

LOS PROTOCOLOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL: EL REFERENTE DE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LA REGULACIÓN ITALIANA

Relazione al Congresso italo-spagnolo
svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

Norberto J. de la Mata*

SOMMARIO

1. Significado, finalidad y relevancia de los Protocolos de prevención de delitos (*Corporate Compliance Programs*). – 2. Contenido de los Protocolos de prevención de delitos. – 3. Alcance y ámbito de aplicación de los Protocolos de prevención de delitos. – 4. La delimitación competencial como cuestión clave en la elaboración de los Protocolos de prevención de delitos. – 5. Síntesis.

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

1.

Significado, finalidad y relevancia de los protocolos de prevención de delitos (*corporate compliance programs*).

Dentro de las novedades que introduce la reciente regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la legislación penal española uno de los aspectos que más controversia ha suscitado es el de la previsión contemplada, inicialmente, en el número 4 letra d) del artículo 31 bis surgido con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica el Código Penal, que establecía como circunstancia atenuante específica de dicha responsabilidad: “*haber establecido, 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*”.

Nada se nos decía acerca de cuáles eran esas “medidas eficaces” ni qué forma habían de adoptar¹. Y nada se nos decía sobre qué ocurría si dichas medidas ya han sido adoptadas con anterioridad a la comisión del delito, aunque en el caso concreto hayan podido fracasar.

Parecía lógico pensar, de entrada, que si la adopción “a futuro” de las mismas permitía atenuar la responsabilidad penal, su existencia “antes de” la actuación delictiva a enjuiciar, debería permitir la exención de responsabilidad, tanto desde una pura argumentación sistemática, como desde lo que significa la exigencia de responsabilidad penal por “hechos propios” y no ajenos (partiendo, claro está, de la capacidad de autodeterminación de la persona jurídica)².

Y parecía lógico pensar que habría de ser la jurisprudencia la que nos habría de ir dando pautas orientativas; tanto sobre el alcance, excluyente o atenuante de la responsabilidad³, de la existencia de dichas medidas, como sobre el contenido que habrían de tener las mismas.

Pero la inseguridad era evidente.

La Circular 1/2011 de la Fiscalía afirmaba que “la elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o *compliance guide*, solo son relevantes en la medida en que traduzcan una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal, porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si esta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si, con guía o sin ella, procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por sus gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido aquellos el debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad”.

La Circular considera insuficientes las operaciones de simple mejora de la imagen empresarial, exigiéndose de las empresas “una reorganización preventiva e investigadora y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y/o evitar y, en su caso, descubrir los delitos”. Y subraya que “lo importante no es la adquisición de un código de autorregulación”, sino acreditar que “los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos”.

Efectivamente. Parecen acertados los términos en que se expresa la Fiscalía en cuanto no se trata de contar, simplemente, con una “*compliance guide*”. Pero, con alguna matización. Las “normas de autorregulación de las empresas o *compliance guide*” que menciona la Circular parecen referirse exclusivamente a lo que son Códigos de comportamiento o Manuales de conducta, descriptivos de lo que puede o no hacerse dentro de la Empresa e ilustrativos al modo de una especie de Manual de calidad cuya principal función sea meramente publicitaria. Lo que los Protocolos de prevención de delitos (no exactamente coincidentes, pero sí próximos a lo que también se denomina Manuales de cumplimiento normativo o Manuales de organización y gestión), que son lo que entiendo habrían de permitir – correctamente implementados – la plena exclusión de

¹ Así lo señala, crítica y acertadamente, por ejemplo, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2011, nº 25, p. 35.

² Comparten esta opinión muchos autores: véase, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de *compliance*: a propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009”, *La Ley*, 2010, nº 7442, pp. 4 y ss. En contra, sin embargo, DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa”, *La Ley*, 2011, nº 7670, p. 4.

³ A pesar de destacar la eficacia preventiva que pueden tener estos manuales, también BACHMAIER WINTER, L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*”, *La Ley*, 2012, nº 7938, p. 5, señalaba que habrá que esperar a ver el valor que a los mismos atribuyen los tribunales.

responsabilidad penal, han de representar algo que va mucho más allá de eso.

Un Protocolo que pretenda tener tal consecuencia debería trasladar el compromiso real de la Empresa en su gestión con el control que impida en ella o por ella una actuación delictiva. Y a tales efectos, debería incluir un estudio de la estructura, organización y modo de actuación empresarial que garantice un seguimiento eficaz de potenciales conductas delictivas, un código de conducta tendente a evitar ilícitos penales debidamente implementado, divulgado y controlado y un sistema disciplinario que contemple las consecuencias de su incumplimiento. Con ello, se implementaría un sistema de gestión empresarial que podría impedir, de manera eficaz – a pesar de puntuales fracasos –, la comisión de delitos en el seno de la Empresa, de modo tal que quien vulnere el Protocolo establecido podrá afirmarse que se habrá saltado, no sólo una norma de conducta, sino todos los mecanismos “eficaces” arbitrados para que ello no suceda; y en ese sentido su comportamiento no debiera conllevar una responsabilidad de “otro” que ni quiso que el mismo tuviera lugar ni pudo – dentro de lo razonable – hacer nada para evitarlo⁴.

Ante la ausencia de resoluciones judiciales significativas que se hayan pronunciado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en sentido estricto y en relación a lo que significa el art. 31 bis del Código, esta Circular ha supuesto, de momento, una importante referencia que había de tener en cuenta quien de una u otra manera fuera garante del cumplimiento normativo dentro de cada empresa.

Parece evidente, aunque no por las razones que se apuntan en la Circular – la perspectiva dogmática correcta entiendo debe asentarse en los principios básicos que deben permitir “poder” imputar penalmente un hecho, ya a una persona física, ya a una persona jurídica, lo que ha de exigir (aquí no estamos en el ámbito civil o mercantil) una actuación ilícita “propia” –, que las personas jurídicas que implementen Protocolos de prevención de delitos que consigan detectar y reaccionar frente a posibles delitos de forma efectiva – no siempre, obviamente, porque si así fuera no cabría plantearse existencia de responsabilidad alguna, pero sí en la mayoría de los casos – deben permanecer a salvo de posibles imputaciones⁵. Y ello porque el delito que se haya podido cometer deberá entenderse que es fruto de una actuación individual que ha pasado por encima de aquello a lo que el Protocolo obliga. Siempre, claro está, que estemos ante Protocolos realizados específicamente para la Empresa, una vez analizados los riesgos concretos de comisión delictiva y sin que puedan tener virtualidad alguna meras pautas o códigos de conducta generalistas: los meros formalismos a que alude la Fiscalía⁶.

Los Protocolos, desde la óptica de lo que debe ser un Derecho penal preventivo, sea cual sea la denominación que se les dé – y aunque no sean lo mismo, como se decía, que meros Manuales de comportamiento – han de tener por objeto, en primer lugar, la búsqueda de un patrón de conducta dentro de la Empresa, desde el cumplimiento normativo y dentro de una estructura que procure la ausencia de defectos de organización.

Han de tratar de mostrar que por parte de la persona jurídica se ha adoptado e implementado un modelo de organización, gestión y control idóneo para la prevención de delitos – cualesquiera de posible comisión dentro de su normal funcionamiento –, lo que demostrará su compromiso con el respeto a la normativa penal y garantizará la ausencia de cualquier atisbo de voluntariedad

⁴ Así, por ejemplo, BACIGALUPO SAGGESE, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP)”, *La Ley*, 2011, nº 7541, p. 4 señala que debe excluirse la culpabilidad de la persona jurídica cuando hay un programa de cumplimiento adecuado que demuestre que la persona jurídica ha cumplido con el deber de cuidado exigido para evitar los riesgos penales; también, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: hacia una nueva regulación de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *La Ley*, 2010, nº 7534, p. 10; u ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*)”, GOÑI SEIN, J.L. (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 129 y ss.; no comparte esta opinión, sin embargo, como antes se decía, DEL ROSAL BLASCO, “Responsabilidad”, cit., pp. 4 y ss; tampoco DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, nº 1, p. 28; o QUINTERO OLIVARES, G. “Artículo 31 bis”, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 373, que consideran que en la actual regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas establecida en el ordenamiento español el único efecto que pueden tener los programas de cumplimiento es el de atenuante establecido en el artículo 31 bis 4 d) del Código Penal.

⁵ En contra, ROBLES PLANAS, R., “El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, nº 2, pp. 7 y ss.

⁶ Considera también URRUELA MORA, A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2010, nº XXXII, pp. 439 y ss. que dado que la aplicación de estos protocolos con posterioridad a la comisión del delito sirve para atenuar, la implementación, previamente a la comisión del delito, cuando no se trate de meros formalismos para evitar la sanción penal, debe suponer una causa de exención de la responsabilidad penal.

o incluso de imprudencia en la comisión de posibles hechos delictivos en su seno⁷; ello como exigencia, más allá de lo que hasta ahora ha previsto el todavía vigente artículo 31 bis 4. d) del Código Penal, de lo que implican los artículos 1, 5, 10 y concordantes del texto punitivo español y con la imposibilidad de trasladar una responsabilidad penal a la empresa por hechos ajenos desde criterios objetivistas contrarios a lo que es nuestro Derecho Penal actual⁸.

Y, en todo caso, más allá del cumplimiento normativo, la empresa ha de adquirir (adquiere, de hecho) con Protocolos de este tenor, desde su posición privilegiada de garante del comportamiento de sus empleados, un compromiso social vinculado a un concepto de ética empresarial en la que el beneficio de la actividad queda supeditado a un desarrollo social (individual y colectivo) en el que la máxima sea la del máximo respeto a intereses ajenos merecedores de tutela legal y, específicamente, penal.

El Borrador de nuevo Código Procesal Penal, manejado por la Comisión que todavía trabaja en él (que no se sabe si acabará finalmente en Anteproyecto o Proyecto de reforma de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal española), cuando regula la personación de la persona jurídica en el procedimiento en el que pueda estar implicada, alude al “director de control interno de la entidad” como representante procesal de la misma, lo que parece apuntar en esa misma dirección.

Y, de modo más específico y concreto, cuando se escriben estas líneas está tramitándose en el Congreso español de los Diputados desde el 24 de septiembre de 2013, ya en el Pleno de la Cámara, un Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica nuestro vigente Código Penal con importantes reformas en esta materia, siguiendo claramente la regulación italiana contenida en el artículo 6 del Decreto legislativo 8, 2001, n° 231.

No se reforma el texto del vigente art. 31 bis 4 d), cuyo texto se traslada, sin variación alguna en su tenor literal, al nuevo art. 31 quáter d), que es el que se ocupa de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

Pero, tras las reflexiones de la doctrina, las incertidumbres que genera el texto surgido en 2010 y los silencios de la Jurisprudencia, el legislador ha entendido necesario precisar el alcance que pueden tener los Protocolos de cara a una posible exención de responsabilidad penal.

Así, dirá el legislador en la Exposición de Motivos del texto presentando en el Congreso:

“Se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L. O. 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del ‘debido control’, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.”

¿Qué pretende decirse con esta breve fundamentación que se da a la Reforma en esta materia? Básicamente que la persona jurídica responderá cuando no actúe correctamente, o lo que es lo mismo, cuando no “controle” lo que hacen sus empleados, desde una perspectiva en la que se le hará responder por lo que ella hace (o deja de hacer), y no sólo por lo que otros hagan. Viene a asumir explícitamente, lo que a mí – y a pesar de opiniones contrarias – me parecía obvio, ya en 2010, atendiendo los principios básicos del Derecho Penal: una responsabilidad por los propios hechos.

Desde esta perspectiva, junto a la atenuación de responsabilidad, que mantiene como antes indicaba, señala, en lo que será el nuevo art. 31 bis 2., que la persona jurídica quedará “*exenta de responsabilidad*” cuando “*1ª) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control*

⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de reforma del Código Penal”, *Cuadernos penales José María Lidón*, 2009, n° 6, p. 208, señala expresamente que la imputación por defecto de organización admite las formas dolosa e imprudente.

⁸ Debería entenderse en este sentido, en mi opinión, que la culpabilidad de la persona jurídica se fundamentará no en el hecho ajeno del individuo sino en la “culpabilidad de organización” que propusiera TIEDEMANN. Así, por ejemplo, en TIEDEMANN, K., *Temas de Derecho Penal económico y ambiental*, Idemsa, Lima, 1999, pp. 217 y ss. En la misma línea, aunque sin excluir la existencia de una filosofía de empresa que favorece las actitudes delictivas en la misma, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 240 y ss.; en contra. ROBLES PLANAS, R., “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, n° 2, pp. 15 y ss.

idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza". Cómo recuerda esta redacción la del artículo 6 italiano, que en su número 1 letra a) indica que la entidad no responde: "*si el órgano dirigente ha adoptado e implementado eficazmente, antes de la comisión del hecho criminal, modelos de organización y gestión idóneos para prevenir delitos de la misma especie que el cometido*".

El legislador establece ya claramente, por tanto, la ausencia de responsabilidad penal con la adopción de Protocolos de prevención de delito

Es cierto que él alude a una "exención de responsabilidad"; pero, entiendo que esta exención no debería interpretarse al modo de las habituales causas de exclusión de responsabilidad por ausencia de, quizás, culpabilidad, sino, como ausencia de hecho injusto por faltar el título de imputación, doloso o imprudente, que genere su responsabilidad.

Es cierto también que utiliza la expresión "modelos de organización y gestión", al modo italiano; pero, al exigir que sean idóneos para prevenir delitos viene a dotar a los mismos de un contenido que puede ser más amplio pero que tiene que incluir aquello de lo que se ocupan los citados Protocolos. En todo caso, el término Protocolo parecería más apropiado en cuanto no se trata de aconsejar o proponer cómo actuar en el seno de la Empresa, sino de crear procedimientos obligatorios no sujetos a la discrecionalidad del empleado.

No podía ser de otra manera. La demanda de la doctrina era absolutamente mayoritaria a este respecto. No a la responsabilidad objetiva de la persona jurídica, sin permitirle demostrar que ha sido todo lo diligente que podía ser.

La Reforma exigirá como requisitos añadidos que permitan rechazar la responsabilidad, en el propio art. 31 bis 2., los siguientes:

"2ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control [en el nº 3 del art. admitirá que en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones las funciones de supervisión sean asumidas directamente por el propio órgano de administración];

3ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención [aquí no habla de gestión], y;

4ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano [...]".

De nuevo la similitud con lo que regula el Decreto italiano en el artículo 1 letras b) –en relación con los artículos 4 y 4-Bis –, c) y d) es evidente. Más aún, es una traslación prácticamente literal de lo que en ellas se dice.

También a ello se refería ya la doctrina⁹. En definitiva, protocolos eficaces, implementados con diligencia por un órgano independiente, que permitan comportamientos delictivos sólo cuando se actúe individualmente eludiendo lo que en ellos se establece.

¿Obligatorios? El texto de la Reforma no lo exige en el art. 31 bis. Pero crea un nuevo art. 286 bis, incluido dentro de la rúbrica "Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas", con la siguiente redacción:

"1. Será castigado con pena de [...] el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control [...]".

Esto es, que los Protocolos no son obligatorios, pero que, al margen de que su ausencia haga difícil (no imposible) evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica (habría de explicarse por qué se pudo cometer el delito y por qué no se adoptaron mecanismos que impidieran su comisión), lo que su ausencia sí implica es una responsabilidad automática para quien, teniendo la capacidad de adoptarlos, no lo ha hecho. Ésta es (además de otras) una de las consecuencias del nuevo precepto.

⁹ Por todos, con referencias, DE LA MATA BARRANCO, N.J./BILBAO LORENTE, M./ALGORTA BORDA, M., "La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo", *La Ley Penal*, 2011, nº 8, p. 9.

2.

Contenido de los protocolos de prevención de delitos.

Una vez afirmada la conveniencia de adoptar un Protocolo (necesidad, insisto, salvo que se encuentre otro mejor medio para garantizar la ausencia de comportamientos delictivos, difícil de imaginar, aunque ello, como se ha dicho – y en el sentido de lo que apuntaba la Fiscalía – no quiere decir que cuando no exista el mismo quepa siempre y en todo caso afirmar la existencia de responsabilidad “de la persona jurídica”), surge el problema de concretar qué forma y qué contenido habrá de darse al mismo¹⁰.

El texto surgido en 2010 no concreta cómo deben ser esas “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos” de posible comisión en el seno empresarial. Tampoco lo hace el texto de 2013 ni en el art. 31 quáter d) ni en el art. 31 bis) 2., donde sólo habla de “medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos”. Sí establece, sin embargo, en el apartado 5 de este artículo, qué requisitos mínimos deben tener los “modelos de organización y gestión” en los que han de incluirse las “medidas de vigilancia y control”. De nuevo, siguiendo el referente italiano, cuyas cinco exigencias, recogidas en el artículo 2, letras a) a e) se trasladan a los cinco números del texto del Proyecto español: identificación de actividades empresariales con riesgo de delito, establecimiento de procedimientos de adopción y ejecución de decisiones en relación a las mismas, concreción de modelos de gestión financiera adecuados para prevenir delitos, imposición de la obligación de comunicar riesgos o incumplimientos detectados y establecimiento de un procedimiento disciplinario.

Ya de entrada, dejaba claro la Fiscalía que la virtualidad atenuante de los Protocolos debería bascular sobre su aplicación efectiva, no teniendo, por lo tanto, relevancia alguna el documento elaborado como mero formalismo, pero de nulo seguimiento, o incluso desconocido por el personal de la Empresa¹¹. Esto es evidente.

Parece claro también que un Protocolo de prevención de delitos no puede asemejarse a los Manuales elaborados en el ámbito de la Seguridad y salud en el trabajo (Planes de prevención) o a los Manuales de gestión que imponen determinadas normas de calidad (ambiental o de otra clase).

Lo que habrá de contener, básicamente, es un procedimiento de actuación en el seno de la persona jurídica que permita evitar, desde una prevención efectiva, cualquier posibilidad de actuación delictiva si se respeta el contenido del Protocolo, así como los mecanismos que permitan controlar dicha actuación y las sanciones a imponer en caso de desviaciones individuales; esto es lo que garantizará un auténtico compromiso de la persona jurídica con la legislación penal¹².

De modo sintético, y sin perjuicio de otros posibles modos de proceder, el Protocolo, en el sentido de lo que indica el modelo italiano, debiera contener, al menos¹³:

A) Un análisis previo de la estructura de la persona jurídica, de sus relaciones interpersonales e interdepartamentales, que observe la distribución de competencias y funciones existente y el régimen de controles habidos para garantizar el correcto desempeño de las mismas. Sólo el análisis de esta estructura permitirá detectar lagunas, duplicidades o fisuras que, dentro de cada ámbito delictivo, puedan existir de cara a garantizar un correcto control de cada decisión y de cada conducta de los directivos o empleados y a evitar (claro está, al margen de actuaciones puntuales que

¹⁰ CLEMENTE CASAS, I./ÁLVAREZ FEIJOO, M. “¿Sirve de algo un programa de *Compliance* penal? ¿y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 2011, nº 28, pp. 41 y ss., afirman que lo ideal sería que se regulase cómo debe ser ese programa de cumplimiento y mencionan que esta regulación podría venir de la mano de una Instrucción de la Fiscalía General del Estado, de un Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo o a través de un protocolo interinstitucional suscrito por los principales operadores involucrados y señalan, en este sentido al Ministerio de Justicia, Fiscalía General, Consejo del Poder Judicial, Confederación de Organizaciones Empresariales o Consejo General de la Abogacía.

¹¹ Así, también MOLINA MANSILLA, M.C./MOLINA MANSILLA, L., “El segundo título de imputación de la responsabilidad criminal de la persona jurídica”, *La Ley Penal*, 2013, nº 100, p. 63.

¹² Extensamente sobre la necesidad y características de los sistemas de control interno NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 248 y ss.

¹³ Véase el contenido mínimo que sugieren GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La responsabilidad”, cit., p. 10, para estos Protocolos; o BACHMAIER WINTER, “Responsabilidad”, cit., pp. 2 y ss. Señala NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 2008, nº 5, p. 16, que el contenido de los mismos habrá de ser sustancialmente idéntico al de los sistemas de autorregulación que existen en la legislación administrativa europea.

escapen a toda posibilidad de control) posibles actuaciones delictivas¹⁴.

Escuetamente exige a este respecto la Reforma de 2013 en el citado art. 31 bis) 5: “[*Los modelos de organización y gestión...*] 2. *Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos [...]*”.

No se trata de favorecer criterios que permitan concretar responsabilidades penales individuales en estructuras organizadas de poder (aunque pueda a ayudar a ello en determinada clase de delitos, por ejemplo, omisivos), sino de plasmar árboles de distribución de funciones donde pueda quedar claro las competencias de cada actor individual, los márgenes de su capacidad de decisión y el ámbito concreto de su quehacer diario.

B) Será necesario también establecer lo que es en sí un Código de conducta empresarial¹⁵, plasmado en un documento (a modo de *compliance program*) que establezca con claridad y precisión las conductas obligadas y prohibidas en todo ámbito de actuación¹⁶, con especial atención, al menos, a los siguientes:

- relaciones con la Administración Pública;
- relaciones con la Administración de Justicia;
- contribuciones y patrocinio;
- relaciones con los acreedores, con los clientes, consumidores, proveedores y colaboradores externos
- obligaciones societarias en cuanto a la transparencia de la contabilidad e información de los órganos societarios, conflictos de intereses, operaciones sobre el capital, votaciones en la Junta General o en la Asamblea, obligaciones de los Consejeros, etc.;
- recursos humanos en todo lo referente a selección, planes de igualdad, acoso sexual y por razón de sexo, acoso laboral, condiciones laborales, formación, interacción adecuada, reconocimiento y oportunidades, conflictos de intereses, protección de la intimidad, tutela de la privacidad, disposiciones en materia de inmigración ilegal, etc.;
- disposiciones en materia de falsificación de billetes, moneda, tarjetas de crédito, sellos y efectos timbrados;
- disposiciones en materia de gestión de dinero, bienes y otros activos;
- disposiciones en relación con los delitos ambientales;
- disposiciones en relación con los delitos relativos a la ordenación del territorio;
- disposiciones en materia de seguridad y salud laboral;
- disposiciones en materia de gestión de riesgos;
- disposiciones en relación con la posesión de material pornográfico;
- disposiciones en relación con aspectos informáticos;
- relaciones con la prensa y los medios de comunicación;
- utilización de los bienes empresariales;
- protección del secreto empresarial.

En definitiva, se trata de dar a conocer aquellas conductas susceptibles de constituir un ilícito penal y que por tanto la persona jurídica que esté detrás de cada Empresa no puede tolerar, partiendo del hecho, indubitado, de que quienes trabajan en ella, aun con cargos de responsabilidad, pueden no ser conscientes del contenido de muchas de ellas; máxime con la proliferación de conductas punibles omisivas e imprudentes y con la creciente incorporación al Código Penal de comportamientos hasta fechas recientes atípicos: así, por señalar un ejemplo, en ámbitos como el de la corrupción privada, muy próximo a prácticas comerciales habituales y no interiorizadas por miembros de muchas Empresas, aún, como delictivas¹⁷.

La Reforma de 2013 indicará en el art. 31 bis 5., también escuetamente: “[...] 1. *Identifi-*

¹⁴ Sobre el análisis de esta estructura y de los riesgos penales en la empresa CLEMENTE CASAS/ÁLVAREZ FEIJOO, “¿Sirve de algo”, cit., pp. 45 y ss.; o GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./JUANES PECES, Á., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, *La Ley*, 2010, nº 7501, p. 5.

¹⁵ En referencia a la importancia de los códigos de conducta, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad*, cit., pp. 242 y ss.

¹⁶ Así lo señala NIETO MARTÍN, “Responsabilidad”, cit., pp. 5 y ss.

¹⁷ Insisten CLEMENTE CASAS/ÁLVAREZ FEIJOO, “¿Sirve de algo”, cit., pp. 46 y ss., en la importancia de formar en la prevención de los delitos a los administradores, representantes y empleados de la persona jurídica.

carán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos [...]”.

C) Habrá, por supuesto, que crear un procedimiento de implementación, divulgación y control, con el nombramiento de un encargado o instructor de cumplimiento; de un “director de control interno”, si se prefiere, como se establece en el Borrador de Código Procesal Penal aludido; o del órgano autónomo a que alude el Proyecto de 2013¹⁸.

Como antes se señalaba, es evidente que el hecho de que la empresa se dote de un Código de conducta puede no resultar suficiente, en cuanto el mismo sea un mero formulismo que declare una intención en relación con la que en realidad no se tenga mucho empeño si no se adoptan, además, los mecanismos adecuados de implementación, divulgación y control de su efectivo cumplimiento¹⁹.

En relación con la divulgación, habrán de arbitrarse mecanismos para que cada contratante con la Empresa sea consciente de sus compromisos, los entienda y los asuma. En este sentido, y específicamente, debe explicarse que el cumplimiento de las disposiciones del Código de conducta es parte esencial de las obligaciones contractuales de los empleados de la empresa y que su quebrantamiento habrá de ser considerado un incumplimiento de las obligaciones fundamentales de las relaciones laborales y, en consecuencia, falta disciplinaria, con las consecuencias legales que ello implica. Asimismo, debe explicarse en cada contrato firmado con proveedores, suministradores, representantes, etc., la posibilidad de nulidad contractual de omitirse las obligaciones asumidas.

Para ello es importante el nombramiento formal y documentado de ese “encargado del cumplimiento” (“*compliance officer*” o, incluso, “*whistleblower*”) individual o colectivo, específico o dentro de un Departamento ya existente – eso sí, con carácter autónomo –, que será, cualquiera que sea la denominación que adopte, el órgano – unipersonal o colectivo – que controle y denuncie los comportamientos irregulares dentro de la empresa y a quien puedan acudir los miembros de la organización que tuvieran dudas respecto a actividades cuestionables o que sean conscientes de comportamientos irregulares²⁰.

Los modelos de organización, dirá la Reforma de 2013 en el mismo art. 31 bis 5: “[...] 4. *Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención [...]”.*

Señala también la Reforma que: “[...] 3. *Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos [...]”.* Efectivamente, no basta con crear la Institución, hay que ser capaces de generar los mecanismos para que la misma sea efectiva, dotándola de medios financieros adecuados y atendiendo sus recomendaciones en cuanto a la necesidad de que en los diferentes sectores de la Empresa implicados se creen los recursos que permitan desarrollar la actividad empresarial de modo lícito.

D) Finalmente, es imprescindible la concreción de un procedimiento disciplinario cuyos destinatarios sean todas las personas obligadas por el Protocolo, que, al margen de la responsabilidad penal que pueda existir y que la propia persona jurídica habrá de denunciar, establezca con claridad las sanciones aplicables a quienes quiebren su contenido²¹. Así también se establece en el apartado 5 del artículo anteriormente citado.

Todo ello teniendo en cuenta, claro, que hablamos de Protocolos vivos, que necesitarán revisiones periódicas, según vaya variando la legislación penal (y de complemento) relevante, según se vayan observando deficiencias en la gestión, según se vayan ideando posibilidades de mejora en el sistema de control y supervisión.

¹⁸ Sobre las posibles funciones de este encargado de cumplimiento en función el tamaño de la empresa véase CLEMENTE CASAS/ÁLVAREZ FEIJOO, “¿Sirve de algo”, cit., pp. 44 y ss.

¹⁹ BACIGALUPO SAGGESE, “Los criterios”, cit., p. 4, hace especial hincapié en la importancia de la supervisión.

²⁰ Véase BACHMAIER WINTER, “Responsabilidad”, cit., p. 4; o NIETO MARTÍN, en *La responsabilidad*, cit., pp. 254 y ss.

²¹ También consideran necesario este sistema de infracciones y sanciones en el seno de la empresa, además de incentivos pro cumplimiento, BACHMAIER WINTER, “Responsabilidad”, cit., p. 3; o CLEMENTE CASAS/ÁLVAREZ FEIJOO, “¿Sirve de algo”, cit., pp. 46 y ss., entre otros.

3. Alcance y ámbito de aplicación de los protocolos de prevención de delitos.

¿Quiénes deben ser las personas obligadas por los Protocolos? ¿los empleados de la Empresa? ¿también sus directivos? ¿y el personal externo? Resulta obvio que cuantas más personas se vean implicadas en el cumplimiento de los Protocolos mayor alcance tendrán y más eficacia adquirirán de cara a su finalidad (ni única ni principal, en cuanto de lo que se trata es de prevenir delitos) de exoneración o, en su caso, atenuación de responsabilidad penal.

Es indudable que deberán quedar obligadas por los mismos, en primer término, las personas físicas con capacidad para generar directamente una responsabilidad penal en la persona jurídica: así, representantes legales y personas con capacidad para tomar decisiones dentro de la Empresa o con facultades de organización o de control²². Sin un comportamiento incorrecto de éstas, activo u omisivo, la responsabilidad de la persona jurídica no será posible.

Pero, un Protocolo realmente efectivo será aquél que vincule en su directrices no sólo a estas personas que desempeñan funciones de representación, de administración o de dirección en la Empresa, ya de hecho, ya de derecho (socios, componentes de órganos de gestión, gerentes, directores, responsables de área), sino también a las personas sometidas a la dirección o supervisión de las anteriores (empleados) e incluso a las personas que operen con la Sociedad en base a una relación contractual (asesores externos, clientes, proveedores, prestadores de servicios).

Esta amplia implicación permitiría cumplir un doble objetivo:

En primer lugar, imprimir en todos aquéllos que actúan en nombre o por cuenta de la persona jurídica la conciencia de que ha de cumplirse el mandato derivado de la norma penal en todas sus dimensiones y en todo tipo de relaciones que se establezcan desde la Empresa.

En segundo lugar, informar a todos aquéllos que se relacionan con la Empresa que es consustancial a su gestión el cumplimiento normativo, un cumplimiento que de no asumirse le hace desistir de cualquier tipo de relación, laboral o contractual.

No es que comportamientos delictivos de personas ajenas a la Empresa vayan a conllevar responsabilidad para la persona jurídica que está detrás de ésta, en cuanto ello exigiría o capacidad de representación o relación jerárquica con quien la tenga, pero sólo un ámbito de aplicación completo puede garantizar un auténtico cumplimiento normativo y evita dudas en el proceder del empleado, primar una libertad de competencia real, sin trucos ni desviaciones ilícitas que favorezcan posiciones preeminentes en el mercado y evitar flecos, lagunas, aristas que creen situaciones de riesgo en que pueda ser más fácil sucumbir a la tentación delictiva retribuida económicamente.

4. La delimitación competencial como cuestión clave en la elaboración de los protocolos de prevención de delitos.

Dado que la responsabilidad penal de la persona jurídica deriva de actuaciones de personas físicas incluidas en su organización, es necesario que el Protocolo analice, como antes se decía, el modelo organizativo de la misma y la estructura que en ella existe en cuanto se refiere a la delegación de funciones. Ello será lo que permita comprobar, en muchos casos, si el incumplimiento de deberes que exige toda pretensión de atribuir una responsabilidad omisiva a cualquier sujeto (en este caso, corporativo), efectivamente se ha producido por déficits de organización.

Se trata de conocer si los ámbitos competenciales están razonablemente establecidos, perfectamente delimitados (con conocimiento preciso de dónde empiezan y dónde acaban las responsabilidades de cada sujeto), desempeñados, por otra parte, por personas capaces, dotadas de los medios necesarios y, finalmente, con identificación de cuáles son los mecanismos de control de quienes los desempeñan²³. Y ahora ya no sólo para delimitar responsabilidades individuales, que también, sino de la propia entidad jurídica.

Es evidente que es imposible evitar comportamientos individuales contrarios a la ley de quien tiene atribuidas determinadas funciones dentro de la empresa si la persona en cuestión quiere

²² DE LA MATA BARRANCO/BILBAO LORENTE/ALGORTA BORDA, "La atribución", cit., p.12.

²³ Véase MAGRO SERVET, V., "Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales", *La Ley Penal*, 2011, nº 87, pp. 22 y ss.

realmente llevarlos a cabo y, por supuesto, está dotado de poderes suficientes como para ejercitarlos de manera autónoma. Pero, ello no impide que la persona jurídica deba tener perfectamente establecido en su organigrama dónde empiezan y terminan las delegaciones, cuál es su contenido y control y de qué modo cada actuación individual puede estar razonablemente sometida a una supervisión del Ente²⁴. Cuando la persona individual se extralimite en sus funciones, contra el mandato de la persona jurídica (y llevando a cabo un comportamiento delictivo), no será posible exigencia de responsabilidad alguna al Ente, pero ha de quedar clara esa extralimitación.

Téngase en cuenta que el objetivo de un Protocolo, al margen de cuestiones de información y de desarrollo de prácticas de buena conducta que han de interiorizar los sometidos al mismo, ha de garantizar, y ésta va a ser su trascendencia, la exclusión de responsabilidad por omisión y que cuando se pretende ésta de algún modo se asigna a la persona jurídica una posición de garante, que no debe conducir a la exigencia de responsabilidad alguna si no existe voluntariedad (o imprudencia, de admitirse que ello es posible, a pesar de los silencios legales) en labores “*in eligendo*”, “*in vigilando*”, etc.²⁵

En este sentido, no existe base legal que permita negar que la pretensión de exigencia de responsabilidad a la persona jurídica por lo que no hizo o no hizo bien no deba seguir los mismos cauces que se vienen manteniendo para la persona física²⁶.

Va a ser este sistema de delegaciones, de correcta distribución competencial, de establecimiento de controles suficientes, etc., el que, de estar bien realizado, permita una exoneración de responsabilidad de la persona jurídica y, en su caso, una traslación de la misma a quien (con independencia de la responsabilidad directa del autor del comportamiento delictivo) tenga el cometido de que la conducta ilícita no se produzca. Siempre que en él quede claro lo que puede y no puede hacerse y el nivel de autonomía que en toda ejecución de funciones ha de tener quien actúa (a quien se ha de dotar de los medios adecuados para que pueda hacerlo, pues en caso contrario la auténtica capacidad de decisión no será patrimonio suyo, sino de quien delega y, en su caso, de la propia persona jurídica).

Pero, todo esto no es nuevo. Es simplemente trasladar los criterios de atribución de responsabilidad en estructuras complejas (por comportamientos omisivos) al análisis de la responsabilidad de la persona jurídica en sí, a la que le incumbirá asegurarse de que existen los mecanismos adecuados para que cada individuo dentro de ella (aun de modo autónomo) lleve una actuación que se adecúe a los parámetros empresariales definidos programáticamente.

Evidentemente, y como antes se apuntaba, un régimen exhaustivo de control llevado a su máxima expresión, como pareciera querer exigir el Código Penal en su artículo 31 bis, es inasumible, por cuanto impediría el día a día operativo de cada Empresa²⁷. De lo que se trata es de establecer controles razonables que sean los que garanticen que si el sujeto individual delinque (dolosa o imprudentemente) sea porque, de alguna manera, se ha saltado lo que los mismos implican. Eso es lo que debiera garantizar la exención de responsabilidad empresarial²⁸.

Y si un mando intermedio está permitiendo en la actualidad, a modo de “cortafuegos”, excluir responsabilidades en cascada “hacia arriba”, siempre que las competencias sean reales y se tenga autonomía en la toma de decisiones, lo cual es lógico desde el axioma de la responsabilidad por los propios hechos, ¿por qué no ha de servir el mismo criterio para eliminar cualquier atisbo de responsabilidad de la persona jurídica si el organigrama competencial y las líneas directrices de actuación en cuanto a los objetivos de la Empresa están perfectamente definidos y no conllevan riesgo delictivo alguno?

Y, en sentido inverso, un Protocolo inexistente, incorrectamente establecido o desarrollado, o

²⁴ Destaca en este mismo sentido BACHMAIER WINTER, “Responsabilidad”, cit., p. 3, la importancia de determinar bien la estructura organizativa subrayando que ésta constituye el fundamento y presupuesto para la aplicación eficaz de un sistema de control y gestión para prevenir la comisión de delitos en su seno.

²⁵ También CARDONA TORRES, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *La Ley*, 2011, nº 7699, p. 5, insiste en la importancia de la aplicación de estos Protocolos para excluir la culpa *in vigilando* de la persona jurídica.

²⁶ Así, DÍAZ GÓMEZ, A., “Modelo de responsabilidad criminal de personas jurídicas tras LO 5/2010”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, nº 13-08, pp. 24 y ss.

²⁷ No obstante, lo que sí debe tenerse en cuenta, como señala BARBERO BAJO, J., “Acusación y defensa de las personas jurídicas tras la reforma penal”, *Lex Nova*, 2011, nº 63, p. 31, es que cuanto más protocolarizado y regulado esté el programa de cumplimiento corporativo, más posibilidades habrá de evitar la sanción a la persona jurídica.

²⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “La obligada reforma del sistema penal español para implantar un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *Revista General de Derecho Procesal*, 2011, nº 24, pp. 14 y ss., afirma que lo que se pide es la adopción de unos protocolos de prevención adecuados y su correcta implementación como medio de control.

insuficientemente implementado, ¿cómo no va a permitir una imputación a la persona jurídica, ajena a lo que es el cumplimiento de la normativa penal, pero que conoce los riesgos de actuación delictiva de su personal? Y, en determinados casos, ¿por qué no va a favorecer una exoneración de responsabilidad del sujeto individual cuando se constate que éste actuó como se le encomendó o como se le toleró y sin conocimiento o voluntad delictiva ni específicos deberes de cuidado – propios de otros – que atender en el ejercicio de sus funciones?

5.

Síntesis.

A pesar de que el artículo 31 bis surgido con la Reforma de 2010 del Código penal español sólo contemplaba que el “[...] 4. [...] d) haber establecido [...] medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos” pudiera ser causa de atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando las mismas se adopten tras la comisión del delito por el que se le enjuicia, qué duda cabe que adoptadas las mismas antes de dicha comisión deben permitir, ya hoy en día, la exclusión de dicha responsabilidad; simplemente por ausencia de injusto típico²⁹. Así lo ha entendido también el legislador en 2013 con la previsión, a la espera de confirmación en ley de lo que ahora es todavía Proyecto, del nuevo art. 31 bis 2.

Al margen de que pueda existir otro modo de probar la diligencia empresarial, el Protocolo de prevención de delitos, en el sentido explicado, lo que permite es demostrar la existencia de tales medidas (aunque, por la razón que sea – normalmente una actuación individual que prescinde de su cumplimiento – en el caso concreto no hayan sido “eficaces” en el sentido de poder evitar el delito) y, con ello, la posibilidad de control en relación a lo que puedan hacer quienes actúan bajo el mandato del mismo³⁰. A esto debe limitarse la posibilidad de exigir responsabilidad a la Empresa: a que no haya sido diligente en la adopción y seguimiento de ese “correcto y completo, normativamente hablando” Protocolo.

Pero, teniendo en cuenta que un Protocolo no es una “declaración de intenciones” al modo de un Manual de calidad. Es mucho más: es un instrumento que, implementado, deberá poder garantizar la máxima diligencia dentro de la Empresa a la hora de controlar las conductas de quienes tienen capacidad para obligarle o de quienes actúen bajo el mandato de éstas, atestiguando con ello no ya la ausencia de “dolo” de la persona jurídica (si puede hablarse en estos términos) o de “imprudencia”, sino cualquier dato que permita afirmar que el delito se ha cometido merced a su inoperancia.

Si esto es así, y al mismo tiempo afirmamos – como no puede ser de otra manera en nuestro “moderno, preventivo y motivador” Derecho penal – que no cabe una responsabilidad objetiva³¹, menos aún por hechos ajenos, no será viable que quepa exigirle responsabilidad penal alguna.

Los *Corporate Compliance Programs* (medidas eficaces, modelos de organización y gestión, modelos de organización y prevención, manuales de cumplimiento normativo; mejor, protocolos de prevención de delitos), en Derecho Penal para esto sirven: para demostrar un hacer diligente en todos los procedimientos empresariales con el objetivo prioritario (en términos relativos y al margen de compromisos sociales y morales) de evitar que la persona jurídica pueda cometer, o ser utilizada para cometer, un delito³².

²⁹ De la misma opinión, entre otros, todos ellos con fundamentadas y amplias exposiciones, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, B de F, Buenos Aires, 2010, pp. 489 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, *Revista jurídica de Castilla y León*, 2011, nº 25, pp. 79 y ss., aunque para este autor el defecto de organización tenga que ver con la culpabilidad (ampliamente, GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010); o URRUELA MORA, “La introducción”, cit., pp. 439 y ss. En contra, DEL ROSAL BLASCO, “Responsabilidad”, cit., p. 4 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, “La responsabilidad”, cit., p. 28; o QUINTERO OLIVARES, “Artículo 31 bis”, cit., p. 373, obviamente, todavía sin tomar en consideración la nueva normativa.

³⁰ Véase CHOCLÁN MONTALVO, “Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2009, nº 6, p. 298.

³¹ En este sentido, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de reforma del Código Penal”, pg. 206; MAGRO SERVET, “Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales”, pg. 21, dirá que el artículo 31 bis CP objetiviza la responsabilidad penal de la persona jurídica aunque permitiéndose exoneraciones cuando, mediante los protocolos de cumplimiento, se demuestra que se ha hecho todo lo posible por evitar el daño. Una especie, si puede decirse así, de inversión de la carga de la prueba.

³² Véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración con la administración de la justicia”, pg. 265.