

**PERITAJE EN MATERIA DE COMPLIANCE EN LA APLICACIÓN DE LA  
NORMATIVA RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS  
JURÍDICAS – CASO ESPAÑOL**

Por Enrique de Madrid-Dávila  
enrique@demadriiddavila.com

Miembro del Consejo Directivo del Instituto de Probática y Derecho Probatorio de Esade

Profesor de Investigación Privada, Seguridad y Riesgo Corporativo de la Universitat de  
Barcelona

Consultor Estratégico & Detective Privado

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ¿POR QUÉ PERITAR EN MATERIA DE COMPLIANCE EN RPPJ?
3. ¿QUÉ PERITAR EN MATERIA DE COMPLIANCE EN RPPJ ?
4. ¿QUIÉN ES UN PERITO EN MATERIA DE COMPLIANCE EN RPPJ ?
5. ¿CÓMO PERITAR EN MATERIA DE COMPLIANCE EN RPPJ? – METODOLOGÍA
6. NOTAS FINALES
7. CHECKLIST EN MATERIA DE COMPLIANCE EN RPPJ

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente escrito desarrolla una aproximación al peritaje en materia de *Compliance* en el ámbito de Responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ), acorde con la legislación vigente en España.

El concepto que se deriva de la aplicación normativa de la RPPJ es la obligación por parte de las personas jurídicas a una auto-regulación que se transforme en una serie de medidas de obligado cumplimiento con objeto de prevenir y detectar el delito corporativo. Estas medidas de obligado cumplimiento es lo que en la literatura actual tiende a llamarse programas de *Compliance*.

La aplicación de la normativa de la RPPJ tendrá impacto en las compañías privadas y semi-públicas que puede resultar en importantes y letales penas para las mismas, lo que lógicamente provocará la necesidad de evaluar cuestiones importantes en sede judicial.

En este momento, el concepto de *debido control* que especifica el artículo 31 bis del vigente código penal es el eje clave sobre el que valorar la diligencia de las compañías en la aplicación de la norma. Dicho *debido control* debe ser el resultado emergente de la aplicación de medidas de obligado cumplimiento.

Siguiendo el argumento de la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, una de las cuestiones controvertidas se centra en si las medidas para la prevención y detección del crimen corporativo fueron cosméticas o no. Esto es, que las medidas de prevención y detección de crímenes corporativos no se quedaron únicamente en el detalle de manuales escritos (documentos de descripción de lo que debería ser el programa de compliance) sino que se implementaron en el plano de los hechos. Este último concepto de *implementación en el plano de los hechos* será una cuestión clave en este escrito, en cuanto que la implementación *real* de medidas es uno de los focos fundamentales que puede ser objeto de cuestión judicial en la que un perito experto deba aportar su opinión.

Una de las cuestiones más difíciles a las que se enfrenta este autor es la poca y reciente literatura en España sobre la cuestión, la juventud de la norma en el ordenamiento jurídico que provoca escasos estudios académicos y casi inexistente jurisprudencia, y por ende la situación de transición actual en cuanto que existe un anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma del Código Penal que aporta detalles de clarificación importantes sobre el asunto. Esto obliga a un ejercicio de funambulismo académico y predicción de acontecimientos en algunos apartados de este escrito. Sin embargo intentaré responder en este capítulo a las preguntas de POR QUÉ peritar, QUÉ se perita, QUIÉN es un perito en esta materia, y CÓMO peritar (bajo que metodología, proceso y composición del informe).

## 2. ¿ POR QUÉ PERITAR EN MATERIA DE COMPLIANCE EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE RPPJ ?

La aplicación de la normativa sobre RPPJ en el ordenamiento jurídico español responde al concepto de auto-regulación de las empresas privadas que el legislador entiende preceptivo en tanto que las personas jurídicas están involucradas en un altísimo porcentaje en delitos económicos, bien como herramientas (empresas instrumentales), bien como concebidoras, ( y/o incitadoras, cooperadoras, y permitidoras por acción u omisión) en aras del beneficio

económico en contra de los intereses de clientes, consumidores, propios accionistas, ciudadanos, activos del medio ambiente, gobiernos, estados y demás actores sociales. En definitiva la empresa debe “portarse bien” y “éticamente” con sus vecinos y sociedad de la que se beneficia. Problemas de blanqueo de dinero, criminalidad organizada, terrorismo, destrucción del medio ambiente, corrupción, etc... pueden hacer tambalear la economía, la bolsa, los principios de justicia social y democracia, y otros importantes activos del bienestar colectivo o bien común. Este concepto está íntimamente relacionado con el concepto de Responsabilidad Social Corporativa.

Para el gobierno de la empresa en esta tarea de *portarse bien* y auto-regularse, es decir auto-exigirse un “comportamiento” ético, se articula un proceso través de una declaración de un código de conducta del que emana un programa de acciones a cumplir por todos los directivos y empleados, desde los niveles estratégicos de la empresa (definidores de objetivos) hasta aquellos operativos (acciones físicas).

Las empresas cumplirán o no con los preceptos legales, a tenor de dos grandes categorías. La primera es el incumplimiento intencional, en ocasiones maquillado con la simulación de haber aplicado las medidas que obliga la normativa en RPPJ. La segunda es el incumplimiento por *violación del deber de vigilancia* (en términos del profesor Ulrich Sieber), concepto ligado al término jurídico de *culpa in vigilando*.

Las penas relacionadas con esta materia pueden ser de gran impacto sobre la compañía afectada, que puede llegar incluso a su disolución. La batalla judicial y sus efectos pueden ser de considerables dimensiones cuando potentísimos intereses económicos y en ocasiones políticos estén en juego.

La normativa sobre RPPJ, sobretudo aquella ampliada en el anteproyecto de ley existente a día de hoy, focaliza sobre varios aspectos fundamentales que tienen vital incidencia en relación con eximentes y atenuantes de la responsabilidad. Un ejemplo son las siguientes :

- Como eximente, claramente la prueba de que ha existido el debido control es el *quid* de la cuestión, por lo que la peritación de la aplicación de las medidas exigidas, de las que hablaremos más adelante, será de una importancia suprema. Preguntas como si las medidas eran suficientes o eran cosméticas, es decir, una simulación, deberán ser respondidas en sede judicial. Expertos en esta área serán de gran importancia.
- Como atenuante en la legislación vigente figura haber establecido, antes del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudiesen cometerse por la persona jurídica. De nuevo aquí la peritación de que las medidas eran “eficaces” para prevenir y detectar el delito será un aspecto clave.

Pero estos ejemplos anteriores no son más que aspectos generales de análisis para un perito, que deberá afrontar problemas de gran complejidad técnica. Por ejemplo:

- El anteproyecto de reforma futura del código penal apunta a la posibilidad de que la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad en caso de que el órgano de administración puede probar que ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas. Esta peritación de “modelos” de “organización y gestión” será un gran problema en ausencia de estándares claramente definidos por instituciones u organizaciones de carácter oficial de certificación de los mismos. La complejidad nace de los planos criminológicos implicados en el problema y de los planos de Security/Risk Management corporativo también involucrados (de los que ambos profundizaremos más adelante), ya que el antagonismo representado entre amenazas racionales (empleados criminales) y los protectores de la organización produce un constante dinamismo y alternancia de las situaciones de seguridad e inseguridad (como si de una partida de ajedrez se tratase).

- A modo de ejemplo de la complejidad, el antes mencionado anteproyecto menciona también la posibilidad de que la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad si prueba que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención. Esta puede ser una buena vía de escape para descargar de responsabilidad a la empresa y una línea estratégica de la defensa penal de la persona jurídica afectada. Este autor es profesor, conferenciante y consultor en seguridad corporativa contra el riesgo empresarial en diferentes universidades y centros de formación. Por experiencia un criminal corporativo en cualquier organización con una seguridad estándar no consigue su objetivo si no elude y se amolda, en su comportamiento, a evitar los sistemas de control y prevención. Es condición de lógica *sine qua non*. Hasta un niño que le roba dinero en el monedero a su madre elude la supervisión parental por mínima que ésta sea. Es necesario que sea así. Eso no significa que las medidas de control sean óptimas y se ajusten al estándar mínimo de debido control. Las medidas profesionales de seguridad deben prever también este extremo. Es por lo que en planes de seguridad de excelencia se colocan controles escondidos y/o invisibles al delincuente para detectar “sus” acciones pensadas para evitar la seguridad (lo cual también da una señal de alarma temprana). Una cámara oculta en el cuarto de generación de energía que el delincuente va a sabotear para dejar sin electricidad a las alarmas antes de robar, o a la iluminación de las oficinas, es prueba de ello. No existe el crimen perfecto, sino investigadores (y controladores) imperfectos.

En definitiva la importancia de los valores en juego, la complejidad del campo de conocimiento que implica la RPPJ, y su derivada penal y procesal, abona la expectativa de que en sede judicial en el futuro se necesitará conocimiento experto sobre la materia. Los peritajes serán clave para exonerar, o no, de responsabilidades penales a la empresa u organización.

### 3. ¿ QUÉ SE PERITA EN MATERIA DE COMPLIANCE EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA RPPJ?

El Dr. Ulrich Sieber, director del Instituto Max Planck para el derecho penal extranjero e internacional de la Universidad de Friburgo, define de la siguiente manera los programas de Compliance :

*“Los programas profesionales de Compliance para la prevención de la criminalidad consisten en un conjunto de medidas extrajurídicas efectivas, las cuales son desarrolladas por las empresas afectadas, como actores decisivos en el campo económico, en todos los niveles de prevención. Estas medidas van desde la autoprotección técnica y la eliminación de estructuras criminógenas hasta llegar a la prevención mediante sistemas sancionadores internos de la empresa.”*

Esta definición es una buena aproximación como punto de partida pero está abierta a matizaciones. El autor habla de medidas **extrajurídicas** cuando en mi opinión el término más ajustado es que son medidas **metajurídicas**. No cabe duda que ciertos aspectos del programa de compliance necesita asesoramiento legal, como puede ser el caso del código de conducta que no debe infringir ninguna ley, o como puede ser el caso del régimen sancionador, el cuál está muy relacionado con el derecho laboral.

Cabe distinguir que una cosa es la defensa penal de la persona jurídica cuando se le impute un delito y otra es la intervención en una organización para prevenir y detectar el comportamiento de sujetos potencialmente criminales. Este es un típico caso de confusión del concepto de riesgo (en el que profundizamos más adelante), confundiendo riesgo penal con riesgo de seguridad.

Pero para una mejor clarificación de QUÉ es aquello que será peritado en un programa de Compliance en esta materia, el Dr. Sieber clarifica cuáles son los elementos estructurales de los mismos.....