

HIS PROVIDE ET PRO...

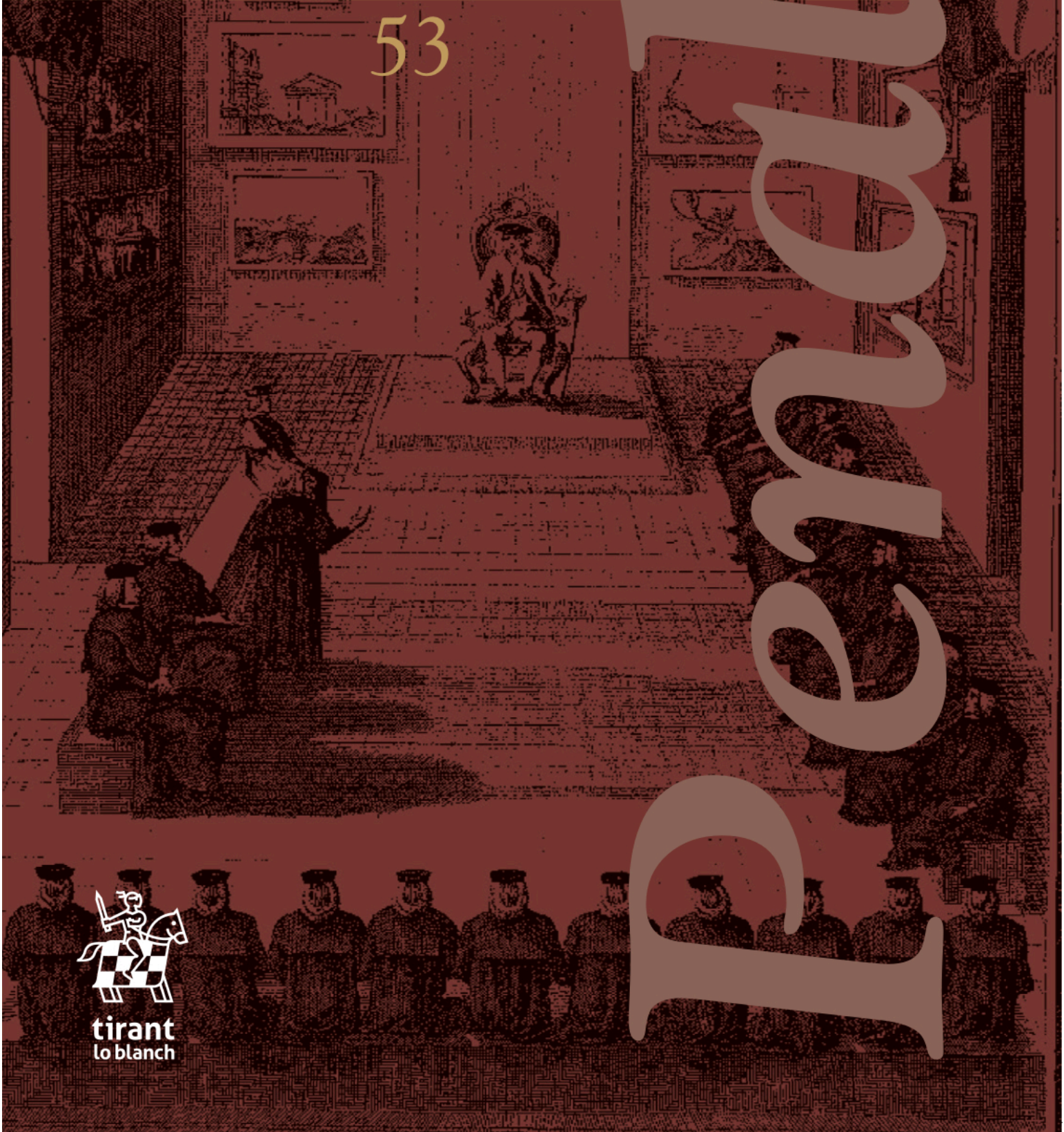
INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

# Revista

Enero 2024

53

# Renal



tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 53

## Sumario

---

### Doctrina:

– La lucha contra la corrupción en la Unión Europea a través de la OLAF y la Fiscalía Europea, por <i>Álvaro Alzina Lozano</i> .....	5
– Sobre la protección penal del medio ambiente. Especial referencia al ecocidio, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> .....	22
– Política criminal del Código Penal frente a los hechos delictivos perpetrados con relevancia femenina, por <i>Emiliano Borja Jiménez</i> .....	38
– El ejercicio de políticas recaudatorias a través del Derecho penal: notas críticas sobre el fundamento fiscal de la regularización tributaria, por <i>Miguel Bustos Rubio</i> .....	64
– El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico, por <i>Cristina García Arroyo</i> .....	82
– La legislación antidiscriminatoria italiana a la luz de la legislación y la jurisprudencia supranacional y el nuevo proyecto de Ley contra las discriminaciones de género (la homofobia), por <i>Anna Maria Maugeri</i> .....	96
– El surgimiento de los compliance programs y su relevancia en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas en EE.UU., por <i>Lucas G. Menéndez Conca</i> .....	131
– La protección penal del medio ambiente: especial referencia a la flora como elemento de la biodiversidad, por <i>Daniel Montesdeoca Rodríguez</i> .....	151
– El derecho de defensa ante el Código penal: el nuevo delito de ocultar información sobre el paradero del cadáver, por <i>Elena Núñez Castaño</i> .....	181
– El principio de territorialidad y la participación delictiva transnacional, por <i>Andrés Payer</i> .....	203
– El art. 510 CP a examen: aspectos jurídico-penales de su regulación típica, por <i>Antonio Rodríguez Molina</i> .....	223
– El caso <i>Vos Thalassa</i> . El principio de <i>non refoulement</i> y el reconocimiento de la legítima defensa de los migrantes en caso de devolución a Libia, por <i>Andrea Tigrino</i> .....	242
<b>Sistemas penales comparados:</b> El delito de enriquecimiento ilícito ( <i>Illicit enrichment</i> ).....	257

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja  
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen  
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg  
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco  
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco  
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra  
George P. Fletcher. Univ. Columbia  
Luigi Foffani. Univ. Módena  
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha  
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I<sup>o</sup>  
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla  
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III  
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña  
Alessandro Melchionda. Univ. Trento  
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide  
Francesco Palazzo. Univ. Firenze  
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa  
Claus Roxin. Univ. München  
José Ramón Serrano Pineda. Univ. Castilla-La Mancha  
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg  
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz  
John Vervaele. Univ. Utrecht  
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires  
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Veronika Albach y Christoph Hollman (Alemania)  
Luis Fernando Niño (Argentina)  
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)  
Jiajia Yu (China)  
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)  
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)  
Elena Núñez Castaño (España)  
Federica Raffone (Italia)  
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)  
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)  
Blanka Julita Stefańska (Polonia)  
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)  
Ana Cecilia Morán Solano y John Charles Sirvent Istúriz  
(República Dominicana)  
Svetlana Paramonova (Rusia)  
Baris Erman (Turquía)  
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)  
Pablo Galain Palermo (Uruguay)  
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: [http://www.tirant.net/Docs/RSC\\_Tirant.pdf](http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf)



## El surgimiento de los compliance programs y su relevancia en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas en EE.UU.

Lucas G. Menéndez Conca

Revista Penal, n.º 53 - Enero 2024

### Ficha Técnica

**Autor:** Lucas G. Menéndez Conca

**Adscripción institucional:** Investigador predoctoral del Grupo de Estudios Penales, Universidad de Zaragoza

**ORCID:** 0000-0001-8562-1487

**Title:** The emergence of compliance programs and their relevance in the criminal prosecution of legal entities in the U.S.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. 3. El surgimiento y desarrollo de los *compliance programs*: las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*. 4. El papel fundamental que desempeña la Fiscalía en la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas. 5. Valoración: influencia de la legislación estadounidense en otros países. 6. Bibliografía.

**Summary:** 1. Introduction. 2. The model for attributing criminal liability to legal entities. 3. The emergence and development of compliance programs: the *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*. 4. The key role of the Prosecutor's Office in the criminal liability of legal entities. 5. Assessment: influence of U.S. legislation on other countries. 6. Bibliography.

**Resumen:** El modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas que utilizan los tribunales estadounidenses es la doctrina del *respondeat superior*, modelo de responsabilidad vicarial consagrado en la sentencia del caso *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States* (1909) y en virtud del cual las personas jurídicas son penalmente responsables por los delitos cometidos por cualquiera de sus representantes, directivos o empleados, siempre y cuando actúen en el ejercicio de las funciones que les corresponden dentro de la entidad y con la intención de beneficiarla. La implementación y ejecución eficaz de un *compliance program* permitirá que se atenúe la pena que se impondrá a la persona jurídica en aplicación de las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* y será un factor esencial que valorará la Fiscalía a la hora de decidir si formula acusación contra ella.

**Palabras clave:** personas jurídicas, responsabilidad penal de las personas jurídicas, *respondeat superior*, *compliance programs*, *Organizational Guidelines*.

**Abstract:** The model for attributing criminal liability to legal entities used by U.S. courts is the *respondeat superior* doctrine, a model of vicarious liability enshrined in the *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States* (1909), under which legal persons are criminally liable for crimes committed by any of their representatives, managers or employees, provided that they act in the exercise of their functions within the entity and with the intent to benefit the entity. The implementation and effective execution of a compliance program will allow the mitigation of the penalty to be imposed on the legal entity in application of the *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* and will be an essential factor to be considered by the Prosecutor's Office when deciding whether to bring charges against the legal entity.

**Key words:** legal entities, corporate criminal liability, respondeat superior, compliance programs, Organizational Guidelines.

**Observaciones:** Este trabajo se inserta dentro de las líneas de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza, grupo de investigación de referencia reconocido por la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA de 28 de abril de 2023), cuyo Investigador Principal es el Prof. Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza.

**Rec.:** 28-06-2023 **Fav.:** 14-11-2023

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años un cada vez mayor número de países han previsto en sus ordenamientos jurídicos la posibilidad de exigir responsabilidad penal (o administrativa) a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes. Aunque muchos países, entre ellos España, se vieron reticentes a romper con su tradición jurídica de no reconocer capacidad delictiva a las personas jurídicas<sup>1</sup>, lo cierto es que la teoría de que las corporaciones no pueden delinquir constituye realmente una excepción a la larga evolución histórica que ha tenido este régimen de responsabilidad penal. En efecto, frecuentemente se ha presentado como obvio y vetusto el principio *societas delinquere non potest* o, expresado también de otro modo, *universitas delin-*

*quere nequit*. Sin embargo, como pone de manifiesto MARINUCCI<sup>2</sup>, «su formulación no puede remontarse más allá del siglo dieciocho o de la primera mitad del diecinueve, habiendo dominado en los precedentes siete siglos la idea opuesta *universitas delinquere et puniri potest*».

Aunque podría parecer que la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ) surge en EE.UU., no podemos caer en el equívoco de creer que este régimen de responsabilidad penal es una creación suya, ya que la responsabilidad penal de los entes colectivos ha existido en el derecho de Europa continental durante siglos, teniendo sus orígenes más remotos en textos tan antiguos como el Código de Hammurabi, escrito en el año 1750 a.C.<sup>3</sup>. Dicho ello, es indudable que el desarrollo que ha experimentado en este país la

1 Aunque en el Código Penal español se establece desde el año 2010 que si se cumplen ciertas condiciones las personas jurídicas «serán penalmente responsables» de los delitos cometidos por sus integrantes (arts. 31 bis y ss. CP), se debe aclarar que, como sostienen GRACIA MARTÍN y BOLDOVA PASAMAR, las personas jurídicas carecen de capacidad de acción y de capacidad de culpabilidad, no obran ni por tanto actúan con dolo o imprudencia, es decir, están ausentes de todos y cada uno de aquellos atributos que son esenciales para afirmar la responsabilidad penal. Como esta cuestión no es objeto de este trabajo, me remito a la postura que mantienen estos autores en sus obras. Véanse, en detalle, GRACIA MARTÍN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016, pp. 1 y ss.; y BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 37, 2022, pp. 1 y ss. Puede verse, en el mismo sentido, MAYO CALDERÓN, B., «Las denominadas “penas” aplicables a las personas jurídicas», en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, M.A. Boldova Pasamar y C. Alastuey Dobón (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2023, pp. 867 y ss.

2 MARINUCCI, G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un Bosquejo histórico-dogmático», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, C. García Valdés et al. (Coords.), Edisofer, Madrid, 2.ª ed., 2008, p. 1173.

3 La RPPJ tiene su origen en la responsabilidad penal colectiva que recogían textos tan antiguos como el Código de Hammurabi (1750 a.C.). En el Derecho romano podemos hallar supuestos de responsabilidad penal colectiva en la destrucción o pérdida de derechos de ciudades como castigo y en la institución del diezmo. En la Edad Media aunque los glosadores, al igual que los romanos, no elaboran una teoría de la persona jurídica, consideran que las corporaciones son capaces de delinquir. Los canonistas desarrollan una teoría específica de la corporación eclesiástica entendiéndola como *persona* y convertida de este modo en el *sujeto de Derecho*, y admiten la capacidad criminal de las corporaciones y la posibilidad de imponerles penas por la comisión de delitos. No obstante, gracias fundamentalmente a la obra de SINIBALDO DE FIESCHI, niegan que puedan ser castigadas con penas espirituales como la excomunión, la cual por su naturaleza solo puede aplicarse a los individuos. Por su parte, los postglosadores, entre quienes destaca la figura de BARTOLO DE SASSOFERRATO, aceptan la teoría de los canonistas de que la *universitas* es una *persona ficta* y sostienen también la posibilidad de que la misma pueda cometer delitos. A partir del siglo XIX comienza a discutirse realmente la RPPJ y se pronuncian distinguidos autores como MALBLANC y FEUERBACH en contra de este régimen de responsabilidad penal. En este siglo la discusión dogmática sobre la naturaleza ficticia o real de la persona jurídica y sus consecuencias en el ámbito penal estuvo protagonizada por SAVIGNY y GIERKE. Mientras que la *teoría de la ficción* de SAVIGNY defiende que las personas jurídicas son sujetos artificiales creados por la simple ficción y no pueden cometer delitos,

responsabilidad penal corporativa durante los dos últimos siglos ha tenido una gran influencia en la normativa internacional y europea sobre esta materia, así como en las legislaciones de los distintos países que han previsto la responsabilidad penal (o administrativa) de las personas jurídicas por los delitos cometidos en su seno. Por ello, resulta interesante comprobar cuál es el modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas que rige en EE.UU. y, en particular, qué relevancia se otorga en el enjuiciamiento penal de estas entidades a los llamados programas de cumplimiento normativo (*compliance programs*).

## 2. EL MODELO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

El modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas que utilizan los tribunales estadounidenses es la doctrina del *respondeat superior*, modelo de responsabilidad vicarial consagrado en la sentencia del caso *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States* (1909)<sup>4</sup> y en virtud del

cual las personas jurídicas son penalmente responsables por los delitos cometidos por cualquiera de sus representantes, directivos o empleados, siempre y cuando actúen en el ejercicio de las funciones que les corresponden dentro de la entidad y con la intención de beneficiarla, con independencia de que la persona jurídica implicada hubiera adoptado medidas tendentes a evitar o reducir significativamente la probabilidad de que se cometieran infracciones penales en su seno, es decir, sin que, en principio<sup>5</sup>, tenga relevancia el hecho de que aquella hubiera tolerado o incluso fomentado la comisión del delito o, por el contrario, hubiera intentado evitarlo a través de la implementación y ejecución eficaz de un *compliance program*<sup>6</sup>.

El primer requisito que se debe cumplir para que se pueda atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica es, lógicamente, la comisión de un delito por una persona física. Con arreglo a la teoría de la identificación o del *alter ego*<sup>7</sup>, sistema dominante en el Reino Unido<sup>8</sup>, la persona jurídica responde penalmente de los delitos cometidos por sus directivos o altos cargos,

---

la *teoría realista* de GIERKE sostiene que la persona jurídica es capaz de querer y de obrar por medio de sus órganos y, por tanto, también es capaz cometer aquellos actos delictivos que realice uno de sus órganos en el ámbito de sus competencias y en representación de la misma. Véase un análisis de los antecedentes históricos de la RPPJ en MESTRE, A., *Las personas morales y su responsabilidad penal (Asociaciones, Corporaciones, Sindicatos)*, traducción de César Camargo y Marín, estudio preliminar de Quintiliano Saldaña y García-Rubio, Góngora, Madrid, 1930, pp. 1 y ss.; BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1.ª ed., 1998, pp. 42 y ss.; y MARTÍNEZ PATÓN, V., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina societas delinquere non potest*, B de f, Buenos Aires, 1.ª ed., 2018, pp. 1 y ss. Puede verse también, al respecto, MENÉNDEZ CONCA, L.G., «Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Ratio Juris*, Vol. 16, n.º 32, 2021, pp. 93 y ss. Durante los siglos precedentes al siglo XIX había sido frecuente el castigo a las ciudades por la comisión de ciertos delitos. Así, por ejemplo, en Francia podemos citar el caso de la ciudad de Montpellier, que en 1379 se sublevó con ocasión de un impuesto real asesinando a funcionarios reales en la revuelta. Como castigo la ciudad fue privada de su universidad, del consulado, de la casa comunal y de todos sus privilegios, se vio obligada a pagar una multa de 600.000 libras de oro, una parte de sus murallas fueron abatidas y sus fosas fueron rellenadas y, además, seiscientos de entre sus habitantes más culpables fueron ejecutados. Otros ejemplos franceses los encontramos, verbigracia, en las penas impuestas a las ciudades de Toulouse (1331) y de Burdeos (1548), al condado de Beaufort (1567) y al pueblo de Goumées (1576). Incluso la Sorbona fue condenada en 1561 por no haber sometido a control el contenido subversivo de una tesis doctoral. En 1607 la ciudad alemana de Donauwörth fue privada de su derecho de ciudad libre y de ciudad cabeza de provincia. En este mismo país la ciudad de Magdeburgo fue destruida en 1631 como castigo por rebelarse contra el Emperador. También se puede nombrar el castigo de los municipios de Grosselfingen y Hausen en 1739. Véanse, con más detalle, MESTRE, A., *Las personas morales...*, cit., pp. 115 y ss.; y MARINUCCI, G., «La responsabilidad penal...», cit., pp. 1178 y ss. y 1191.

4 *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909). Puede verse su texto completo en: <https://casetext.com/case/new-york-central-rr-v-united-states> (consultado el 29 de mayo de 2022).

5 Como veremos más adelante, el comportamiento de la dirección de la empresa con respecto del delito cometido tendrá relevancia en la determinación de la pena, ya que la implementación y ejecución eficaz de un *compliance program* permitirá que se le atenúe la pena en aplicación de las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* y será un factor esencial que valorará la Fiscalía a la hora de decidir si formula acusación contra ella.

6 NANDA, V.P., «Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?», en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, 2010, p. 607; y DERVAN, L.E., «Corporate Criminal Liability, Moral Culpability, and the Yates Memo», en *Stetson Law Review*, Vol. 46, 2016, pp. 113-114.

7 La teoría de la identificación o del *alter ego* fue acogida en el ámbito penal en 1944 en el caso *Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contractors, Ltd.* [1944] KB 146. En el caso *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass* [1971] UKHL 1 se estableció una guía clara sobre los principios en virtud de los cuales se puede declarar la responsabilidad directa de una sociedad por la comisión de un delito conforme a esta teoría.

8 SHELEY, E.L., «Tort Answers to the Problem of Corporate Criminal Mens Rea», en *North Carolina Law Review*, Vol. 97, n.º 4, 2019, pp. 781 y 788-789. Durante los últimos años se ha experimentado cierta evolución en la forma en que se aprecia la RPPJ en el Reino Unido a través, principalmente, del delito de homicidio corporativo (*Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*) y del delito



pues sus actuaciones son consideradas propias de la sociedad<sup>9</sup>. Esta teoría no permite transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica cuando el delito ha sido cometido por uno de sus empleados, es decir, por una persona que ocupa un nivel bajo en la jerarquía de la entidad y, por ende, no puede representar su *alter ego*<sup>10</sup>. En cambio, conforme a la doctrina del *respondeat superior*, la persona jurídica puede responder penalmente por los delitos cometidos tanto por sus directivos y mandos intermedios como por sus empleados, independientemente de la posición que ocupen en la estructura jerárquica de la compañía<sup>11</sup>. Ampliando el círculo de individuos cuyas infracciones penales pueden dar lugar a la RPPJ, los tribunales federales estadounidenses admiten la posibilidad de que una compañía pueda ser penalmente responsable por los delitos cometidos por los representantes y empleados de una de sus sociedades filiales<sup>12</sup>, así como por los delitos en que incurran los contratistas independientes que trabajen para ella<sup>13</sup>. Además, los tribunales han declarado reiteradamente que la absolución de los individuos que han cometido el delito no impide que pueda declararse

penalmente responsable del mismo a la persona jurídica si se cumplen los requisitos de la teoría del *respondeat superior*<sup>14</sup>.

El segundo requisito que debe concurrir para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas consiste en que el delito del dirigente o empleado haya sido cometido en el ejercicio de las competencias o funciones que le corresponden dentro de la entidad<sup>15</sup>. No hace falta que el sujeto estuviera formalmente autorizado por la compañía para llevar a cabo el acto del que derivó la infracción penal, sino que basta con que su autoridad sea aparente, lo cual sucede, como se dice en el caso *United States v. Bi-Co Pavers Inc*<sup>16</sup>, cuando cualquier persona ajena a la corporación asumiría su existencia, teniendo en cuenta el puesto que el directivo o trabajador ocupa en la entidad y las circunstancias que rodean su conducta<sup>17</sup>. Este requisito concurrirá, por tanto, cuando el individuo actúe en nombre de la entidad, por cuenta de ella, y lleve a cabo un acto relacionado con la ejecución de las obligaciones y deberes que le corresponden. Aunque el sujeto se haya excedido en el ejercicio de las competencias que le corresponden en la

---

de soborno (*Bribery Act 2010*), en los que se ha ido introduciendo una modalidad de responsabilidad penal organizacional. Puede verse, al respecto, por ejemplo, MENÉNDEZ CONCA, L.G., «Breves notas sobre la responsabilidad penal corporativa en el Reino Unido», en *Economía, Empresa y Justicia. Nuevos retos para el futuro*, R. Pérez Calle, E. Trincado Aznar y E. Gallego Abaroa (Coords.), Dykinson, Madrid, 1.ª ed., 2021, pp. 234 y ss.

9 LEDERMAN, E., «Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity», en *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 4, 2000, p. 659; y BEALE, S.S., «A response to the critics of corporate criminal liability», en *American Criminal Law Review*, Vol. 46, 2009, p. 1495.

10 MACPHERSON, D.L., «Reforming the doctrine of attribution: a Canadian solution to British concerns?», en *Research Handbook on Corporate Legal Responsibility*, S. Tully (Ed.), Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham (U.K.), 2005, pp. 195-196; y WELLS, C., «Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present, and Future», en *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence and Risk*, M. Pieth y R. Ivory (Eds.), Springer, Dordrecht, 1.ª ed., 2011, p. 98.

11 DERVAN, L.E., «Re-Evaluating Corporate Criminal Liability: The DOJ's Internal Moral Culpability Standard for Corporate Criminal Liability», en *Stetson Law Review*, Vol. 41, 2011, p. 8; LEDERMAN, E., «Corporate criminal liability: The second generation», en *Stetson Law Review*, Vol. 46, 2016, p. 72; y ARLEN, J., «Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements», en *Journal of Legal Analysis*, Vol. 8, n.º 1, 2016, p. 197. Se declara la responsabilidad penal de la compañía por el delito cometido por su directivo o mando intermedio, por ejemplo, en los casos *C.I.T. Corporation v. United States*, 150 F.2d 85 (9th Cir. 1945); *United States v. Empire Packing Co.*, 174 F.2d 16 (7th Cir. 1949); *United States v. Carter*, 311 F. 2d 934 (6th Cir. 1963); *United States v. Ingredient Technology Corp.*, 698 F.2d 88 (2d Cir. 1983); y *U.S. v. Paccione*, 949 F.2d 1183 (2d Cir. 1991). Respecto de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por actos delictivos de sus empleados, véanse, entre otros, los casos *United States v. Armour & Co.*, 168 F.2d 342 (3d Cir. 1948); *Steere Tank Lines, Inc. v. United States*, 330 F.2d 719 (5th Cir. 1963); *United States v. Uniroyal, Inc.*, 300 F. Supp. 84 (S.D.N.Y. 1969); *Texas-Oklahoma Express, Inc. v. United States*, 429 F.2d 100 (10th Cir. 1970); y *United States v. Park*, 421 U.S. 658 (1975).

12 *United States v. Johns-Manville Corporation*, 231 F. Supp. 690 (E.D. Pa. 1963); y *Commonwealth v. Beneficial Finance Co.*, 360 Mass. 188, 275 N.E. 2d 33 (1971).

13 *United States v. Parfait Powder Puff Co. Inc.*, 163 F.2d 1008 (7th Cir. 1947).

14 Véanse, en este sentido, verbigracia, las sentencias de los casos *United States v. General Motors Corp.*, 121 F.2d 376, 411 (7th Cir. 1941); *American Medical Ass'n. v. United States*, 317 U.S. 519 (1943); y *Magnolia Motor and Logging Co. v. United States*, 264 F.2d 950, 953 (9th Cir. 1959).

15 Pueden verse, en este sentido, por ejemplo, los casos *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909); y *United States v. Automated Medical Laboratories Inc.*, 770 F.2d 399 (4th Cir. 1985).

16 *United States v. Bi-Co Pavers Inc.*, 741 F.2d 730 (5th Cir. 1984). Véase su texto completo en: <https://casetext.com/case/united-states-v-bi-co-pavers-inc> (consultado el 7 de junio de 2022).

17 Pueden verse, en el mismo sentido, los casos *Continental Baking Co. v. United States*, 281 F.2d 137 (6th Cir. 1960); y *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (9th Cir. 1972).

corporación, esta podrá responder penalmente del delito cometido por aquel si ha ratificado su actuación<sup>18</sup>. Además, cabe destacar que una persona jurídica puede ser penalmente responsable por los delitos cometidos por sus representantes, directivos o empleados, aunque estos hayan actuado infringiendo la política de la compañía o las instrucciones expresas de sus superiores dirigidas a evitar la comisión de tal clase de delitos<sup>19</sup>.

Por último, el tercer requisito que permite declarar la RPPJ con arreglo a la doctrina del *respondeat superior* consiste en que el directivo o empleado que comete el delito lo haga con la intención de beneficiar a la entidad, sin que sea necesario que esta llegue a obtener algún beneficio, presente o futuro, por su actuación<sup>20</sup>. En los casos en que el *agent* actúe en su propio beneficio, la sociedad responderá penalmente siempre que el beneficio también redunde en su favor. Responderá igualmente en vía penal si el individuo actúa con intención

de beneficiarla, pero le causa un daño<sup>21</sup>. En cambio, la persona jurídica no será sancionada penalmente si su administrador o empleado pretende obtener únicamente un beneficio propio y este no redunde, aun de forma indirecta, en aquella y tampoco cuando lo que persigue el sujeto es perjudicar a la empresa<sup>22</sup>.

### 3. EL SURGIMIENTO Y DESARROLLO DE LOS COMPLIANCE PROGRAMS: LAS FEDERAL SENTENCING GUIDELINES FOR ORGANIZATIONS

Como indica WELLNER<sup>23</sup>, los *compliance programs* son mecanismos internos implementados por las empresas para detectar y prevenir conductas delictivas en su seno. Estas medidas tratan de incentivar el cumplimiento de la legalidad en el seno de la empresa y, a su vez, desincentivar el logro de fines económicos o empresariales a través de medios delictivos<sup>24</sup>.

18 HUFF, K.B., «The Role of Corporate Compliance Programs in Determining Corporate Criminal Liability: A Suggested Approach», en *Columbia Law Review*, Vol. 96, n.º 5, 1996, p. 1286; LEDERMAN, E., «Corporate criminal...», cit., p. 73; y VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos*, Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2016, pp. 189-190.

19 En ocasiones los tribunales absolviéron a las entidades acusadas debido a que su directivo o empleado había realizado el acto ilícito contraviniendo la política corporativa o las instrucciones expresas de sus superiores. Pueden verse, en este sentido, los casos *John Gund Brewing Co. v. United States*, 204 F. 17 (8th Cir. 1913); y *Holland Furnace Co. v. United States*, 158 F.2d 2 (6th Cir. 1946). No obstante, con el paso del tiempo se impuso el criterio contrario. Véanse, en este sentido, los casos *United States v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 433 F.2d 174 (3d Cir. 1970); *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (9th Cir. 1972); *United States v. Basic Const. Co.*, 711 F.2d 570 (4th Cir. 1983); *United States v. Twenty Century Fox Film Corp.*, 882 F. 2d. 656 (2d Cir. 1989); y *United States v. Potter*, 463 E. 3d 9 (1st Cir. 2006). Asimismo, cabe destacar que en algunas sentencias se ha apreciado la adopción y ejecución de un *compliance program* por parte de la empresa como elemento a valorar por el jurado para determinar si el autor del delito había actuado en el marco de sus competencias o con la intención de beneficiar a aquella. Pueden verse, en este sentido, los casos *United States v. Beusch*, 596 F.2d 871 (9th Cir.1979); y *United States v. Basic Const. Co.*, 711 F.2d 570 (4th Cir. 1983). Sobre estas cuestiones véanse, en detalle, TIGAR, M.E., «It Does the Crime But Not the Time: Corporate Criminal Liability in Federal Law», en *American Journal of Criminal Law*, Vol. 17, 1990, pp. 229 y ss.; SKUPSKI, G.R., «The Senior Management Mens Rea: Another Stab at a Workable Integration of Organizational Culpability into Corporate Criminal Liability», en *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 62, n.º 1, 2012, pp. 272 y ss.; y VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal...*, cit., pp. 202 y ss.

20 ANDROPHY, J.M., «General Corporate Criminal Liability», en *Texas Bar Journal*, Vol. 60, n.º 2, 1997, pp. 1-2; PAULSEN, E., «Imposing Limits on Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements», en *New York University Law Review*, Vol. 82, 2007, pp. 1447-1448; y GALLO, J.N. y GREENFIELD, D.M., «The Corporate Criminal Defendant's Illusory Right to Trial: A Proposal for Reform», en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 28, n.º 4, 2014, p. 528.

21 ANDERSON, J.P., «When Does Corporate Criminal Liability for Insider Trading Make Sense?», en *Stetson Law Review*, Vol. 46, 2016, p. 150; LUSKIN, R., «Caring About Corporate "Due Care": Why Criminal Respondeat Superior Liability Outreaches Its Justification», en *American Criminal Law Review*, Vol. 57, 2020, p. 312; y RAGUÉS I VALLÈS, R., *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 1.ª ed., 2017, pp. 43-45. Véanse, en este sentido, los casos *Standard Oil Company of Texas v. United States*, 307 F.2d 120 (5th Cir. 1962); *United States v. Automated Medical Laboratories Inc.*, 770 F.2d 399 (4th Cir. 1985); y *United States v. Singh*, 518 F.3d 236 (4th Cir. 2008).

22 PAULSEN, E., «Imposing Limits...», cit., p. 1448; BALL, D.C. y BOLIA, D.E., «Ending a Decade of Federal Prosecutorial Abuse in the Corporate Criminal Charging Decision», en *Wyoming Law Review*, Vol. 9, n.º 1, 2009, pp. 234-235; y SHELEY, E.L., «Tort Answers...», cit., pp. 797-798. Pueden verse, en este sentido, los casos *United States v. Cincotta*, 689 F.2d 238 (1st Cir. 1982); y *United States v. Automated Medical Laboratories, Inc.*, 770 F.2d 399 (4th Cir. 1985).

23 WELLNER, P.A., «Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions», en *Cardozo Law Review*, Vol. 27, 2005, p. 497.

24 Se debe tener en cuenta que las obligaciones legales que debe cumplir una empresa u otra organización no proceden solo del Derecho penal, sino que esta debe procurar respetar toda la normativa nacional o internacional que le sea aplicable, como, por ejemplo, la normativa laboral, tributaria, civil, administrativa, de defensa de la competencia, de comercio exterior, de protección de datos, etc. En consecuencia, no debemos hablar exclusivamente de *criminal compliance* o *compliance* penal, sino que los programas de cumplimiento normativo tendrán que incluir también *labour compliance*, referido al cumplimiento de la normativa laboral, *tax compliance*, en cuanto a la normativa tributaria, *anti-trust compliance*, respecto de la normativa de defensa de la competencia, *trade compliance*, en cuanto al cumpli-



Uno de los orígenes de los *compliance programs* en EE.UU. reside en el Derecho de la competencia. En los años 50 y 60 del pasado siglo se iniciaron procedimientos penales contra algunas compañías eléctricas del país por infringir las disposiciones *antitrust* al llegar a acuerdos entre ellas para fijar los precios, amañar concursos y repartirse el mercado. En 1961 veintinueve empresas fueron condenadas por la realización de tales prácticas. Una de ellas fue *General Electric Co.*, la cual alegó en su defensa que desde el año 1946 contaba con una instrucción interna que imponía a sus empleados el cumplimiento estricto de las leyes *antitrust*, debiendo solicitar, en caso de duda sobre la legalidad de una actuación, asesoramiento del departamento jurídico de la compañía. Aunque la existencia de un *compliance program* para evitar prácticas *antitrust* en el seno de la empresa no impidió que fuera sancionada, su condena alentó a otras empresas a desarrollar este tipo de modelos de prevención. Además, los organismos reguladores del sector eléctrico empezaron a recomendar a las empresas que desarrollaran programas de cumplimiento normativo para evitar esta clase de prácticas, valorando su existencia a la hora de determinar si una infracción de las normas *antitrust* debía ser calificada o no como intencional<sup>25</sup>. Asimismo, influyeron decisivamente en el surgimiento y desarrollo de los *compliance programs* los escándalos financieros de los años 70 relacionados con aportaciones ilegales de determinadas entidades a campañas presidenciales, así como con el descubrimiento por la *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC), fundada en 1934, de ciertas evidencias que demostraban que el pago de sobornos y comisiones era una práctica muy extendida entre las

grandes empresas estadounidenses, tanto dentro como fuera del país. Como respuesta ante tales evidencias, la SEC instauró un sistema en virtud del cual las compañías que denunciaban voluntariamente la existencia de conductas ilícitas, tras las correspondientes investigaciones internas, recibían un trato menos severo. Además, obligó a algunas empresas a modificar sus procedimientos de actuación y a someterse a auditorías externas. Las compañías podían evitar ser investigadas si reconocían haber realizado pagos ilegales y se comprometían a no continuar con esta práctica<sup>26</sup>. En el año 1977 se aprobó la *Foreign Corrupt Practices Act*<sup>27</sup> con objeto de prohibir a las empresas de EE.UU. que actúan en el extranjero el pago de sobornos a funcionarios de terceros países, para lo cual se les exige que implementen prácticas contables y controles internos para impedir tales pagos ilícitos<sup>28</sup>. En 1988 se aprobó la *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act*<sup>29</sup>, que establece obligaciones para las empresas que cotizan en bolsa para evitar el abuso de información privilegiada, origen de graves escándalos en *Wall Street* durante esos años. Esta ley requiere a las compañías que cuenten con procedimientos escritos para impedir el mal uso de la información interna, imponiendo en caso de incumplimiento cuantiosas multas<sup>30</sup>.

Un suceso muy relevante en esta materia se produce en 1985 cuando el Gobierno de Ronald Reagan nombra una comisión para abordar las acusaciones de fraude generalizado y mala gestión del Gobierno en el sector de la industria de defensa. La denominada *Packard Commission* observó en un informe presentado al año siguiente que el despilfarro, el fraude y el abuso habían mermado la confianza de la ciudadanía en la industria

---

miento de las normas de comercio exterior, etc. Dado que en este trabajo la relevancia de la adopción de estas medidas con las que se trata de velar por el cumplimiento de la legalidad en el seno de la organización se pone en relación con la responsabilidad en que pueden incurrir las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes, es necesario centrarse en el cumplimiento de la normativa penal y en la prevención de los riesgos delictivos. Por ello, para ser más preciso, debe entenderse que cuando se habla del *compliance* y de los *compliance programs*, se hace referencia realmente al *criminal compliance* y a los *criminal compliance programs*. Me limito, por consiguiente, a este ámbito específico del *compliance*.

25 GABEL, J.T.A., MANSFIELD, N.R. y HOUGHTON, S.M., «Letter vs. Spirit: The Evolution of Compliance into Ethics», en *American Business Law Journal*, Vol. 46, 2009, pp. 457-458; y VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal...*, cit., pp. 137-138.

26 GABEL, J.T.A., MANSFIELD, N.R. y HOUGHTON, S.M., «Letter vs. Spirit...», cit., pp. 458-459; y VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal...*, cit., p. 138.

27 Puede verse su texto completo en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/statutes-regulations> (consultado el 12 de junio de 2022).

28 GABEL, J.T.A., MANSFIELD, N.R. y HOUGHTON, S.M., «Letter vs. Spirit...», cit., pp. 459-460. Como señala NIETO MARTÍN, esta ley, que fue la primera en castigar la corrupción internacional y que, por tanto, representa la fuente de inspiración de la normativa internacional en esta materia, «transformó profundamente la cultura empresarial norteamericana, determinando que las empresas invirtieran en la prevención de delitos y empezaran a tomar en serio que la promoción en la ética y el respeto a la legalidad constituían elementos esenciales en la gestión empresarial»; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 1.ª ed., 2008, p. 221.

29 Su texto completo está disponible en: <https://www.congress.gov/bill/100th-congress/house-bill/5133/text> (consultado el 12 de junio de 2022).

30 GABEL, J.T.A., MANSFIELD, N.R. y HOUGHTON, S.M., «Letter vs. Spirit...», cit., p. 462; y NIETO MARTÍN, A., «El cumplimiento normativo», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, A. Nieto Martín (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2015, pp. 27-28.

de defensa y en el Departamento de Defensa, por lo que instó a los contratistas de defensa a mejorar el proceso de adquisición de armamento a través de un mayor autogobierno. En respuesta, dieciocho de las principales empresas del sector crearon voluntariamente la *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct* (DII)<sup>31</sup>, la cual impulsó la adopción de códigos internos de conducta, el fomento de la formación de los empleados sobre la existencia y aplicación de dichos códigos, así como el establecimiento de procedimientos internos para la detección de infracciones penales y su denuncia a las autoridades<sup>32</sup>. El modelo de la *Defense Industry Initiative* popularizó los *compliance programs* y fue adoptado por muchas empresas durante los años 80, sirviendo de referencia para la elaboración de las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* de 1991<sup>33</sup>, en las cuales se recogen muchos de los elementos que se encontraban en esta iniciativa, como los canales de denuncia, las sanciones disciplinarias, la necesidad de auditar el programa, los incentivos a la cooperación con las autoridades, etc.<sup>34</sup>.

A finales de los años 70 en casi todos los estados de este país estaba instaurado el régimen legal de la sentencia indeterminada. Conforme a este sistema, una vez que el jurado había declarado culpable al acusado o este había admitido su culpabilidad, los jueces se limitaban a señalar en su sentencia que el reo quedaba condenado «por el periodo establecido en la ley» y, con posterioridad, un órgano administrativo se encargaba de determinar el periodo específico de cumplimiento de la pena entre el término mínimo y el máximo señalado por la ley. Ese mismo órgano determinaba cuándo el periodo de cumplimiento se podía ver reducido por el beneficio de la libertad condicional (*parole*). Normalmente, el órgano administrativo retrasaba su decisión sobre la determinación del periodo específico de cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia para poder permitir, de este modo, que en el momento de tomar dicha decisión el reo se encontrara prácticamente a punto de poder acceder a

la libertad condicional. Mientras tanto se consideraba que la pena impuesta al condenado tenía la máxima duración prevista en la ley. Este sistema fue objeto de severas críticas por parte de asociaciones de derechos civiles, grupos de presión y de opinión, asociaciones profesionales, etc., debido a que generaba una enorme disparidad y una gran impredecibilidad de las sentencias judiciales y, en consecuencia, grandes injusticias a la hora de la individualización de la pena<sup>35</sup>. Estas críticas desencadenaron un fuerte movimiento político tendente a la instauración de un sistema de sentencias más cierto. Entre otras iniciativas que se fueron tomando en todos los estados, en 1984 el Congreso de EE.UU. aprobó la *Sentencing Reform Act*, que forma parte de la *Comprehensive Crime Control Act* e introduce a nivel federal importantes cambios: se clasifican los delitos federales y se recoge para cada uno de ellos un determinado límite mínimo y máximo en la duración de la pena; se declaran las finalidades que deben cumplir las penas, sin optar por ninguna de ellas (la disuasión —*deterrence*—, incapacitación —*incapacitation*—, castigo justo —*just punishment*— y rehabilitación —*rehabilitation*—); y se exige a los jueces que expliquen los motivos por los que imponen una determinada pena. Además, se crea la *U.S. Sentencing Commission*, encargada de aprobar unas normas, las llamadas *sentencing guidelines*, que marcarán las pautas que deben seguir los jueces para determinar las penas y que la misma Comisión irá modificando y adaptando anualmente<sup>36</sup>. En 1987 el Congreso de EE.UU. promulgó las primeras *Federal Sentencing Guidelines*<sup>37</sup>, las cuales contienen las directrices para la imposición de penas a los individuos. Posteriormente, en el año 1991, tras un extenso periodo de consultas en el que participaron, entre otros, representantes del sector empresarial, abogados, jueces y fiscales, la *U.S. Sentencing Commission* aprobó un nuevo capítulo de las *Federal Sentencing Guidelines*, el número octavo, destinado específicamente a las organizaciones que hubieran cometido un delito<sup>38</sup>.

31 Véase más información en: <https://www.dii.org/about/about-dii> (consultado el 14 de junio de 2022).

32 LAUFER, W.S., *Corporate Bodies and Guilty Minds: The Failure of Corporate Criminal Liability*, The University of Chicago Press, Chicago, Paperback edition, 2008, p. 32; y VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal...*, cit., p. 140.

33 Véase su texto completo en: [https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1991/manual-pdf/Chapter\\_8.pdf](https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1991/manual-pdf/Chapter_8.pdf) (consultado el 14 de junio de 2022).

34 LAUFER, W.S., *Corporate Bodies...*, cit., pp. 32-33; y NIETO MARTÍN, A., «El cumplimiento normativo...», cit., p. 29.

35 DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, La Ley, Madrid, 1.ª ed., 2018, pp. 171-172.

36 ZYSMAN QUIRÓS, D., *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Marcial Pons, Madrid, 1.ª ed., 2013, pp. 123 y ss.; y VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal...*, cit., p. 297.

37 Su texto completo está disponible en: [https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1987/manual-pdf/1987\\_Guidelines\\_Manual\\_Full.pdf](https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1987/manual-pdf/1987_Guidelines_Manual_Full.pdf) (consultado el 21 de junio de 2022).

38 Como señalan ALEXANDER, ARLEN y COHEN, con anterioridad a la aprobación de estas directrices, las multas impuestas a las compañías condenadas por la comisión de algún delito eran demasiado bajas, ya que rara vez igualaban, y mucho menos superaban, el importe de las pérdidas causadas por el delito. De hecho, la cuantía del 60% de las multas impuestas a las corporaciones condenadas

Las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* se aplican a todos los delitos federales graves y menos graves de Clase A, incluyendo fraude, robo, defraudaciones tributarias, infracciones contra la competencia, blanqueo de capitales, extorsión y cohecho. Se excluyen, en cambio, las infracciones contra el medio ambiente, seguridad alimentaria, consumidores, contra la Administración de Justicia y contra las normas que regulan el control de las exportaciones<sup>39</sup>. En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, estas directrices ofrecen una definición de organización, entendiendo por tal toda persona que no sea un individuo. Este término incluye a sociedades anónimas, sociedades comanditarias, asociaciones, sociedades por acciones (*joint-stock companies*), sindicatos, *trusts*, fondos de pensión, administraciones públicas y sus subdepartamentos, fundaciones y organizaciones sin ánimo de lucro<sup>40</sup>. Las *Organizational Guidelines* contemplan tres tipos de sanciones para las organizaciones que ya han sido declaradas culpables. En primer lugar, y siempre que sea posible, el tribunal ha de imponer a la corporación la obligación de resarcir el daño causado por la infracción. Las tres formas básicas son la restitución, las medidas de reparación del daño y el trabajo en beneficio de la comunidad. Además, también tiene la posibilidad de imponer la supervisión judicial (*probation*) para asegurar que otra sanción será cumplida correctamente o que en la organización se tomarán las medidas necesarias para reducir el riesgo de que se cometan ulteriores delitos. Por último, se puede castigar a la corporación con una multa pecuniaria, cuya cuantía dependerá de la gravedad de la infracción cometida y de la culpabilidad de la organización. En el caso de organizaciones que operen fundamentalmente con propósitos criminales o en gran medida a través de medios delictivos (*criminal purpose organizations*), el tribunal ha de imponer una pena de multa lo suficientemente elevada como para privar a la entidad de todos sus activos<sup>41</sup>.

En el marco de la determinación del llamado Índice de Culpabilidad (*Culpability Score*) de la organi-

zación adquieren una gran relevancia los *compliance programs*. En efecto, las *Organizational Guidelines* recogen una serie de factores que pueden rebajar o atenuar la pena que se impondrá a la organización. Estos factores son la existencia en la entidad de un programa efectivo de prevención y detección de las infracciones legales<sup>42</sup>, la autodenuncia inmediata de los hechos, la cooperación con las autoridades para su investigación y el reconocimiento y aceptación de responsabilidad<sup>43</sup>. El primer factor de atenuación de la pena no será de aplicación cuando un alto directivo de la organización o la persona responsable del cumplimiento del programa de prevención y detección de las infracciones legales haya participado en el delito o haya tolerado o ignorado deliberadamente su comisión. Además, la participación de un alto directivo en la comisión del delito supone una presunción refutable de que la entidad no contaba con un programa efectivo para prevenir y detectar las infracciones legales. Tampoco se aplicará este apartado cuando, una vez que la dirección de la organización es consciente del delito, retrasa injustificadamente informar de los hechos a las autoridades<sup>44</sup>. Por el contrario, son factores que pueden aumentar la pena: la implicación que la organización ha tenido en la actividad criminal o su tolerancia ante la misma, entendiéndose que ello concurre cuando un alto directivo ha participado, perdonado o ignorado conscientemente el delito, o cuando existe en la entidad una cierta permisibilidad generalizada frente a tales conductas<sup>45</sup>; el historial previo de la organización, en el que se valora la comisión previa de otras infracciones penales, así como las sanciones civiles o administrativas que le han sido impuestas<sup>46</sup>; el delito se ha cometido violando una orden o resolución judicial o infringiendo una condición impuesta mientras la entidad se encontraba bajo supervisión judicial (*probation*)<sup>47</sup>; y la organización ha obstruido a la justicia durante el proceso de acusación, durante el juicio o durante la fase de individualización de la pena, o bien no ha tomado las medidas razonables para prevenir dicha obstrucción<sup>48</sup>. Dicho ello, debemos

no superaba los 10.000 dólares; ALEXANDER, C.R., ARLEN, J. y COHEN, M.A., «Regulating Corporate Criminal Sanctions: Federal Guidelines and the Sentencing of Public Firms», en *Journal of Law and Economics*, Vol. 42, n.º 1, 1999, p. 395.

39 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Sevilla, 1.ª ed., 2006, p. 69; y VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal...*, cit., pp. 313-314.

40 § 8A1.1. *Applicability of Chapter Eight. Application Note 1.*

41 MILLER, E.H., «Federal Sentencing Guidelines for Organizational Defendants», en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 46, n.º 1, 1993, pp. 218 y ss.; y PIQUERO, N.L. y DAVIS, J.L., «Extralegal factors and the sentencing of organizational defendants: An examination of the Federal Sentencing Guidelines», en *Journal of Criminal Justice*, Vol. 32, 2004, p. 645.

42 § 8C2.5. *Culpability Score*, apartado f), *Effective Program to Prevent and Detect Violations of Law.*

43 § 8C2.5. *Culpability Score*, apartado g), *Self-Reporting, Cooperation, and Acceptance of Responsibility.*

44 § 8C2.5. *Culpability Score*, apartado f), *Effective Program to Prevent and Detect Violations of Law.*

45 § 8C2.5. *Culpability Score*, apartado b), *Involvement in or Tolerance of Criminal Activity.*

46 § 8C2.5. *Culpability Score*, apartado c), *Prior History.*

47 § 8C2.5. *Culpability Score*, apartado d), *Violation of an Order.*

48 § 8C2.5. *Culpability Score*, apartado e), *Obstruction of Justice.*



tener en cuenta que todas estas circunstancias solamente pueden influir en la determinación de la pena, no en la declaración de culpabilidad de la persona jurídica, ya que las *Organizational Guidelines* se utilizan para determinar qué pena y con qué extensión se impondrá a la persona jurídica una vez que esta ha sido declarada culpable del delito cometido<sup>49</sup>.

Un *effective program to prevent and detect violations of law* es aquel programa de cumplimiento que ha sido diseñado, implementado y ejecutado para que generalmente sea eficaz para prevenir y detectar las infracciones legales que puedan cometer en el seno de la organización sus directivos, empleados y otros individuos que actúan en el ámbito de la entidad<sup>50</sup>. La organización debe actuar con la diligencia debida (*due diligence*) en la prevención y detección de estas infracciones, lo cual requiere, como mínimo, que cumpla una serie de obligaciones<sup>51</sup>. De este modo, la culpabilidad de la organización, que será tenida en cuenta, junto con la gravedad del delito, en la determinación de la pena, se ve reducida si sus directivos han adoptado medidas

adecuadas para prevenir y detectar la comisión de delitos en el seno de la entidad y, en cambio, puede ser mayor atendiendo al nivel de implicación o tolerancia que la organización haya tenido en la conducta delictiva, siendo también muy importante el comportamiento que se adopte después de que la entidad haya tenido conocimiento de dicha infracción (*carrot and stick philosophy*)<sup>52</sup>. Por consiguiente, los factores de determinación de la pena que recogen las *Organizational Guidelines* ayudan a corregir el gran problema que presenta el modelo de imputación vigente, la doctrina del *respondeat superior*. Conforme a este modelo, las personas jurídicas responden penalmente cuando uno de sus directivos o empleados comete un delito en el ejercicio de las competencias o funciones que le corresponden dentro de la entidad y en beneficio de esta, independientemente de cuál ha sido el comportamiento de la organización para prevenir o, por el contrario, tolerar la comisión del delito. En cambio, estas directrices permiten modular las penas aplicables en función de la actuación previa

49 WEISSMANN, A. y NEWMAN, D., «Rethinking Criminal Corporate Liability», en *Indiana Law Journal*, Vol. 82, n.º 2, 2007, p. 446; y SKUPSKI, G.R., «The Senior Management...», cit., p. 300.

50 Las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* señalan cuáles son los factores relevantes que se deben tener en cuenta para adoptar un programa efectivo de prevención y detección de las infracciones legales. En primer lugar, es importante el tamaño de la organización, ya que cuanto mayor sea la entidad más formal ha de ser el programa. También hay que tener en cuenta la probabilidad de que ciertos delitos puedan cometerse debido a la naturaleza de los negocios que realiza la entidad. Además, un examen de las infracciones que previamente se han cometido en el seno de la organización puede indicar qué tipo de delitos se deben procurar prevenir y detectar. Estas directrices indican que la incapacidad de la organización para incorporar y cumplir con la práctica empresarial o los estándares requeridos por una regulación gubernamental susceptible de aplicación pesará en contra de estimar que aquel programa es realmente efectivo [§ 8A1.2. *Application Instructions – Organizations, Application Note 3*, apartado k)].

51 Estas obligaciones son las siguientes: 1.º La organización deberá establecer estándares de cumplimiento y procedimientos para que lo sigan sus empleados y otros agentes que puedan reducir razonablemente la probabilidad de que se cometan delitos en su seno. 2.º Se debe haber asignado a un individuo o individuos específicos dentro del personal de alta dirección la responsabilidad de supervisar el cumplimiento de tales estándares y procedimientos. 3.º La organización debe haber empleado el debido cuidado para no delegar una autoridad discrecional sustancial a individuos sobre quienes la entidad tenía conocimiento, o debía haberlo tenido a través del ejercicio de la diligencia debida, de que tenían una propensión a realizar actividades ilegales. 4.º La organización ha de haber tomado iniciativas para comunicar eficazmente sus estándares y procedimientos a todos los empleados y otros agentes, por ejemplo, mediante el requerimiento de su participación en programas de capacitación o la difusión de publicaciones que expliquen lo que se requiere de una manera práctica. 5.º La organización debe haber tomado iniciativas para lograr el cumplimiento de sus estándares y procedimientos, por ejemplo, mediante la utilización de sistemas de monitorización y auditoría razonablemente diseñados para detectar conductas delictivas de sus empleados y otros agentes, y tener en lugar apropiado y publicar un sistema de comunicaciones por medio del cual los empleados y otros agentes puedan denunciar las conductas delictivas de otros dentro de la organización sin miedo a represalias. 6.º Los estándares deben haber sido reforzados constantemente a través de mecanismos disciplinarios apropiados, lo que incluye, según corresponda, las medidas disciplinarias contra los responsables de no haber detectado el comportamiento delictivo. Las medidas disciplinarias para el responsable del hecho delictivo es un elemento de necesaria aplicación, pero cuál sea la medida adecuada dependerá de las circunstancias concretas. 7.º Después de haberse detectado el delito, la organización ha de seguir todos los pasos que sean razonables para responder apropiadamente a ello y para prevenir la comisión de hechos similares en el futuro, lo que incluirá cualquier modificación que sea necesaria del programa de prevención y detección de delitos [§ 8A1.2. *Application Instructions – Organizations, Application Note 3*, apartado k)].

52 Como indican IZRAELI y SCHWARTZ, de esta forma se pretende definir un modelo de buena ciudadanía corporativa y utilizarlo para hacer que la imposición de condenas a las empresas sea más justo al proporcionar criterios concretos y objetivos, y para crear incentivos en las compañías con el fin de que emprendan acciones de control del crimen; IZRAELI, D. y SCHWARTZ, M.S., «What Can We Learn from the U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizational Ethics?», en *Journal of Business Ethics*, Vol. 17, 1998, p. 1046. Véanse, en el mismo sentido, entre otros, PIQUERO, N.L. y DAVIS, J.L., «Extralegal factors...», cit., p. 644; y DAVID, H., MCWHORTER, R.S. y FORT, T.L., «The 2004 Amendments to the Federal Sentencing Guidelines and their Implicit Call for a Symbiotic Integration of Business Ethics», en *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. 11, n.º 4, 2006, pp. 728-729.

que ha tenido la entidad en relación con el delito cometido y de su reacción posterior al mismo.

Durante los primeros años de este milenio se produjeron en Estados Unidos grandes escándalos empresariales como los de *Tyco International*, *WorldCom*, *Global Crossing*, *Adelphia*, *ImClone* o *Peregrine Systems*, pero particular mención merece el escándalo financiero protagonizado por la *Enron Creditors Recovery Corporation*, una gran compañía del sector de la energía. A finales del año 2001 se descubrió que la mayor parte de los beneficios de *Enron* eran falsos, que tenía una deuda financiera mucho mayor de la que había declarado y que, en general, todo era un gigantesco fraude. Las acciones de la empresa perdieron todo su valor como consecuencia de toda una serie de irregularidades como, por ejemplo, la creación de empresas paralelas (*sociedades fantasma*) que soportaban las verdaderas pérdidas que estaba generando la compañía, así como la falsificación de sus cuentas anuales<sup>53</sup>. *Enron* se declaró en bancarrota a finales de 2001, causando que más de 21.000 personas en más de 40 países perdieran sus empleos. Este escándalo provocó la práctica desaparición de la famosa auditora *Arthur Andersen*<sup>54</sup>. Para intentar poner fin a esta serie de escándalos empresariales, caracterizados por la utilización de artimañas financieras y contables para falsear las cuentas públicas y los informes de auditoría de las empresas, ocultando sus condiciones financieras reales, se promulgó la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002<sup>55</sup>, que reforma la *Securities Exchange Act* de 1934. En la sección 805 de esta ley se recoge un mandato dirigido a la *U.S. Sentencing*

*Commission* para que revise y modifique las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* con el fin de garantizar que estas directrices son suficientes para prevenir y castigar las conductas delictivas de las organizaciones<sup>56</sup>. Como respuesta a dicho requerimiento se realizó una profunda modificación de las *Organizational Guidelines*, que entró en vigor el 1 de noviembre de 2004<sup>57</sup>.

Esta reforma de las *Organizational Guidelines* incorpora una sección nueva, la 8B2.1, denominada *Effective Compliance and Ethics Program*, la cual indica que las organizaciones deben implementar programas efectivos de ética y cumplimiento normativo, para lo cual tendrán que ejercer la debida diligencia en prevenir y detectar las conductas delictivas y promover una cultura organizativa que fomente los comportamientos éticos y el compromiso con el cumplimiento normativo. Dicho programa ético y de cumplimiento normativo ha de estar razonablemente diseñado, implementado y ejecutado de forma que sea efectivo en términos generales para prevenir y detectar las conductas criminales. El fallo a la hora de prevenir y detectar el delito actual no tiene por qué implicar necesariamente que el programa no sea efectivo en términos generales para prevenir y detectar los comportamientos delictivos<sup>58</sup>. La debida diligencia y la promoción de una cultura organizativa que incentive los comportamientos éticos y el compromiso con el cumplimiento normativo requiere, como mínimo, que la organización cumpla una serie de requisitos<sup>59</sup>.

53 DEL ROSAL BLASCO, B., Manual de responsabilidad..., cit., pp. 175-176.

54 En las semanas previas a la quiebra de *Enron* los empleados de la compañía *Arthur Andersen*, auditora de aquella, recibieron instrucciones de destruir una gran cantidad de documentos en soporte papel y soporte electrónico relativos a su auditoría de las cuentas de *Enron*. Se estima que fueron destruidos más de 1,7 toneladas de documentos. Como consecuencia de ello, en 2002 *Arthur Andersen* fue condenada en primera instancia por haber «persuadido de manera corrupta» a sus empleados, infringiendo el parágrafo § 1512(b) del Título 18 del Código Estadounidense (*U.S.C.*), a la pena de 500.000 dólares y una supervisión judicial (*probation*) con una duración de cinco años. En apelación el tribunal rechazó el recurso interpuesto por la compañía. Sin embargo, en el año 2005 la Corte Suprema de EE.UU., en la sentencia *Arthur Andersen v. United States*, 125 S. Ct. 2129 (2005), casó la sentencia estimando que las instrucciones que había recibido el jurado no se correspondían ni con la verdadera dimensión de la culpabilidad que contiene el referido parágrafo, ni con la necesidad de que dicha actitud se refiriera a un procedimiento en concreto ya abierto. Aunque finalmente *Arthur Andersen* fue absuelta, el daño reputacional que sufrió a raíz de la sentencia condenatoria recaída en primera instancia provocó su práctica desaparición. La sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. se encuentra disponible en: <https://casetext.com/case/arthur-andersen-llp-v-united-states-2> (consultado el 10 de julio de 2022). Véase un análisis detallado de este caso en AINSLIE, E.K., «Indicting Corporations Revisited: Lessons of the Arthur Andersen Prosecution», en *American Criminal Law Review*, Vol. 43, 2006, pp. 107 y ss.; y BALL, D.C. y BOLIA, D.E., «Ending a Decade...», cit., pp. 248 y ss.

55 Véase su texto completo en: <https://www.congress.gov/107/plaws/publ204/PLAW-107publ204.pdf> (consultado el 19 de julio de 2022).

56 Sec. 805. *Review of Federal Sentencing Guidelines for obstruction of justice and extensive criminal fraud.*

57 Su texto completo está disponible en: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2004/manual/CHAP8.pdf> (consultado el 21 de julio de 2022).

58 § 8B2.1. *Effective Compliance and Ethics Program*, apartado a).

59 Estos requisitos, más desarrollados que los que recogían las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* de 1991, son los siguientes: 1.º La organización debe establecer estándares y procedimientos para prevenir y detectar las conductas delictivas. 2.º La directiva de la organización ha de tener conocimiento del contenido y de la ejecución del programa ético y de cumplimiento, y debe ejercer una supervisión razonable de su implementación y efectividad. El personal de alta dirección ha de asegurarse de que la entidad tiene un

Tras su modificación en el año 2004, las *Organizational Guidelines* continúan recogiendo en el marco de la determinación del Índice de Culpabilidad (*Culpability Score*) los factores de atenuación y agravación de las penas que hemos visto antes. Cabe destacar que aunque, según la *Sentencing Reform Act* de 1984, las *Federal Sentencing Guidelines* se crearon como normas vinculantes para los jueces, de manera que su no aplicación permitía la formulación del correspondiente recurso, actualmente han pasado a ser normas meramente orientativas a raíz de la sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *United States v. Booker* (2005)<sup>60</sup>. En la sentencia de este caso el tribunal, siguiendo los pronunciamientos de los casos *Apprendi v. New Jersey* (2000)<sup>61</sup> y *Blakely v. Washington* (2004)<sup>62</sup>, declaró contrario a la Sexta Enmienda a la Constitución de este país, que consagra el derecho a ser juzgado por un jurado imparcial y al derecho al proceso debido, que el sistema de *sentencing guidelines* obligue al juez, con base en unos hechos por él determinados en la fase de *sentencing* y no por el jurado, a incrementar

la pena más allá de la básica prevista para el delito por el que el acusado fue condenado. No obstante, aunque no es obligatorio, no se impide que el juez pueda incrementar la pena siguiendo aquel sistema. De este modo, estas normas dejan de ser de aplicación obligatoria y se convierten en meramente orientativas<sup>63</sup>.

Esta supresión de la obligatoriedad de las *Federal Sentencing Guidelines* no ha evitado que hayan adquirido una gran importancia en la práctica judicial estadounidense. Así, dos años más tarde, en el caso *Rita v. United States*<sup>64</sup>, la Corte Suprema declaró que la imposición de una pena conforme a estas normas orientativas implica la presunción, aunque no vinculante, de que la pena impuesta es razonable, pero sin que ello implique que toda pena que se imponga al margen de las *sentencing guidelines* sea irrazonable<sup>65</sup>. Aunque el grado de seguimiento de estas directrices por parte de los jueces tras la sentencia del caso *United States v. Booker* continuó siendo muy elevado, durante los últimos años se ha reducido de forma importante debido principalmente al convencimiento cada vez más extendido entre

programa ético y de cumplimiento efectivo, tal y como se describe en estas directrices. La responsabilidad general del programa ético y de cumplimiento debe ser asignada a uno o más individuos específicos dentro del personal de alta dirección. La responsabilidad de la ejecución diaria del programa ha de ser delegada a una o varias personas, que informarán periódicamente sobre la efectividad del programa al personal de alta dirección y, cuando proceda, al órgano de gobierno o al órgano delegado. Para desempeñar dicha tarea se les dotará de los recursos adecuados, la autoridad apropiada y el acceso directo al órgano de gobierno o al órgano delegado. 3.º La organización debe hacer los esfuerzos que sean razonables para no incluir, dentro de aquellos que pueden ejercer una autoridad sustancial en relación con el programa ético y de cumplimiento, a individuos de los que sabe, o debería haber sabido si hubiera ejercido el debido cuidado, que han participado en actividades ilegales o en otro tipo de conductas que sean contrarias a dicho programa. 4.º La organización debe adoptar medidas razonables para comunicar periódicamente y de forma práctica sus estándares y procedimientos, así como cualquier otro extremo de su programa ético y de cumplimiento, al personal del órgano de gobierno, al personal de alta dirección, al personal con autoridad significativa, a sus empleados y, en su caso, a los representantes de la entidad, ofreciéndoles la debida formación y facilitándoles la información necesaria, acorde a sus respectivas funciones y responsabilidades. 5.º La organización ha de adoptar medidas razonables para asegurar que su programa ético y de cumplimiento normativo se cumple, incluyendo su supervisión y auditoría para detectar conductas delictivas. También debe evaluar periódicamente la efectividad del programa y disponer de un sistema a través del cual los empleados y agentes de la organización puedan informar o buscar orientación sobre actuales o potenciales comportamientos delictivos sin temor a represalias. Este sistema, al que deberá dar publicidad la entidad, ha de incluir mecanismos que permitan el anonimato o la confidencialidad. 6.º El programa ético y de cumplimiento normativo de la organización debe promoverse y hacerse cumplir de forma constante en toda la entidad mediante los incentivos apropiados para actuar de acuerdo con dicho programa y a través de las medidas disciplinarias adecuadas por participar en conductas delictivas y por no haber tomado las medidas razonables para prevenir o detectar esas conductas. 7.º Tras la detección de una conducta delictiva, la organización debe adoptar las medidas oportunas para responder de manera adecuada a dicha conducta y para prevenir futuros y similares comportamientos delictivos, lo cual incluye realizar las modificaciones que sean necesarias en el programa ético y de cumplimiento de la organización [§ 8B2.1. *Effective Compliance and Ethics Program*, apartado b)]. Además, la organización habrá de evaluar periódicamente el riesgo de que se cometan conductas delictivas y deberá tomar las medidas apropiadas para diseñar, implementar o modificar cada uno de dichos requerimientos para reducir el riesgo de que se produzca el comportamiento delictivo identificado durante este proceso [§ 8B2.1. *Effective Compliance and Ethics Program*, apartado c)].

60 *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005). Su texto completo está disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/04-104/index.pdf> (consultado el 27 de julio de 2022).

61 *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000).

62 *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004).

63 JOHNSON, T.A., «Sentencing Organizations After *Booker*», en *The Yale Law Journal*, Vol. 116, n.º 3, 2006, pp. 636-638; y VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal...*, cit., pp. 300-301.

64 *Rita v. United States*, 551 U.S. 338 (2007). Véase su texto completo en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/06-5754/index.pdf> (consultado el 27 de julio de 2022).

65 VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal...*, cit., pp. 302-303.



la judicatura de que el sistema penal estadounidense pune en exceso<sup>66</sup>. Dicho ello, lo cierto es que estas directrices han sido determinantes para la generalización de la implementación y desarrollo por parte de las empresas de programas de cumplimiento normativo<sup>67</sup>, puesto que, como veremos a continuación, aunque las *Organizational Guidelines* solamente permiten atenuar la pena si se cumplen los antedichos requisitos, el hecho de que una compañía disponga de un *compliance program* aplicado de forma eficaz, entre otros factores a tener en cuenta, puede ser valorado por la Fiscalía para no formular acusación en su contra. Es decir, que la adopción de un programa de cumplimiento adecuado permitiría no solo rebajar la pena que podría imponerse a una empresa por la comisión de un delito, sino que lograría incluso que esta pueda evitar el proceso penal y, de este modo, un importante daño reputacional a su imagen corporativa.

#### 4. EL PAPEL FUNDAMENTAL QUE DESEMPEÑA LA FISCALÍA EN LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Como advierte VILLEGAS GARCÍA<sup>68</sup>, en EE.UU. el Fiscal «es el único que puede ejercitar la acción penal y decide libremente al respecto, de manera que su actuación está regida por lo que, desde la perspectiva de nuestro Derecho procesal penal, sería el principio de oportunidad discrecional». Si el Fiscal decide

no formular acusación, su decisión no está sujeta a control judicial. De este modo, aunque lógicamente los Fiscales deben respetar ciertos límites como, por ejemplo, la prohibición de vulnerar el principio de igualdad de trato por basar su decisión en motivos discriminatorios o arbitrarios<sup>69</sup>, pueden decidir libremente si formulan acusación contra un individuo o, en lo que aquí interesa, contra una persona jurídica. Los criterios que emplean los Fiscales Federales estadounidenses para decidir en cada caso si formulan o no acusación contra una corporación han ido evolucionando durante estos años. En 1999 se publicaron las primeras directrices, no vinculantes, que debían servir de referencia a los Fiscales Federales para decidir si formulan o no acusación contra una persona jurídica. Con la publicación de este documento se procuró poner fin a la falta de uniformidad en el ejercicio de las facultades de persecución penal en relación con las corporaciones por parte de la Fiscalía<sup>70</sup>. En estas directrices, denominadas *Federal Prosecution of Corporations*<sup>71</sup>, se indican los factores que los Fiscales Federales deben tener en cuenta a la hora de tomar aquella decisión<sup>72</sup>.

Uno de estos factores, de gran importancia, consiste en la implementación y ejecución por parte de la persona jurídica de un programa de cumplimiento normativo. Como se dice expresamente en este documento, la mera implementación de un *compliance program* en la corporación no será motivo suficiente para jus-

66 ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y CHIESA, L., «Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE.UU.», en *Tra-tado sobre Compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, J.L. Gómez Colomer (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2019, pp. 1507-1508. Puede verse un análisis detallado de las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* en PIQUERO, N.L. y DAVIS, J.L., «Extralegal factors...», cit., pp. 643 y ss.; y BOWMAN III, F.O., «Drifting Down the Dnieper with Prince Potemkin: Some Skeptical Reflections about the Place of Compliance Programs in Federal Criminal Sentencing», en *Wake Forest Law Review*, Vol. 39, 2004, pp. 675 y ss.

67 IZRAELI, D. y SCHWARTZ, M.S., «What Can We Learn...», cit., pp. 1047-1048; WELLNER, P.A., «Effective Compliance...», cit., pp. 509-510; y DAVID, H., MCWHORTER, R.S. y FORT, T.L., «The 2004 Amendments...», cit., p. 731.

68 VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal...*, cit., pp. 334-335.

69 Puede verse, al respecto, por ejemplo, la sentencia del caso *United States v. Armstrong*, 517 U.S. 456 (1996).

70 GABEL, J.T.A., MANSFIELD, N.R. y HOUGHTON, S.M., «Letter vs. Spirit...», cit., p. 464.

71 Aunque se las suele conocer como *Holder Memo*, en atención al Fiscal que las promovió (Eric H. Holder). Puede consultarse su texto completo en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF> (consultado el 16 de diciembre de 2022).

72 Estos factores son los siguientes: 1.º La naturaleza y gravedad del delito, valorando para ello el riesgo de daño para el interés general, así como la existencia de políticas y prioridades emanadas del Gobierno y de las agencias federales respecto de la persecución de determinadas actividades delictivas. 2.º La permisividad o tolerancia de los comportamientos ilícitos dentro de la corporación, incluida la posible complicidad o incluso condonación de tales conductas por parte de sus órganos directivos. 3.º El historial criminal de la entidad, valorando los procedimientos judiciales iniciados en su contra y, en su caso, las condenas previas (no solo en la vía penal, sino también en la civil). 4.º El hecho de que la entidad haya denunciado rápida y voluntariamente la comisión del delito, así como la colaboración que hubiera prestado para su investigación. 5.º La existencia y adecuación del *compliance program* de la corporación. 6.º Las medidas adoptadas por la entidad, una vez cometido el delito, para implementar un programa de cumplimiento o mejorar el ya existente, sustituir a sus órganos directivos, sancionar o despedir a los infractores, pagar indemnizaciones y cooperar con las agencias gubernamentales correspondientes. 7.º Las consecuencias colaterales de la formulación de la acusación contra la persona jurídica, tales como el daño desproporcionado a los accionistas o empleados que no fueran responsables de los hechos. 8.º La idoneidad de los recursos extrapenales que pueden ser utilizados, como las sanciones civiles. Estos factores se enumeran en su apartado segundo, *Charging Corporations - Factors to Be Considered*, y se detallan en sus apartados tercero a décimo.

tificar la no formulación de acusación contra ella si sus directivos o empleados han realizado un hecho previsto como delito. De hecho, su comisión puede poner de manifiesto que el programa de cumplimiento no ha funcionado correctamente. Asimismo, se indica que, en función del delito cometido, como sucede, por ejemplo, en materia de competencia, es posible que la normativa aplicable imponga el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía, aunque la entidad cuente con dicho programa. Si bien la Fiscalía reconoce que ningún programa de cumplimiento puede prevenir suficientemente todas las actividades delictivas que los dirigentes o empleados de una corporación pueden cometer, insta a los Fiscales Federales a que tengan en cuenta a la hora de formular la acusación si, en el caso concreto, el sistema de *compliance* de la entidad había sido diseñado de forma adecuada y ejecutado con eficacia. Como es lógico, no tendrá relevancia alguna el *paper compliance program*, es decir, el programa de cumplimiento normativo meramente cosmético. Para determinar la idoneidad del programa los Fiscales deberán valorar si la dirección de la entidad se ha comprometido realmente con el cumplimiento del programa o si, por el contrario, implícitamente ha fomentado o presionado a sus trabajadores para que cometan infracciones con tal de lograr los objetivos comerciales; si la corporación se ha dotado de personal suficiente para ejecutar, auditar, documentar y analizar

dicho cumplimiento; si los empleados de la compañía han sido informados debidamente de su existencia y contenido, así como del compromiso de la entidad con su ejecución; y, por último, si el programa de cumplimiento diseñado es adecuado para detectar los comportamientos ilícitos propios del sector en el que desarrolla su actividad la compañía, es decir, aquellos que pueden producirse con mayor frecuencia<sup>73</sup>.

Con objeto de hacer frente a los escándalos financieros acaecidos durante el comienzo de este milenio en EE.UU., teniendo especial repercusión el caso *Enron*, en el año 2003 se modificaron estas directrices, que pasaron a ser denominadas *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*<sup>74</sup> y adquirieron carácter vinculante para los Fiscales Federales<sup>75</sup>. En los años 2006 y 2008 estas directrices volvieron a ser modificadas<sup>76</sup> y en el año 2015 se realizó una actualización de este documento, promovida por Sally Quillian Yates, que introduce diversos cambios que tratan de asegurar que la persecución penal de las empresas no entorpezca la investigación y sanción de las personas físicas responsables de los hechos delictivos<sup>77</sup>.

La importancia de atender a los distintos factores que pueden valorar los Fiscales para decidir si ejercitan la acción penal contra una persona jurídica reside en el hecho de que gran parte de los procedimientos penales que se inician en EE.UU., tanto a nivel federal como estatal, finalizan con un acuerdo alcanzado entre el Fis-

73 Apartado séptimo, *Charging a Corporation: Corporate Compliance Programs*.

74 Dado que en este caso el Fiscal que lo promovió fue Larry D. Thompson, comúnmente se llama a este documento *Thompson Memo*. Su texto completo se encuentra disponible en: [https://assets.hcca-info.org/Portals/0/PDFs/Resources/Conference\\_Handouts/Clinical\\_Practice\\_Compliance\\_Conference/2006/Tues/501-%20Handout%201.pdf](https://assets.hcca-info.org/Portals/0/PDFs/Resources/Conference_Handouts/Clinical_Practice_Compliance_Conference/2006/Tues/501-%20Handout%201.pdf) (consultado el 16 de diciembre de 2022).

75 En este memorando se incluye como factor que los Fiscales Federales deben tener en cuenta para decidir si formulan o no acusación contra una persona jurídica, además de los ocho ya referidos, la idoneidad y suficiencia de la persecución de las personas físicas que han cometido el delito (apartado segundo, *Charging a Corporation: Factors to Be Considered*).

76 En 2006 se publicó el *McNulty Memorandum*, promovido por Paul J. McNulty. Texto disponible en: [https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty\\_memo.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf) (consultado el 20 de diciembre de 2022). En 2008 se incluyó este memorando dentro del conjunto de normas vinculantes que deben respetar todos los Fiscales Federales que publica el Departamento de Justicia de EE.UU. (*United States Attorneys' Manual*) y pasó a ser conocido como *Memorandum Filip* (promovido por Mark Filip). Véase su texto completo en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/11/03/dag-memo-08282008.pdf> (consultado el 20 de diciembre de 2022).

77 Como advierten DIAMANTIS y LAUFER, «en aproximadamente dos de cada tres casos resueltos mediante un *deferred prosecution agreement* (DPA), los Fiscales no presentan cargos contra los empleados. Esto ha llevado a la percepción de que los fiscales son, en el mejor de los casos, ineficaces o, en el peor, cómplices de los ejecutivos de las empresas»; DIAMANTIS, M.E. y LAUFER, W.S., «Prosecution and Punishment of Corporate Criminality», en *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 15, 2019, p. 19. Puede verse también, al respecto, GARRETT, B.L., «The Corporate Criminal as Scapegoat», en *Virginia Law Review*, Vol. 101, n.º 7, 2015, pp. 1800 y ss. Por ello, en el denominado *Yates Memorandum* se establece que, salvo circunstancias excepcionales, ninguna resolución que se adopte con respecto de una compañía supondrá proteger a alguna persona de su responsabilidad individual (civil o penal), de forma que, si se alcanza un acuerdo con la compañía, no podrá incluir la retirada de cargos o la inmunidad de algún directivo o empleado de la entidad. Su texto completo está disponible en: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download> (consultado el 20 de diciembre de 2022).

cal y el acusado que evita la celebración del juicio<sup>78</sup>. Como indica VILLEGAS GARCÍA<sup>79</sup>, estos acuerdos entre la Fiscalía y la parte acusada, denominados *plea bargains*, pueden ser de distintas clases. En primer lugar, es posible que el acusado reconozca su culpabilidad por el delito cometido (*guilty plea*) a cambio de que se imponga una pena más leve, se formule acusación por una infracción penal de menor gravedad o se retire la acusación por alguno de los delitos. También puede declararse culpable, pero reservarse la posibilidad de apelar algún extremo del caso, de manera que, si fuera estimado su recurso, podría retirar su declaración de culpabilidad. Y, en tercer lugar, puede alcanzar un *non-prosecution agreement* (NPA) o un *deferred prosecution agreement* (DPA), lo que implica que no se llega a formular propiamente un *guilty plea*. En un *non-prosecution agreement* el Fiscal decide no formular acusación a cambio de que el imputado cumpla una serie de condiciones. En un *deferred prosecution agreement* el Fiscal presenta su escrito de acusación ante el Tribunal, pero no insta la continuación del procedimiento a cambio, nuevamente, del cumplimiento por parte del imputado de una serie de condiciones. En ambos casos, si las condiciones acordadas no se cumplen el procedimiento penal seguirá su curso, formulándose acusación en el

primer caso o instando la continuación del proceso en el segundo.

En Estados Unidos, a diferencia de lo que sucede en otros países como España, cuando la parte acusada es una persona jurídica es inusual que llegue a celebrarse el juicio, ya que en la gran mayoría de ocasiones aquella reconoce su culpabilidad por el delito cometido (*guilty plea*), obteniendo a cambio que se imponga una pena más leve, se formule acusación por una infracción penal de menor gravedad o se retire la acusación por alguno de los delitos, o bien el procedimiento penal termina con un *non-prosecution agreement* o un *deferred prosecution agreement*<sup>80</sup>. En su decisión de ofrecer a la parte acusada llegar a un acuerdo y, por ende, no formular acusación o no instar la continuación del procedimiento, según el caso, el Fiscal tiene en cuenta los distintos elementos que describen los antedichos memorandos. De este modo, es la Fiscalía, y no el Juez o Tribunal, la que evalúa la permisividad o tolerancia de los comportamientos ilícitos dentro de la corporación, el historial criminal de la entidad, su colaboración o no con las autoridades en la investigación, la existencia e idoneidad de un *compliance program*, etc<sup>81</sup>. Como se ha dicho, la finalización del procedimiento penal mediante un acuerdo con la Fiscalía en el que esta se

78 En la sentencia del caso *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970), el Tribunal Supremo Federal ha reconocido que estos acuerdos entre la Fiscalía y la parte acusada son conformes con la Constitución estadounidense. No obstante, en la sentencia del caso *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545 (1977), ha advertido que al acusado no le asiste un derecho constitucional a que el Fiscal le ofrezca algún tipo de acuerdo, ya que este no está obligado a proponerlo y puede preferir que se celebre directamente el juicio. Puede verse, al respecto, VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal...*, cit., pp. 359-360.

79 VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal...*, cit., p. 361. Véanse también, al respecto, PAULSEN, E., «Imposing Limits...», cit., pp. 1437-1438; y DOYLE, C., «Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law», *Congressional Research Service* (R43293), 2013, pp. 11-13.

80 DISKANT, E.B., «Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure», en *The Yale Law Journal*, Vol. 118, n.º 1, 2008, p. 166; GORDON, Y., «How and why Congress should bar the use of deferred and non-prosecution agreements in corporate criminal prosecutions», en *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 52, n.º 2, 2015, p. 543; ARLEN, J., «Prosecuting Beyond...», cit., p. 192; y VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., «El yates memo: o todo o nada (a propósito del papel del Ministerio Fiscal en la exigencia de responsabilidad penal a las grandes corporaciones)», en *Diario La Ley*, n.º 8945, 2017, p. 3. Como indica TURIENZO FERNÁNDEZ, mientras que entre los años 2006 y 2010 un total de 873 condenas judiciales fueron obtenidas mediante *guilty pleas* y solo una tras la celebración de un juicio, la proporción en el periodo comprendido entre los años 2011 y 2015 fue de 610 frente a tres, respectivamente. Este autor advierte que la práctica demuestra que la utilización de los *non-prosecution agreements* y los *deferred prosecution agreements* no es tan frecuente como generalmente se cree, ya que, en realidad, por cada cinco condenas judiciales solamente una empresa alcanza un NPA o DPA con la Fiscalía; TURIENZO FERNÁNDEZ, A., «¿Oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas? Una reflexión a la luz de la práctica de los NPAs y DPAs en Estados Unidos», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2020, pp. 510-511. Por su parte, DIAMANTIS y LAUFER afirman que el nivel de atención académica que reciben los DPAs y los NPAs puede parecer desproporcionado en relación con el número de estos acuerdos, que son solo entre 30 y 40 al año; DIAMANTIS, M.E. y LAUFER, W.S., «Prosecution and Punishment...», cit., p. 8. Asimismo, cabe destacar que las compañías que terminan siendo condenadas tras la celebración de un juicio son, en su gran mayoría, de pequeñas dimensiones y/o extranjeras. Véanse, en este sentido, MARKOFF, G., «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century», en *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 15, 2013, pp. 806-807; DIAMANTIS, M.E. y LAUFER, W.S., «Prosecution and Punishment...», cit., p. 8; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y CHIESA, L., «Compliance y responsabilidad...», cit., p. 1532.

81 Por ello, algunos autores han criticado el amplio poder que se concede a los Fiscales en la celebración de estos acuerdos y la escasa intervención que los jueces tienen en ellos. Pueden verse, en este sentido, entre otros, ZIERDT, C. y PODGOR, E.S., «Corporate Deferred Prosecutions Through the Looking Glass of Contract Policing», en *Kentucky Law Journal*, Vol. 96, n.º 1, 2007, pp. 14-16; SKUPSKI, G.R., «The Senior Management...», cit., pp. 284-285; y ARLEN, J., «Prosecuting Beyond...», cit., pp. 191 y ss.



compromete a no ejercitar la acción penal contra la persona jurídica (NPA) o a no instar la continuación del proceso tras presentar el escrito de acusación (DPA), se condiciona a que la compañía cumpla una serie de condiciones<sup>82</sup>.

Aunque las empresas puedan encontrar dificultades para cumplir las condiciones de estos acuerdos, lo cierto es que, en la práctica, la mayoría de compañías que se ven envueltas en un proceso penal deciden llegar a un acuerdo con la Fiscalía para poner fin al mismo, puesto que, en caso contrario, se enfrentan a un enjuiciamiento en el que si resultan condenadas, además de los elevados costes procesales que han de asumir, se les impondrán graves sanciones y, aunque finalmente sean absueltas, se habrán enfrentado a un largo proceso penal en el que se habrá visto dañada considerablemente su imagen corporativa frente a los mercados y ante la opinión pública (*stigma of prosecution*). Así, sirve de ejemplo el referido caso de *Arthur Andersen*, auditora de *Enron*, ya que, aunque finalmente la compañía fue absuelta en casación de la comisión de un delito de obstrucción a la justicia, el daño reputacional que sufrió a raíz de la sentencia condenatoria recaída en primera instancia provocó su práctica desaparición<sup>83</sup>.

## 5. VALORACIÓN: INFLUENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE EN OTROS PAÍSES

Desde hace años se puede observar una tendencia en el Derecho comparado de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas (y, en su caso, a otros entes sin personalidad jurídica) por los delitos que han cometido sus dirigentes o empleados si se cumplen ciertas condiciones<sup>84</sup>. La importancia de examinar la legislación estadounidense reside en el hecho de que ha influido notablemente en las regulaciones de un gran número de países. Aunque el reconocimiento de la capacidad delictiva de las corporaciones en el Reino Unido es anterior al experimentado en Estados Unidos, es en este país donde el régimen de responsabilidad penal corporativa ha alcanzado su máximo apogeo y donde, además, han surgido y han alcanzado cada vez mayor relevancia en el enjuiciamiento penal los denominados *compliance programs*. En efecto, los legisladores nacionales no solo han tenido en cuenta en mayor o menor medida los criterios que utilizan los tribunales estadounidenses para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, sino que también han otorgado cada vez mayor importancia en el enjuiciamiento penal al hecho de que se haya implementado y ejecutado con

82 Siguiendo a PAULSEN y a VILLEGAS GARCÍA, podemos afirmar que el contenido típico de un NPA o de un DPA es el siguiente: admisión de responsabilidad por parte de la entidad del delito cometido; su compromiso de colaborar con las autoridades en el desarrollo de sus investigaciones, aunque estas afecten a sus agentes y empleados; el pago de las multas y otras sanciones pecuniarias que pudieran imponerse; la obligación de efectuar las modificaciones necesarias en su programa de cumplimiento para garantizar su efectividad, las cuales, en ocasiones, se realizarán bajo la supervisión de un monitor a costa de la propia entidad; la renuncia al derecho a un juicio rápido; la introducción de una disposición expresa según la cual si la compañía cumple el acuerdo el procedimiento penal no proseguirá, pero si lo incumple se formulará acusación contra ella y, en ese caso, el reconocimiento de hechos incluido en el acuerdo equivaldrá, en el proceso penal, a una admisión de hechos; y la inclusión de una declaración general de que el acuerdo no vincula a otras partes. Véanse, en detalle, PAULSEN, E., «Imposing Limits...», cit., pp. 1439 y ss.; y VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal...*, cit., pp. 364-365. Pueden verse también, al respecto, ORLAND, L., «The Transformation of Corporate Criminal Law», en *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Vol. 1, n.º 1, 2006, pp. 73 y ss.; y NANDA, V.P., «Corporate Criminal...», cit., pp. 624 y ss.

83 En algunos trabajos se ha puesto de manifiesto que no se ha demostrado empíricamente que las condenas de empresas tras la celebración de los correspondientes juicios, sin recurrir a acuerdos con la Fiscalía, conlleven necesariamente su quiebra (el llamado «efecto Andersen»). Véanse, en este sentido, especialmente, MARKOFF, G., «Arthur Andersen...», cit., pp. 797 y ss.; y BOURJAILY, G., «DPA DOA: How and Why Congress Should Bar the Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements in Corporate Criminal Prosecutions», en *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 52, n.º 2, 2015, pp. 555-557. GORDON advierte que «no hay pruebas empíricas de que las consecuencias colaterales de la imputación penal de empresas sean tan catastróficas como se afirma». No obstante, añade que «la empresa negocia a la sombra de la muerte. Tras el colapso de Arthur Andersen, la opinión generalizada entre las empresas es que una acusación, y mucho menos un juicio penal en toda regla, destruirá la organización por completo. Por tanto, las empresas que negocian DPAs consideran que no tienen una alternativa realista a la oferta del Gobierno»; GORDON, Y., «How and why Congress...», cit., pp. 544 y 547. Pueden verse, en el mismo sentido, entre otros, WEISSMANN, A., «A New Approach to Corporate Criminal Liability», en *American Criminal Law Review*, Vol. 44, 2007, pp. 1321-1322; PODGOR, E.S., «The Impact of Criminal Sanctions on Corporate Misconduct», en *Journal of Business & Technology Law*, Vol. 2, n.º 1, 2007, p. 120; PAULSEN, E., «Imposing Limits...», cit., pp. 1436 y 1455 y ss.; DOYLE, C., «Corporate Criminal...», cit., p. 12; y GALLO, J.N. y GREENFIELD, D.M., «The Corporate Criminal...», cit., pp. 537-539.

84 Además de en Estados Unidos, se atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas (y, en su caso, a otros entes sin personalidad jurídica) por los delitos cometidos por sus integrantes, por ejemplo, en el Reino Unido, Canadá, Australia, Holanda, Francia, Portugal, España, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Rumanía, Suiza, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, México y Panamá. En cambio, no se reconoce la responsabilidad penal corporativa en otros países como, por ejemplo, Alemania, Italia, Grecia, Bulgaria, Letonia, Suecia, Perú, Colombia, Paraguay y Uruguay.

eficacia en la entidad un *compliance program* (aunque no siempre se utiliza esta denominación).

El Decreto Legislativo italiano 231/2001, de 8 de junio, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de las sociedades y asociaciones sin personalidad jurídica por determinados delitos cometidos por sus dirigentes o empleados, ha tenido una gran influencia en las reformas del Código Penal español en materia de RPPJ efectuadas en los años 2010 y 2015. Esa influencia se evidencia en el hecho de que nuestro legislador ha copiado literalmente distintos preceptos de dicho decreto. El D. Lgs. 231/2001, de 8 de junio, inspirándose en el sistema de EE.UU.<sup>85</sup>, otorga una gran importancia al hecho de que la dirección de la entidad adopte medidas adecuadas para prevenir la delincuencia. Si el modelo de organización y gestión adecuado ha sido implementado y ejecutado eficazmente antes de la comisión del delito, la entidad podrá quedar exenta de responsabilidad si se cumplen ciertas condiciones. Además, la adopción y puesta en funcionamiento tras la comisión del delito, pero antes de la declaración de apertura del juicio, de un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos de la misma naturaleza del que se había cometido en el caso concreto tendrá relevancia en la atenuación de la sanción aplicable.

Como es sabido, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo en nuestro país un régimen de atribución de responsabilidad «penal» a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes, no previó la posibilidad de que estas entidades pudieran quedar exentas de responsabilidad «penal» si, antes de la comisión del delito, habían adoptado medidas adecuadas para intentar prevenirlo. La implementación y ejecución eficaz de un modelo de prevención de la delincuencia (*compliance program*) solamente tenía como efecto una atenuación de la «pena», conforme al entonces art. 31 bis.4.d) CP. No obstante, la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha previsto expresamente en el art. 31 bis que las personas jurídicas pueden quedar exentas de responsabilidad «penal» por los delitos cometidos por sus dirigentes o empleados si se cumplen ciertas condiciones, entre las que se encuentra la adopción y ejecución con eficacia, antes de la comisión del delito, de un modelo de organización y gestión que incluya 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. La «acreditación parcial» de las condiciones que permiten eximir de res-

ponsabilidad a la entidad se valora positivamente para atenuar la «pena». Asimismo, constituye una circunstancia atenuante de la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas haber establecido, con posterioridad a la comisión del delito y antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En el Reino Unido cabe destacar la *Bribery Act 2010*, la cual establece que, aunque es necesaria la determinación de un responsable individual (el sujeto que ha cometido el delito de soborno), la persona jurídica responde por su propia infracción consistente en no haber adoptado un sistema eficaz de prevención de la corrupción. En esta ley se prevé expresamente que se eximirá de responsabilidad penal a la persona jurídica que acredite que cuenta con procedimientos adecuados para prevenir que las personas asociadas con ella cometan delitos de corrupción. Aunque el Código Penal holandés no concede relevancia alguna al hecho de que la persona jurídica cuente con un adecuado programa de cumplimiento normativo, el Tribunal Supremo de este país ha ido detallando los criterios que permiten atribuir responsabilidad penal a estas entidades por los delitos cometidos en su seno. Conforme a los llamados criterios de «poder y aceptación», solamente se puede atribuir a la persona jurídica el hecho cometido por la persona física cuando aquella tiene cierto poder sobre el sujeto en cuestión y, además, ha aceptado o, al menos, tolerado su comportamiento. El Tribunal Supremo estima que el hecho de no respetar obligaciones de *due diligence* o deber de cuidado está considerado como una forma de aceptación. Por ello, la entidad puede adoptar la estrategia de defensa de probar en el procedimiento judicial que había implementado y ejecutado eficazmente un *compliance program* para prevenir que sus dirigentes y empleados incurran en infracciones penales en el ejercicio de sus funciones y que, a pesar de ello, no fue posible evitar el delito cometido, lo cual le permitiría quedar exenta de responsabilidad penal, ya que no se cumpliría el criterio de la aceptación.

En el Código Penal francés tampoco se otorga relevancia alguna como circunstancia atenuante o eximente de la responsabilidad penal de las personas morales a la implementación de medidas adecuadas para prevenir que puedan cometerse delitos en su seno. Dicho ello, cabe mencionar que la Ley 2016-1691, de 9 de diciembre, relativa a la transparencia, la lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica (conocida como *Loi Sapin II*), siguiendo el ejemplo

85 Así se declara en su exposición de motivos: «Piuttosto che sancire un generico dovere di vigilanza e di controllo dell'ente sulla falsariga di quanto disposto dalla delega (con rischio che la prassi ne operasse il totale svuotamento, indulgendo a criteri ispirati al *versari in re illicita*), si è preferito allora riempire tale dovere di specifici contenuti: a tale scopo, un modello assai utile è stato fornito dal sistema dei *compliance programs* da tempo funzionante negli Stati Uniti».

de la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 y de la *Bribery Act* de 2010, obliga a las empresas o grupos de empresas con sede en Francia y con más de 500 empleados y una facturación de 100 M €, a desarrollar e implementar un sistema de gestión de cumplimiento contra la corrupción. Esta norma, que se aplica también a las empresas francesas que actúan en el extranjero y a las empresas de terceros países que desarrollan toda o parte de sus actividades en Francia, impone a estas entidades que establezcan medidas para prevenir la corrupción (código de conducta, sistema interno de alerta, mapa de riesgos, régimen disciplinario...), sancionando penalmente su incumplimiento. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 94/2021, de 21 de diciembre, el Código Penal portugués no contaba con precepto alguno en que se declarase expresamente la incidencia que podía tener para la responsabilidad penal de la persona colectiva o entidad equiparada que la misma hubiera implementado y ejecutado eficazmente un *compliance program*. Sin embargo, tras la aprobación de la referida ley, la adopción e implementación de un adecuado programa de cumplimiento normativo se tiene en cuenta en la determinación del *quantum* de los días de la pena de multa y permite que se atenúe especialmente la pena que se impondrá a la entidad o se sustituya la pena de multa.

El D. Lgs. 231/2001, de 8 de junio, ha tenido una gran influencia en distintas legislaciones de Latinoamérica. Así, por ejemplo, en Chile la Ley n.º 20.393 permite atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por ciertos delitos cometidos por sus dirigentes o empleados, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión. Se considera que estos deberes se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido. Además, es una circunstancia atenuante la adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación. En Perú la Ley n.º 30.424 permite que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad administrativa si, con anterioridad a la comisión del delito, había adoptado e implementado en su organización un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. No obstante, la implementación de un *compliance program* no eximirá de responsabilidad administrativa a la persona jurídica cuando el delito ha sido cometido por alguno de los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes le-

gales o apoderados, con capacidad de control de la persona jurídica. En estos casos la adopción de medidas de prevención de la delincuencia solo permitirá reducir el importe de la multa que se impondrá, siendo esta la única medida administrativa aplicable. Por otra parte, la adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención permite atenuar su responsabilidad administrativa. También tiene eficacia atenuante la «acreditación parcial» de los elementos mínimos del modelo de prevención adoptado e implementado con anterioridad a la comisión del delito. En Argentina la Ley n.º 27.401 permite que una persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal (y administrativa) cuando concurren ciertas circunstancias, entre las que se encuentra la implementación de un sistema de control y supervisión adecuado, con anterioridad al hecho delictivo, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito. En caso de que la persona jurídica no logre que se le exima de responsabilidad penal, la implementación de un Programa de Integridad podrá ser tenido en cuenta en la graduación de la pena.

Aunque no se pueden analizar con el debido detalle estas legislaciones, se puede comprobar que, inspirándose en el sistema estadounidense, conceden relevancia de un modo u otro al hecho de que la dirección de la entidad haya tenido la iniciativa de implementar y ejecutar de forma eficaz un *compliance program* con objeto de prevenir que sus dirigentes y empleados cometan delitos en el ejercicio de sus funciones, aunque sea para beneficiar a la organización.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- AINSLIE, E.K., «Indicting Corporations Revisited: Lessons of the Arthur Andersen Prosecution», en *American Criminal Law Review*, Vol. 43, 2006.
- ALEXANDER, C.R., ARLEN, J. y COHEN, M.A., «Regulating Corporate Criminal Sanctions: Federal Guidelines and the Sentencing of Public Firms», en *Journal of Law and Economics*, Vol. 42, n.º 1, 1999.
- ANDERSON, J.P., «When Does Corporate Criminal Liability for Insider Trading Make Sense?», en *Stetson Law Review*, Vol. 46, 2016.
- ANDROPHY, J.M., «General Corporate Criminal Liability», en *Texas Bar Journal*, Vol. 60, n.º 2, 1997.
- ARLEN, J., «Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements», en *Journal of Legal Analysis*, Vol. 8, n.º 1, 2016.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1.ª ed., 1998.



- BALL, D.C. y BOLIA, D.E., «Ending a Decade of Federal Prosecutorial Abuse in the Corporate Criminal Charging Decision», en *Wyoming Law Review*, Vol. 9, n.º 1, 2009.
- BEALE, S.S., «A response to the critics of corporate criminal liability», en *American Criminal Law Review*, Vol. 46, 2009.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 37, 2022.
- BOURJAILY, G., «DPA DOA: How and Why Congress Should Bar the Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements in Corporate Criminal Prosecutions», en *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 52, n.º 2, 2015.
- BOWMAN III, F.O., «Drifting Down the Dnieper with Prince Potemkin: Some Skeptical Reflections about the Place of Compliance Programs in Federal Criminal Sentencing», en *Wake Forest Law Review*, Vol. 39, 2004.
- DAVID, H., MCWHORTER, R.S. y FORT, T.L., «The 2004 Amendments to the Federal Sentencing Guidelines and their Implicit Call for a Symbiotic Integration of Business Ethics», en *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. 11, n.º 4, 2006.
- DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, La Ley, Madrid, 1.ª ed., 2018.
- DERVAN, L.E., «Re-Evaluating Corporate Criminal Liability: The DOJ's Internal Moral Culpability Standard for Corporate Criminal Liability», en *Stetson Law Review*, Vol. 41, 2011.
- DERVAN, L.E., «Corporate Criminal Liability, Moral Culpability, and the Yates Memo», en *Stetson Law Review*, Vol. 46, 2016.
- DIAMANTIS, M.E. y LAUFER, W.S., «Prosecution and Punishment of Corporate Criminality», en *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 15, 2019.
- DISKANT, E.B., «Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure», en *The Yale Law Journal*, Vol. 118, n.º 1, 2008.
- DOYLE, C., «Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law», *Congressional Research Service* (R43293), 2013.
- GABEL, J.T.A., MANSFIELD, N.R. y HOUGHTON, S.M., «Letter vs. Spirit: The Evolution of Compliance into Ethics», en *American Business Law Journal*, Vol. 46, 2009.
- GALLO, J.N. y GREENFIELD, D.M., «The Corporate Criminal Defendant's Illusory Right to Trial: A Proposal for Reform», en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 28, n.º 4, 2014.
- GARRETT, B.L., «The Corporate Criminal as Scapegoat», en *Virginia Law Review*, Vol. 101, n.º 7, 2015.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Sevilla, 1.ª ed., 2006.
- GORDON, Y., «How and why Congress should bar the use of deferred and non-prosecution agreements in corporate criminal prosecutions», en *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 52, n.º 2, 2015.
- GRACIA MARTÍN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016.
- HUFF, K.B., «The Role of Corporate Compliance Programs in Determining Corporate Criminal Liability: A Suggested Approach», en *Columbia Law Review*, Vol. 96, n.º 5, 1996.
- IZRAELI, D. y SCHWARTZ, M.S., «What Can We Learn from the U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizational Ethics?», en *Journal of Business Ethics*, Vol. 17, 1998.
- JOHNSON, T.A., «Sentencing Organizations After Booker», en *The Yale Law Journal*, Vol. 116, n.º 3, 2006.
- LAUFER, W.S., *Corporate Bodies and Guilty Minds: The Failure of Corporate Criminal Liability*, The University of Chicago Press, Chicago, Paperback edition, 2008.
- LEDERMAN, E., «Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity», en *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 4, 2000.
- LEDERMAN, E., «Corporate criminal liability: The second generation», en *Stetson Law Review*, Vol. 46, 2016.
- LUSKIN, R., «Caring About Corporate "Due Care": Why Criminal Respondeat Superior Liability Outreaches Its Justification», en *American Criminal Law Review*, Vol. 57, 2020.
- MACPHERSON, D.L., «Reforming the doctrine of attribution: a Canadian solution to British concerns?», en *Research Handbook on Corporate Legal Responsibility*, S. Tully (Ed.), Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham (U.K.), 2005.
- MARINUCCI, G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un Bosquejo histórico-dogmático», en *Estudios penales en homenaje a Enrique*

- Gimbernat*, Tomo I, C. García Valdés et al. (Coords.), Edisofer, Madrid, 2.ª ed., 2008.
- MARKOFF, G., «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century», en *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 15, 2013.
- MARTÍNEZ PATÓN, V., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina societatis delinquere non potest*, B de f, Buenos Aires, 1.ª ed., 2018.
- MAYO CALDERÓN, B., «Las denominadas “penas” aplicables a las personas jurídicas», en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, M.A. Boldova Pasamar y C. Alastuey Dobón (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2023.
- MENÉNDEZ CONCA, L.G., «Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Ratio Juris*, Vol. 16, n.º 32, 2021.
- MENÉNDEZ CONCA, L.G., «Breves notas sobre la responsabilidad penal corporativa en el Reino Unido», en *Economía, Empresa y Justicia. Nuevos retos para el futuro*, R. Pérez Calle, E. Trincado Aznar y E. Gallego Abaroa (Coords.), Dykinson, Madrid, 1.ª ed., 2021.
- MESTRE, A., *Las personas morales y su responsabilidad penal (Asociaciones, Corporaciones, Sindicatos)*, traducción de César Camargo y Marín, estudio preliminar de Quintiliano Saldaña y García-Rubio, Góngora, Madrid, 1930.
- MILLER, E.H., «Federal Sentencing Guidelines for Organizational Defendants», en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 46, n.º 1, 1993.
- NANDA, V.P., «Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?», en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, 2010.
- NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 1.ª ed., 2008.
- NIETO MARTÍN, A., «El cumplimiento normativo», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, A. Nieto Martín (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2015.
- ORLAND, L., «The Transformation of Corporate Criminal Law», en *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Vol. 1, n.º 1, 2006.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y CHIESA, L., «Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE.UU.», en *Tratado sobre Compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, J.L. Gómez Colomer (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2019.
- PAULSEN, E., «Imposing Limits on Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements», en *New York University Law Review*, Vol. 82, 2007.
- PIQUERO, N.L. y DAVIS, J.L., «Extralegal factors and the sentencing of organizational defendants: An examination of the Federal Sentencing Guidelines», en *Journal of Criminal Justice*, Vol. 32, 2004.
- PODGOR, E.S., «The Impact of Criminal Sanctions on Corporate Misconduct», en *Journal of Business & Technology Law*, Vol. 2, n.º 1, 2007.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 1.ª ed., 2017.
- SHELEY, E.L., «Tort Answers to the Problem of Corporate Criminal Mens Rea», en *North Carolina Law Review*, Vol. 97, n.º 4, 2019.
- SKUPSKI, G.R., «The Senior Management Mens Rea: Another Stab at a Workable Integration of Organizational Culpability into Corporate Criminal Liability», en *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 62, n.º 1, 2012.
- TIGAR, M.E., «It Does the Crime But Not the Time: Corporate Criminal Liability en Federal Law», en *American Journal of Criminal Law*, Vol. 17, 1990.
- TURIENZO FERNÁNDEZ, A., «¿Oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas? Una reflexión a la luz de la práctica de los NPAs y DPAs en Estados Unidos», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2020.
- VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos*, Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2016.
- VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., «El yates memo: o todo o nada (a propósito del papel del Ministerio Fiscal en la exigencia de responsabilidad penal a las grandes corporaciones)», en *Diario La Ley*, n.º 8945, 2017.
- WEISSMANN, A., «A New Approach to Corporate Criminal Liability», en *American Criminal Law Review*, Vol. 44, 2007.
- WEISSMANN, A. y NEWMAN, D., «Rethinking Criminal Corporate Liability», en *Indiana Law Journal*, Vol. 82, n.º 2, 2007.
- WELLNER, P.A., «Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions», en *Cardozo Law Review*, Vol. 27, 2005.

WELLS, C., «Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present, and Future», en *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence and Risk*, M. Pieth y R. Ivory (Eds.), Springer, Dordrecht, 1.<sup>a</sup> ed., 2011.

ZIERDT, C. y PODGOR, E.S., «Corporate Deferred Prosecutions Through the Looking Glass of Contract Policing», en *Kentucky Law Journal*, Vol. 96, n.º 1, 2007.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato \*.txt) a la dirección: [jcferreolive@gmail.com](mailto:jcferreolive@gmail.com)
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.





# Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para  
**mejorar el día a día**  
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo  
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

[prime.tirant.com/es/](https://prime.tirant.com/es/)