguimiento de los casos sospechosos de fraude y la correspondiente recuperación de los Fondos de la UE gastados fraudulentamente.
- h) Definir procedimientos de seguimiento para revisar los procesos, procedimientos y controles relacionados con el fraude efectivo o potencial, que se transmiten a la correspondiente revisión de la evaluación del riesgo de fraude.
- i) Específicamente, definir procedimientos relativos a la prevención y corrección de situaciones de conflictos de interés conforme a lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 61 del Reglamento Financiero de la UE. [...]».

Aunque no tenga la misma intensidad y despliegue los mismos efectos que el *compliance* en el ámbito privado, el desarrollo del *compliance* en el sector público (*Public Compliance*³¹) resulta indiscutible a nivel nacional

30. Asimismo, resultan extraordinariamente útiles para dilucidar el riesgo de fraude y de conflicto de interés los apartados contenidos en los Anexos II y III de esta *Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre*, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

31. Para profundizar, *vid.* FERRÉ OLIVÉ, J.C.: «Corrupción y public *compliance*», en *Revista Jurídica de San Luis*, núm. 6, 2019; *Public Compliance*: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos; NAVARRO CARDOSO, F.: «El derecho de acceso a la información pública como instrumento de transparencia en la lucha contra la corrupción y su tutela penal», en MATA LLÍN EVANGELIO, A. (Dir.), *Compliance y*

e internacional³². Otra muestra de ello es la aprobación del «Sistema de Integridad de la Administración General del Estado» (SIAGE) acordado por el Consejo de Ministros a comienzos de dos mil veinticinco. Entre otros elementos, el SIAGE prevé la incorporación un sistema de gestión de riesgos, de un código de buena administración para empleados públicos,

prevención de delitos de corrupción, Valencia, 2018, pp. 271-288; CAMPOS ACUÑA, C.: *Guía práctica de compliance en el sector público*, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

32. Resulta de especial interés el informe de la OCDE *Perspectivas de anticorrupción e integridad 2024*. Como se contempla en el propio documento, este apoyar el trabajo continuado de los países para combatir la corrupción y defender la integridad. Basándose en los nuevos datos recopilados a través de los Indicadores de Integridad Pública de la OCDE, demuestra las fortalezas y debilidades, así como las oportunidades y amenazas de los sistemas anticorrupción y de integridad, destacando las oportunidades de mejora tanto para la recolección de datos como la implementación. Los Indicadores de Integridad Pública que contiene proporcionan la mayor parte de los datos primarios para este informe, se desarrollaron para y con los gobiernos, sobre la base de la Recomendación del Consejo sobre Integridad Pública y otros instrumentos jurídicos internacionales de organismos como las Naciones Unidas, la Unión Europea y el Consejo de Europa. Los indicadores fueron desarrollados por un Grupo de Trabajo formado por miembros del Grupo de Trabajo de Altos Funcionarios de Integridad Pública: Alemania, Austria, Brasil, Chile, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, República Checa y República Eslovaca. Los indicadores fueron aprobados en 2019 por todos los países miembros de la OCDE. Este informe fue aprobado por el Comité de Gobernanza Pública mediante procedimiento escrito el 14 de marzo de 2024. Disponible en: https://www.oecd.org/en/publications/anti-corruption-and-integrity-outlook-2024_968587cd-en/full-report.html [2025, 16 diciembre]. Al margen de las iniciativas existentes en España, en otros muchos Estados existen iniciativas y medidas incardinables en el *Public Compliance*. Así, entre otras, pueden indicarse: — El Acuerdo Gubernativo número 210-2024, de 9 de diciembre del Presidente de la República de Guatemala, sobre implementación de cultura de integridad, ética y cumplimiento y la prevención de riesgos de corrupción; tal acuerdo señala que los elementos que componen los «Sistemas de Integridad» son el liderazgo ético, la capacitación y mejora continuas, la gestión adecuada de riesgos de corrupción, el sistema de denuncia administrativa de irregularidades, etc. — El Decreto 1122 de 2024 mediante el que se regulan los denominados «Programas de Transparencia y Ética Pública» (PTEP) en Colombia —con un valioso Anexo técnico—. Estos programas fueron ordenados por el artículo 31 de la Ley 2195 de 2022 y deben ser implementados por todas entidades del sector público. — En República Dominicana, el Decreto núm. 143-17 creó las comisiones de ética pública, el Decreto núm. 36-21 constituyó el Programa de Cumplimiento Regulatorio en las Contrataciones Públicas con el objetivo de impulsar las normas y políticas de prevención de incumplimiento regulatorio e irregularidades administrativas y la Circular núm. DGCP44-PNP fija criterios de diligencia debida en la contratación pública. — En México, la Ley Federal para Empresas Paraestatales hace alusión a las «Medidas para garantizar la integridad de las contrataciones» y señala la posibilidad de que desplieguen controles y cauces para prevenir, identificar, subsanar y sancionar actos u omisiones irregulares, ilícitos, negligentes o cualesquiera otros que, en el marco de los procedimientos de contratación, pudieran repercutir ala contexto corporativo.

un código de buen gobierno para altos cargos, la mejor integración de los sistemas internos de información o canales de denuncias de irregularidades, un mecanismo de revisión del sistema y una estructura organizativa que garantice su aplicabilidad³³. Por otro lado, entre las funciones específicas de la Autoridad Independiente de Protección al Informante (AAI) creada por *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*³⁴, se señala la elaboración de circulares y recomendaciones que establezcan

-
33. Este Sistema de Integridad de la Administración General del Estado (SIAGE) se estructura en una parte introductoria, nueve capítulos y varios anexos. Los Capítulos son: —Definición, elementos y ámbito del Sistema de Integridad de la Administración General del Estado. —Código de buena administración. —Código de buen gobierno.—Gestión del riesgo de integridad. —Diseño organizativo del sistema de integridad de la AGE. —Actividades y medios de formación y difusión. —Protocolo para canales internos de información. —Guía para la gestión de buzones de ética institucional. —Mecanismos de planificación, seguimiento, evaluación y revisión del sistema de integridad pública de la AGE. Por su parte, los anexos del SIAGE son los siguientes: todos los anexos del SIAGE.: Anexo 1.1. Listado de participantes por subgrupos de trabajo. Anexo 2.1. Cuestionario orientativo para la detección de conflictos de intereses. Anexo 2.2. Modelo de declaración de ausencia de conflicto de intereses de empleadas y empleados públicos. Anexo 2.3. Modelo de declaración de conflicto de intereses de empleadas y empleados públicos. Anexo 2.4. Modelo de declaración de compromiso sobre conflictos de intereses. Anexo 2.5. Modelo para la notificación de regalos que exceden los usos de cortesía. Anexo 3.1. Modelo de declaración de ausencia de conflicto de intereses del personal alto cargo. Anexo 3.2. Modelo de declaración de conflicto de intereses del personal alto cargo. Anexo 4.1. Definiciones del esquema de gestión de riesgos. Anexo 4.2. Marco de referencia de la gestión del riesgo. Anexo 4.3. Documentación de un sistema de gestión de riesgo. Anexo 4.4. Posibles indicadores de riesgo. Anexo 4.5. Figuras — riesgos principales por sectores. Anexo 4.6. Matriz de figuras de código ético e integridad pública. Anexo 4.7. Tablas útiles para el establecimiento de sectores. Anexo 4.8. Sectorización relativa a buenas prácticas y otros elementos de integridad. Anexo 7.1. Protocolo para canales internos de información. Anexo 7.2. Sistema de protección de denunciantes: ejemplo de canal interno de denuncias aplicable a las que se presenten por medios electrónicos (BID). Anexo 8.1. Modelo de aviso sobre protección de datos de los buzones de ética. Anexo 9.1. Esquema PSER.: planificación, seguimiento, evaluación y revisión. Anexo 9.2. Indicadores de integridad pública de la OCDE. Anexo 9.3. Propuesta de preguntas categorizadas para preparar el diagnóstico y la aproximación al procedimiento de evaluación. Anexo 9.4. Marco ético de autoevaluación de la autoridad estadística del Reino Unido. Disponible en: https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Integridad/SIAGE.html [2025, 16 diciembre].
34. Para un análisis extenso de esta norma, *vid. infra* subepígrafe 1. *El Sistema Interno de Información (SII) de la Ley 2/2023: examen e implementación en las organizaciones, controversias, sentencias relevantes, buena fe del informante y No Autoincriminación de la Persona Jurídica* [epígrafe IV. *Obligación de informar sobre riesgos e incumplimientos al órgano con la «función de compliance»: canal de denuncias, protección del «whistleblower» e investigaciones internas* (Cap. 5)].

prácticas adecuadas para los modelos de prevención de delitos en el ámbito público³⁵. Sin lugar a dudas, este particular impulsará el *public compliance*, dado el importantísimo papel que la AAI está llamada a desempeñar en los próximos años. Igualmente, puede mencionarse la utilidad del «cuestionario de integridad»³⁶, una herramienta elaborada por el Observatorio

35. Función contemplada en el numeral 5 del artículo 3 del Real Decreto 1101/2024, de 29 de octubre (que materializó el mandato de la Ley 2/2023 relativo a la aprobación del Estatuto de la AAI). Publicado en el «BOE» núm. 262, de 30 de octubre de 2024, páginas 138446 a 138464 (19 págs.). El aludido artículo 3 precisa lo siguiente:

«Para el cumplimiento de sus fines, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, AAI., tiene encomendadas las siguientes funciones:

1. La tramitación de las informaciones y comunicaciones que se reciban a través del canal externo regulado en el título III de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, en su ámbito de competencias y ajustándose al procedimiento previsto para ello. El procedimiento de gestión de informaciones se publicará y se revisará cada tres años, publicándose asimismo dichas modificaciones. 2. Adopción, en su caso, de todas aquellas medidas de protección y apoyo a la persona informante previstas en su ámbito de competencias, de acuerdo con el título VII de la Ley 2/2023, de 20 de febrero. 3. Informar preceptivamente los anteproyectos y proyectos de disposiciones generales que afecten al ámbito de competencias de la Autoridad, y a cualquiera de las funciones que desarrolla en el ejercicio de sus competencias. 4. Inicio, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores e imposición de sanciones por las infracciones previstas en el título IX de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, en su ámbito de competencias. 5. Elaboración de circulares y recomendaciones donde se establezcan los criterios y prácticas adecuados para el correcto funcionamiento de la Autoridad, así como de modelos de prevención de delito en el ámbito público. 6. Establecer relaciones de colaboración y de elaboración de propuestas de actuación con otros organismos que tengan funciones semejantes del Estado, de las comunidades autónomas, de la Unión Europea o internacionales. Se facilitará el intercambio de información mutuo, así como la constitución de grupos de trabajo para tratar asuntos específicos de interés común. En el ejercicio de esta función serán tenidas en cuenta las actuaciones o medidas previstas en las diferentes estrategias sectoriales, ya sea por razón de la materia o por su ámbito territorial, que hayan sido aprobadas o que pudieran aprobarse, con la finalidad de evitar duplicidades administrativas y cumplir con los principios de servicio al ciudadano, eficacia, economía y eficiencia previstos en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. 7. Elaborar una memoria anual y de información estadística agregada siguiendo lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley 2/2023, de 20 de febrero. 8. Contribuir a la creación y fortalecimiento de una cultura de la información como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público. 9. Todas las demás atribuciones que le asigne la normativa de aplicación».

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2024-22298> [2025, 15 diciembre].

36. La herramienta tiene como propósito facilitar que las entidades del sector público analicen sus mecanismos e instrumentos de integridad y orientar en la planificación de las acciones de mejora. Este cuestionario tiene en consideración ciertos indicadores, organizados por materias y divididos en ocho bloques: marco normativo, riesgos, transparencia y rendición de cuentas, códigos éticos, órgano de cumplimiento, sistema interno de información, comunicación y formación, seguimiento y evaluación;

de Integridad del Sector Público³⁷ que sirve para medir la transparencia e integridad de las Administraciones en las instituciones públicas.

El *Plan Estatal de Lucha contra la Corrupción* del Gobierno de España, publicado el 9 de julio de 2025³⁸ contempla un amplio elenco de iniciativas focalizadas en reforzar el cumplimiento normativo y la prevención de irregularidades en los sectores público y privado. En lo concerniente al *Public Compliance*, merece la pena destacar el siguiente contenido:

«Eje 1: Prevención de riesgos y fortalecimiento de los controles frente a la corrupción. [...]»

Medida 1: Creación de una Agencia Independiente de Integridad Pública como órgano central de prevención, supervisión y persecución de la corrupción.

El ecosistema institucional español en materia de prevención y control de la corrupción se caracteriza por una alta fragmentación y dispersión de competencias. Actualmente, las funciones relacionadas con la prevención, la transparencia, la integridad y la lucha contra la corrupción están distribuidas entre diversos organismos estatales, empezando por la Intervención General del Estado, pero también el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), la Oficina de Conflictos de Intereses (OCI), la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIREscon) y la Autoridad Independiente para la Protección del Informante. A estos, se suman dos órganos de control externo, como el Tribunal de Cuentas y la Fiscalía.

La complejidad del sistema se ve acentuada por la existencia de órganos con competencias similares en el ámbito autonómico, lo que introduce un grado adicional de fragmentación. Esta situación genera asimetrías en la capacidad institucional para prevenir la corrupción entre territorios, y debilita la respuesta conjunta del Estado frente a riesgos sistémicos, en particular,

asimismo, una vez finalizado cada cuestionario, la herramienta señalará un elenco de recomendaciones. Herramienta disponible en el siguiente link: https://integridad.oisp.es/?_gl=1%2Aethir4%2A_ga%2AMjAzODI3OTYwNy4xNzQ5Mzg4ODMz%2A_ga_6Y2424QSPT%2AczE3NDkzODg4MzIkbzEkZzEkdDE3NDkzOTAxMDkkaJm1J-GwwJGgw [2025, 16 diciembre].

37. El Observatorio de Integridad del Sector Público (OISP) es una iniciativa privada sin ánimo de lucro, que tiene como finalidad facilitar formación y asesoramiento a las Administraciones y entidades del sector público acerca de marcos de integridad y lucha contra la corrupción.
38. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2025/090725-plan-estatal-lucha-contra-corrupcion.pdf> [2025, 15 diciembre].

aquellos que trascienden fronteras administrativas. Este modelo contrasta con experiencias europeas que han optado por estructuras independientes.

Por ello, se propone la creación de una Agencia Independiente de Integridad Pública. Esta entidad asumiría las competencias clave en materia de prevención, supervisión y planificación en el ámbito de la lucha contra la corrupción y la integridad pública aunando las competencias de varios organismos estatales y estableciendo una coordinación a partir de un mismo eje central [...].

Medida 2: Extender el uso de mapas de riesgos de integridad a todos los fondos públicos, con un enfoque sistémico y preventivo.

Se propone extender a todo el sector público el uso de los mapas de riesgos de integridad, partiendo del modelo ya implementado para los fondos europeos Next Generation y alineado con la metodología del OECD Public Integrity Framework. Este enfoque permite identificar, evaluar y mitigar los riesgos que pueden comprometer la integridad pública, aplicando criterios de proporcionalidad y coherencia institucional. Esta es una herramienta fundamental para minimizar los riesgos de corrupción en los procesos de contratación pública, ya que permite a los diferentes organismos identificar los factores de riesgo adaptados a su contexto de actividad y proponer soluciones adaptadas a dicho contexto [...].

Medida 4: Transformar la Plataforma de Contratación del Sector Público con Big data e Inteligencia Artificial para prevenir la corrupción.

Se transformará la Plataforma de Contratación del Sector Público en una herramienta de nueva generación, desarrollada con tecnología de código abierto y en colaboración con la sociedad civil. Su objetivo será doble: reforzar la transparencia y prevenir la corrupción a través del uso de Inteligencia Artificial (IA), automatización robótica de procesos (RPA) y analítica avanzada de datos.

Inspirándose en experiencias internacionales, la nueva plataforma permitirá realizar auditorías a gran escala mediante el análisis estadístico de datos abiertos. Esto facilitará la detección de patrones irregulares indicativos de posibles fraudes, y permitirá evolucionar desde un control caso por caso hacia un modelo de supervisión estructural, automatizado y más eficaz [...].».

Por su parte, la *Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y Delincuencia Grave de 2025* (con una vigencia de cinco años)³⁹, también se focaliza en la lucha contra la corrupción y el despliegue de garantías a los

39. Publicada en el BOE Núm. 187 núm. 187 de 5 de agosto de 2025, Sec. III. Pág. 105665. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2025/08/05/pdfs/BOE-A-2025-16215.pdf> [2025, 16 diciembre].

alertadores. Entre sus líneas de acción se identifica: — *Promover la implantación de sistemas de integridad y lucha contra la corrupción en el ámbito del Sector Público.*

Hecho este paréntesis relativo al *Public Compliance*, debe insistirse en que, desde el punto de vista del Derecho Penal y con base en el principio de legalidad, los requisitos que han de exigirse a las personas jurídicas del sector privado y a las sociedades mercantiles del sector público para determinar la validez de un *compliance program* (o, en su caso de un *sistema de gestión de compliance*) cuando se esté analizando la procedencia o no de la desactivación de responsabilidad penal de la persona jurídica son, nada más y nada menos, que aquellos contemplados en apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal; cuyo tenor literal es el siguiente:

«5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir 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 aquellos.

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».

Parte de la doctrina entiende que este apartado 5 concreta en demasía las exigencias del programa de prevención de delitos o *compliance program* —*penal*—⁴⁰ y que, por tanto, incurre en una especie de reglamentación

40. Vid. DEL MORAL GARCÍA, A.: «A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal» en *Revista de jurisprudencia*, octubre, 2017, p. 5, donde afirma: «El

impropia⁴¹. En cualquier caso, se trata «una verdadera hoja de ruta para el diseño e implementación del programa de prevención»⁴². A lo largo de los próximos seis epígrafes se explicarán pormenorizadamente cada uno de estos seis requisitos, qué conllevan y cuáles son los criterios apuntados por la relevante Circular 1/2016 FGE. Asimismo, se ofrecerán consideraciones para dar respuesta a tales exigencias, muchas de las cuales tienen su fundamentación en las propuestas sobre cumplimiento y prevención del delito vertidas en los capítulos segundo y tercero del manual —aspecto que ha motivado que esta parte sobre las especificidades del *compliance* se haya situado tras la exposición de las nociones que originaron el *compliance*, el desarrollo de las propuestas para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal corporativa y los *compliances* y el régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas—.

Evidentemente, estos seis requisitos que deben satisfacerse para considerar «válido» al *compliance program penal* de una persona jurídica (española o extranjera⁴³) y que van a ser objeto de análisis se conectan irreme-

legislador con un tono un tanto reglamentista se preocupa de detallar los contenidos mínimos de esos modelos de organización y gestión».

41. Por otro lado, podría considerarse que existen argumentos para estimar que este apartado resulta lacónico y que tendría que haber concretado algo más determinados aspectos o incorporado otros elementos relevantes.
42. DEL ROSAL BLASCO, B.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», *op. cit.* p. 112.
43. Situándonos dentro de la jurisdicción española. Sobre ello, consideramos útil apuntar ciertos aspectos relativos al enjuiciamiento y valoración del *compliance program* de corporaciones extranjeras que han cometido un delito en España, pues emergen distintos interrogantes. Existen tres factores esenciales que hacen que la cuestión sea más compleja de lo que en un principio pueda parecer. El primero de ellos es que contamos con una legislación antropocéntrica o focalizada en las personas físicas. El Código Penal no contiene pautas precisas para abordar este tipo de casos y la Ley Orgánica del Poder Judicial tampoco parece regularlos con la debida claridad. Esta última sí señala expresamente jurisdicción española de personas jurídicas españolas por delitos cometidos en el extranjero (Art. 23.4 LOPJ) sometidos a la jurisdicción universal, pero se obvian otras circunstancias y ciertas referencias generales al principio de territorialidad para personas jurídicas. El segundo factor es que no disponemos de parámetros claros para identificar el lugar de comisión del delito por el que responde la persona jurídica (penderá si se asume un modelo de autorresponsabilidad, atendiendo al lugar del *defecto organizativo estructural*, o de heterorresponsabilidad, lugar de comisión del delito por la persona física). El tercer factor es que, una vez superado el interrogante de la jurisdicción correspondiente, se presenta la dificultad cómo valorar el *compliance program* de una persona jurídica extranjera que ha sido implementado conforme a los requisitos de un ordenamiento extranjero. En este terreno escarpado, puede ser muy importante lo fijado por el Tribunal Supremo en su Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de fecha 3 de febrero de 2005,

donde se dice: «el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa». Es cierto que se trata de un acuerdo adoptado en un contexto donde no existía la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España y que, lógicamente, tampoco tiene en cuenta la doctrina de autorresponsabilidad penal o responsabilidad penal por defecto organizativo estructural propio de la persona jurídica, por lo que su virtualidad puede relativizarse. ¿Dónde se realiza algún elemento del tipo de delito corporativo? Desde la óptica del modelo de autorresponsabilidad, el lugar de comisión del delito corporativo debe ser el lugar en que se produjo el defecto organizativo estructural (y, por ejemplo, puede ser la sede de la corporación, radicada en un país distinto del lugar en que se cometió el delito de la persona física —que es un mero presupuesto—). Es decir, el lugar de comisión del delito corporativo puede ser muy distinto del lugar del injusto de la persona física. En cambio, si se asume un modelo de heterorresponsabilidad, la localización será donde la persona física cometió el delito. Ello, por supuesto, sin poder entrar —por razones de extensión y objeto del manual—, en las vicisitudes de la comisión de delitos en estructuras corporativas internacionales donde intervienen multitud de órganos radicados en distintos estados, de las diversas categorías de autoría y participación que pueden ser tenidas en cuenta o de las complejidades propias de las relaciones entre matrices y filiales en grupos empresariales (para el esclarecimiento de en qué corporación radica el núcleo decisorio o de poder, puede recurrirse, entre otros factores y metodologías, a lo dispuesto en el Art. 42 del Código de Comercio), aspectos que, por otro lado, se trataron en el capítulo cuarto. Ahora bien, asumiendo un modelo de autorresponsabilidad, cabe manifestar que la mera presencia en territorio nacional de una filial con sede en el extranjero no permitiría poder declarar automáticamente su responsabilidad penal en España, pues puede quedar excluida cuando carezca de autonomía de decisión y no sea más que un mero apéndice de la matriz o cuando decisiones organizativas sobre políticas y gestión de riesgos penales se tomen desde el extranjero. El criterio de la actividad corporativa, el enfoque económico-operativo o el criterio de los efectos en la toma de decisiones pueden servir para adoptar posturas eclécticas, que modulen y adapten a la realidad, posturas de raíz excesivamente dogmática. Dicho esto, parece que lo procesalmente más adecuado, es que la persona jurídica responda penalmente ante los tribunales nacionales del lugar donde una persona física realiza la infracción penal en confluencia con la mayor capacidad para investigarlos. Si la actividad delictiva ha sido desarrollada por diversas personas físicas, se exige un concierto entre las autoridades de los distintos estados para evitar el non bis in idem y garantizar la adecuada instrucción, enjuiciamiento y condena de la corporación (extremo que sucedió en el *Caso Dieseltgate*, donde la Audiencia Nacional notificó a todos los afectados del traslado de las actuaciones penales a Alemania). Para reforzar este criterio, y sin perjuicio de lo que dispongan los convenios o tratados internacionales aplicables a cada caso concreto, puede recurrirse a lo señalado —de manera genérica, no para personas jurídicas— en el Art. 23. 1 LOPJ sobre la correspondencia a la jurisdicción española de delitos cometidos en territorio español. Pasemos al interrogante acerca de cómo pueden valorar los juzgados y tribunales españoles un *compliance program* de una empresa extranjera que ha sido elaborado conforme a las exigencias prefijadas en la legislación de otro Estado. Se presentan dos posibles posiciones: a) valorar el *compliance program* según los requisitos previstos en el Estado sede de la corporación, o b) valorar el *compliance program* conforme a la legislación del lugar de comisión del

diablenamente con los propios presupuestos específicos de desactivación (o exoneración, según el modelo que se considere adoptado) que penden de la singular posición y funciones de la persona física que protagonizó el comportamiento delictivo. En conclusión, junto con los requisitos del apartado 5 del artículo 31 bis CP, que tendrán que concurrir siempre (pues cristalizan la propia noción de *compliance program* desde el punto de vista de nuestro Derecho Penal positivo), dependiendo de la condición jerárquica y facultades de la persona física que protagonizó el comportamiento delictivo, se exigirá lo contemplado en el apartado 2 o lo fijado en el apartado 4 del artículo 31 bis del CP. Recordemos, si el individuo que realizó la conducta delictiva —precedente— fue un representante legal, autorizado para tomar decisiones o aquel que detentaba facultades de control, atenderemos a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 31 bis CP y, en cambio,⁴⁴ si el individuo que protagonizó la conducta delictiva fue un trabajador sometido a los anteriores, acudiremos a lo contemplado en el apartado 4 CP⁴⁵.

I. IDENTIFICACIÓN DE ACTIVIDADES EN CUYO ÁMBITO PUEDAN SER COMETIDOS LOS DELITOS QUE DEBEN SER PREVENIDOS: MAPA DE RIESGOS, MATRICES Y TEORÍA DE JUEGOS

El Código Penal comienza la enumeración de requisitos que ha de contener el *compliance program penal* con la previsión relativa a la obligación, por parte de la corporación, de determinar cuál es el elenco de posibles actuaciones, operaciones o escenarios en cuyo contexto podrían cometerse o desarrollarse comportamientos delictivos —que deban resultar prevenidos—. Esta tarea, que a nuestro entender es una de las más relevantes del *compliance*, consiste en señalar y distinguir aquellos riesgos

delito, en nuestro caso, en España. Como parece lógico, el criterio predominante es el segundo (extremo que, además lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 23 LOPJ, se refuerza por lo fijado en el artículo 8 del Código Civil «1. Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español»). El proceso de análisis está regido por un juicio de equivalencia o comparativa entre los requisitos fijados en nuestro Art. 31 bis 5 y lo que tenía implementado la corporación. Igualmente, al ser de aplicación la ley penal española, procede atender a lo dispuesto en los apartados 2 o 4 de dicho artículo.

44. *Vid. supra* subepígrafe 1. *Presupuestos de exoneración cuando la persona física que ha delinquido es un representante legal, un autorizado a tomar decisiones o aquel que detenta facultades de control* [epígrafe V. Exoneración... (Cap. 4)].
45. *Vid. supra* subepígrafe 2. *Presupuestos para la exoneración cuando el individuo que ha cometido el delito es una persona física sometida a los anteriores* [epígrafe V. Exoneración... (Cap. 4)].

de posible trascendencia penal que son susceptibles de producirse en la corporación, con el propósito de planificar acciones y desplegar mecanismos de control preventivos, de detección y reacción, tendentes a evitar la comisión de hechos delictivos.

Para comenzar el estudio de este requisito debemos recordar y tener claro lo que exige, con nitidez, el Código Penal respecto al *compliance program* para que pueda desactivarse o eximir a la persona jurídica de responsabilidad penal: que incorpore medidas idóneas o adecuadas «*para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*»⁴⁶. Esto es, el objetivo prioritario que se persigue es que, con carácter previo, se apliquen medidas y controles tendentes a prevenir riesgos de comisión de delitos similares al —finalmente— cometido o, dado que se asume que el riesgo cero no existe, que tales controles reduzcan significativamente ese tipo de riesgos. Se trata de un enfoque que no debe obviarse. Todos debemos exigir y aplicar un criterio de *cero tolerancia frente a conductas delictivas*; no obstante, ello no está reñido con el hecho de ser plenamente conscientes de que cualquier tipo de actividad mínimamente compleja es susceptible de generar ciertos riesgos o de que, en el seno de una organización, pueden originarse incumplimientos. Lo relevante es conocer de la existencia de dichos riesgos (es decir, realizar a una excelente labor de identificación), mostrar que existe una preocupación por supervisarlos y mantenerlos absolutamente controlados para que nunca desemboquen en un delito.

Como veremos, se trata de mantener —en la persona jurídica— un *apetito del riesgo* de nivel bajo o cercano a ello, tanto a nivel global como para cada concreto riesgo. De tal modo que, cuando existe un riesgo que sobrepase tal nivel, se desplieguen nuevos controles o medidas que bajen el nivel

46. Esta exigencia es esencial y se aplica independientemente de que la conducta antijurídica cometida se hubiera protagonizado por un directivo o empleado. De hecho, el tenor literal de la condición 1.^a del apartado 2 del art. 31 bis C.P. (exención cuando delinque un directivo) y del apartado 4 (exención cuando delinque un trabajador sometido al anterior) es muy similar.

La condición 1.^a apartado 2 del art. 31 bis C.P. (primer requisito de la exención cuando delinque un directivo) dice: «1.^a 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»; por su parte, el apartado 4 del art. 31 bis (exención cuando delinque un trabajador *sometido*) recoge: «... 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».

Partiendo de un análisis riguroso del modelo de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal, el autor propone un *modelo antrópico* de responsabilidad penal corporativa que res-peta a la persona física como único sujeto con verdadera capacidad para realizar un comportamiento antijurídico, sin obviar por ello al ente corporativo como objeto de reproche penal en determinados supuestos. Sobre esta base, una novedosa aproximación multidisciplinar permite al autor desentrañar los numerosos interrogantes que plantean los requisitos de los modelos de organización y gestión o *compliance programs*. Se trata de una obra referencia que destaca entre las numerosas propuestas doctrinales por compendiar el rigor dogmático con un indudable interés práctico.

Excmo. Sr. D. Alejandro Luzón Cánovas. *Fiscal de Sala Jefe de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.*

La actualizada obra de Rafael Aguilera se constituye en un trabajo de obligada referencia en el Derecho penal de las personas jurídicas a nivel internacional. Redactada simultáneamente con rigor y claridad, permite tanto al profano como al experto en la materia profundizar en un campo central, donde se juega el futuro del Derecho penal económico. El autor realiza un detallado examen del régimen de responsabilidad criminal corporativa, de los requisitos de sistemas de cumplimiento y de la responsabilidad penal de profesionales con funciones ligadas al *compliance*. En este sentido, el profesor Aguilera condensa el complejo estado de la cuestión. Singularmente, en ella encontrará el lector una guía integral en el saturado ámbito del *compliance* y la prevención de riesgos penales corporativos.

Dr. Manuel Gómez Tomillo. *Catedrático de Derecho Penal y codirector del Diploma en Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Forensic y Compliance (Uva). Ex Letrado del Tribunal Constitucional.*

La obra del Dr. Rafael Aguilera es una de las más completas existentes en la compleja materia que abarca el cumplimiento penal para las organizaciones empresariales. Clara y rigurosa, una obra destinada a proporcionar las claves necesarias a los profesionales de *compliance*, pero a la vez una obra didáctica que permite ser una manual de referencia para la academia. Esta última edición, presenta una completa actualización normativa en una materia que depende de un elenco importante de legislación extrapenal difícil de mantener actualizada para los profesionales de los distintos ámbitos de la actividad empresarial cada día más regulada. El profesional encontrará una guía completa que le permitirá la actualización de los programas de cumplimientos y prevención de riesgos penales a los que puede enfrentarse. Sin duda, una obra de referencia obligada.

Dra. Silvina Bacigalupo Saggese. *Catedrática de Derecho Penal (UAM). Presidenta de Transparencia Internacional España.*

En esta nueva edición, actualiza con acierto el autor su *Manual de Compliance Penal*, que enriqueció notablemente la literatura especializada al respecto en nuestro país. Una materia tan viva y cambiante, como la que se trata en este trabajo, precisa, lógicamente, de actualización, que incorpore las más recientes normas legales al respecto y la más reciente jurisprudencia, lo que el autor hace con rigor. Además, la obra va más allá de una mera actualización, porque se amplía el estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y del *compliance*, además de incorporar referencias tan imprescindibles para los penalistas, como las que proviene del ámbito de la Criminología Corporativa, Sociología, la Psicología Social e, incluso, de la Economía Conductual. El trabajo, por tanto, sigue siendo una espléndida obra de referencia que, enriquecida como lo ha hecho su autor, aporta un indudable valor añadido para el fondo de literatura especializada en la materia.

Dr. Bernardo del Rosal Blasco. *Catedrático de Derecho Penal (UA). Abogado penalista en Estudio Legal Constitución 23.*

Quien desee estar al día en la materia de cumplimiento –quien desee estar, simplemente–, habrá de tomar razón, imperiosamente, de la obra del Dr. Aguilera Gordillo. Es un Manual moderno, riguroso y eficaz, debe el autor haber emulado los sistemas de organización y gestión que con tanto acierto propone, está claro. Particular mención merece su abordaje desde la perspectiva de los conocimientos científicos que brindan las teorías sobre los procesos de toma de decisiones y de conducta: una cuestión que acaso causará perplejidad en juristas clásicos, pero que acabará siendo ineludible. Hay otros muchos aspectos de excelencia en la obra, pero he querido destacar este porque da buena cuenta de la profundidad del estudio: no estamos ante una exégesis al uso del art. 31 bis, sino ante un sistema global de interpretación y propuesta que habrá de ocupar sin duda un lugar esencial en el debate.

Dr. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. *Catedrático de Derecho Penal (UCM). Abogado penalista y socio en Oliva-Ayala Abogados.*

La obra de Rafael Aguilera que el lector tiene en sus manos constituye una perfecta simbiosis en-te un estudio de enorme utilidad práctica en la elaboración de *compliance* penal y, a la vez, un trabajo profundamente científico, que pone de manifiesto el conocimiento exhaustivo del autor del mundo de los programas de prevención de delitos y del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que le sirve de sustrato. El estupendo resultado ha sido obtenido a partir del análisis de las principales obras sobre la materia, desde donde se construyen propuestas propias e inéditas de extraordinario valor. Esta profundidad en el análisis, realizada a la vez de un modo directo y comprensible, convierten a este libro en la obra de referencia en la materia.

Dr. Javier G. Fernández Teruelo. *Catedrático de Derecho Penal (UOV). Presidente de la Conferencia de Decanos de Facultades de Derecho.*

Recibo con verdadera ilusión y gratitud la propuesta de Rafael Aguilera para realizar una breve reseña de su majestuoso *Manual de Compliance Penal*, obra que supone ya todo un referente en la literatura especializada en la materia. El autor, además de abordar de manera rigurosa, detallada y con profusión de fuentes el debate acerca del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la naturaleza de los programas de cumplimiento y las consiguientes repercusiones procesales que conlleva, sumando planteamientos innovadores, analiza con profundidad los requisitos legales del “*compliance program* penal” exponiendo una serie de consideraciones para que éstos puedan ser eficaces y puedan desplegar sus efectos exoneradores de responsabilidad penal. La nueva edición de la obra permite además actualizar la jurisprudencia más reciente, constituyendo una herramienta de indudable utilidad académica y práctica.

Dra. Cristina Guisasaola Lerma. *Catedrática de Derecho Penal y directora del Máster de Abogacía y Procura (UV).*

ISBN: 978-84-1085-549-6



9 788410 855496



EN 60200:2005



GA20059:2005