

---

# La responsabilidad penal de los órganos de cumplimiento y del oficial de cumplimiento

---

PID\_00256221

Juan Antonio Lascuráin Sánchez

**Juan Antonio Lascuráin  
Sánchez**

Primera edición: febrero 2018  
© Juan Antonio Lascuráin Sánchez  
Todos los derechos reservados  
© de esta edición, FUOC, 2018  
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona  
Diseño: Manel Andreu  
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL

*Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita del titular de los derechos.*

## Índice

<b>1. La responsabilidad de los órganos de cumplimiento.....</b>	<b>5</b>
<b>2. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento: salvar al oficial Ryan.....</b>	<b>9</b>
<b>3. Las funciones del oficial de cumplimiento.....</b>	<b>12</b>
<b>4. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento.....</b>	<b>14</b>
4.1. A título de autor .....	14
4.2. A título de partícipe .....	16
<b>5. Conclusión.....</b>	<b>18</b>
<b>6. Resumen.....</b>	<b>19</b>



## 1. La responsabilidad de los órganos de cumplimiento

Esta cuestión es especialmente relevante por lo novedosa. Y es novedosa porque hasta hace poco no existían en nuestras empresas órganos generales de cumplimiento. Es la responsabilidad penal de las personas jurídicas la que ha impulsado la generación de órganos destinados a implantar y a ejercitar el debido control para que no se cometan delitos desde la empresa y a favor de la empresa. Y, como no podía ser de otro modo por razones lógicas y de precaución, su función se está extendiendo en general a la prevención de irregularidades, de cualesquiera contravenciones del ordenamiento jurídico y de las normas internas de la empresa. Estos nuevos órganos han suscitado la cuestión, claro, de un modo muy vívido por los propios afectados, de si van a tener que responder penalmente de aquellos delitos cuando no los eviten.

Según los parámetros expuestos hasta ahora, resultará que un oficial de cumplimiento podrá responder a título de autor por el delito ajeno que no ha impedido si tenía al respecto una posición de garantía y si su actitud subjetiva se corresponde con la exigida por el correspondiente delito: si omitió dolosamente si el delito es de exclusiva comisión dolosa; si su omisión fue descuidada en el supuesto de que se sancione la comisión imprudente.

Para ostentar tal posición de garantía será necesario que se trate de un delegado de la empresa en relación con un deber de garantía de la empresa. Si el oficial no es garante, porque no lo sea la empresa en relación con el delito de que se trate o porque no sea un delegado de la misma, nuestro oficial podrá aún responder penalmente a título de partícipe por un delito de empresa si la infracción de sus deberes específicos de control, pero no de garantía, facilitó la comisión de tal delito. Trataremos después de ello, pero repárese desde ya en que esta responsabilidad exigirá dolo en el oficial y que el delito no se haya ya consumado cuando se produjo la omisión facilitadora.

Para despejar la incógnita principal anterior –si la persona que se dedica al cumplimiento dentro de la empresa tiene por ello una posición de garantía–, habrá que saber a qué se dedica en realidad un oficial de cumplimiento. Esto no va a ser tan fácil: la propia diversidad de denominaciones en castellano de la asentada denominación en inglés, *compliance officer*, es ya un indicio de la diversidad de perfiles de esta incipiente figura en el mundo empresarial español actual: oficial de cumplimiento, responsable de prevención, coordinador de prevención, oficial de ética.

En España se trata de una figura aún poco extendida, pero claramente creciente, sobre todo en empresas grandes y cumplidoras o con afán de serlo, y no siempre perfilada del mismo modo. En la dicotomía entre un perfil ejecutivo de seguridad y un perfil impulsor, asesor y de control de quienes sí tienen de-

beres inmediatos de seguridad –dicotomía que recuerda a la propia de los servicios de prevención de riesgos laborales–, parece que las empresas están optando razonablemente por el segundo. Los oficiales no están siendo configurados como delegados de seguridad, como garantes secundarios por delegación del garante primario. No son los encargados de disponer medidas de prevención de accidentes de trabajo, o de prevención de daños al medio ambiente, o de controlar la calidad de los alimentos o la seguridad de los productos químicos almacenados. Para ello hay ya responsables específicos que, según el tamaño de la empresa, suelen constituirse en nuevos delegantes.

Las labores que se les está asignando a los nuevos órganos de cumplimiento son en parte normativas, de promoción de políticas de empresa y de normas de conducta; en parte de coordinación y supervisión de los distintos responsables de seguridad; en parte de vertebración del procedimiento sancionador interno, como receptores de denuncias de contravenciones al código ético y como instructores de tales denuncias o como promotores de tal instrucción. En las empresas más conscientes de la nueva función y la nueva responsabilidad que comporta el sistema de punición de las personas jurídicas, y bien asesoradas respecto a la conveniencia de no generar innecesariamente nuevos potenciales responsables penales de los delitos de empresa, existe un justificado celo en no insertar al oficial en la cadena de garantía.

En los nuevos reglamentos de prevención tiende a expresarse su función o la de la comisión de prevención con fórmulas del siguiente tenor:

«La Comisión de Prevención es la encargada de coordinar las tareas de los responsables de la prevención de riesgos penales; colaborar con los concretos responsables cuando se detecte una específica necesidad al respecto; supervisar el desarrollo y la mejora de los concretos protocolos de prevención; impulsar la confección de un mapa de riesgos penales; recibir las denuncias por infracción del Código Ético y organizar su investigación».

Si tal fuera el diseño de las funciones del oficial de cumplimiento, lo que nos preguntamos ahora es si su incumplimiento puede significar una contribución al delito de otro y ser castigada como tal, y, ya antes, si alguna de ellas puede ser considerada como una función de garantía que pudiera deparar una responsabilidad a título de autor.

En relación con esto último viene a colación, en primer lugar, la función de supervisión. Recuérdese que cuando un garante primario (el empresario) delega un deber de garantía en uno secundario –que pasa a ser un nuevo garante–, no desaparece el deber del primero, sino que ve transformado su contenido. Lo que tiene ahora que hacer el delegante es vigilar que el delegado haga su tarea y, si no es así, corregirle o sustituirle. Pero puede suceder que a su vez esta función remanente sea delegada, de modo que lo que tiene que hacer el delegante finalmente es supervisar al supervisor de la tarea de seguridad inicialmente delegada.

Nos disculpamos por el trabalenguas resultante con un ejemplo: pudiera ser que el empresario constructor delegue las funciones relativas a la seguridad de los trabajadores en el arquitecto técnico o ingeniero técnico y la supervisión

de este en el servicio de prevención. O puede suceder precisamente que la delegación inicial de las tareas de seguridad medioambiental en el director industrial sea supervisada por el oficial de cumplimiento, que sería así garante secundario con un contenido muy preciso de su deber de garantía.

En tal coyuntura podría entonces suceder que se produzca un vertido típico del artículo 325 CP; que dicho vertido sea imputable a título de autor al trabajador que lo realiza activamente, al director industrial que no desplegó las medidas previstas para evitarlo y que omitió toda vigilancia o todo encargo de vigilancia al respecto, y al oficial de cumplimiento, que renunció a toda supervisión de este.

Cabe también preguntarse, en segundo lugar, si la vocación de garante puede venirle al oficial como un «delegado para delegar». Como buena parte de la función de garantía del administrador va a consistir en delegar y en hacerlo bien, de modo preciso, en personas adecuadas con medios suficientes, y de un modo armónico, en el sentido de que ni queden funciones de seguridad sin cubrir ni se cubran injustificadamente doblemente, cabe preguntarse si lo que en ocasiones se podría pedir al oficial es precisamente esta función de diseño y ejecución de las delegaciones.

El hecho de que fácticamente esto se pueda hacer no significa que esté permitido hacerlo jurídicamente o, mejor, que tenga los efectos pretendidos por el delegante originario. Más bien parece que se trata de una función indelegable sin subvertir el sentido de la posición de garantía primaria, que consiste en controlar los riesgos o hacerlo por delegación, sin que parezca permisible la desresponsabilización que supondría hacerlo por delegación de la delegación. Sí como propongo no cabe instituir al oficial como delegado de delegar, resultará que en esta línea podrá ser a lo sumo asesor para la delegación y como tal, en su caso, un posible partícipe en el delito del delegante. Pero no se considerará un autor omisivo del delito finalmente no evitado.

La tercera posible razón para una posición de garantía del oficial de cumplimiento provendría de su posible función de detección de la peligrosidad excesiva. Forma parte del deber original de garantía, del deber original del empresario, como *prius* lógico del mismo, la del conocimiento del grado de peligrosidad de la actividad y de las demás fuentes de riesgo de la empresa. Ello comporta un análisis de lo que se hace y de la medida en la que el ordenamiento permite hacerlo: se ha de saber tanto que el proceso productivo supone la emisión a la atmósfera de un determinado gas en una determinada cantidad, como si el ordenamiento permite la emisión y, si lo hace, en qué medida lo hace. Han de conocerse los riesgos y la medida del riesgo permitido.

Esta función de conocimiento es una función de garantía que puede delegarse en el delegado ejecutivo de seguridad o que puede escindirse y atribuirse a un órgano especializado (como sucede en ocasiones con el servicio de prevención de riesgos laborales), o que podría recaer en nuestro oficial de cumplimiento.

Hacíamos referencia anteriormente al diseño cauto que usualmente se está haciendo de las funciones del oficial de cumplimiento, ciñéndolas al asesoramiento en materia de riesgos o al impulso del mismo por medio de la realización de mapas de riesgos penales –por ejemplo, por la auditoría interna de la empresa–, a la supervisión de los titulares de deberes secundarios de garantía, o al desarrollo del procedimiento sancionador de las irregularidades, recibiendo o canalizando las denuncias e investigándolas o promoviendo su investigación.

Mientras que, como se ha señalado, las funciones delegadas del oficial consistentes en la supervisión o en la detección de riesgos pueden constituir funciones de garantía, las funciones de detección e investigación de delitos no lo son de garantía. Su incumplimiento solo puede tener un significado contributivo al delito de otro, que para que sea penado requiere su carácter previo a la consumación de tal delito y la conciencia de tal contribución. Esto sucederá significativamente cuando el oficial de cumplimiento investido para tales tareas decida no investigar un delito que se está cometiendo o que se va a cometer y del que tiene conocimiento mediante una denuncia, de una investigación interna rutinaria o de su percepción personal.

**Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 17 de julio de 2009  
(BGH 5 StR 394/08)**

En la famosa sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 17 de julio de 2009 (BGH 5 StR 394/08), se terminó sancionando como cómplice por omisión al director de revisión interna de una empresa de limpiezas de Berlín que en lo concerniente a la determinación de las tasas que se cobraba a los ciudadanos se regía por el derecho público. El condenado toleró que se cobraran tasas superiores a las preceptivas. El tribunal llega a esta correcta conclusión por una senda que consideramos inadecuada y que le lleva a realizar afirmaciones muy controvertidas: que el acusado tenía una posición de garantía por delegación y que tal posición consistía en impedir los delitos que puedan surgir de la empresa por parte de sus miembros.



## 2. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento: salvar al oficial Ryan

David García Ryan acaba de ser nombrado oficial de cumplimiento del grupo empresarial para el que trabaja. En el juego de tarjetas nuevas que le han entregado, su flamante cargo aparece en inglés (*chief compliance officer*), lo que lejos de alimentar su ego, que es lo que absurdamente se pretendía con el cambio de idioma, aumenta, también incomprensiblemente, su inquietud.

Todos lo han felicitado, el consejero delegado le ha invitado a almorzar en su comedor privado, y los abogados externos que han organizado el sistema de prevención penal de la empresa le han recordado el honor que supone su elección, reservada en el Reglamento de prevención penal para un directivo con conocimientos jurídicos y de auditoría, larga experiencia profesional sin tacha y prestigio ético en la compañía. «Un hombre sabio y bueno, David», le han dicho.

Sin embargo, por la noche David no puede dormir. Resulta que ahora va a liderar la implantación y el desarrollo de un sistema organizativo orientado a que no se cometan irregularidades, pero sobre todo a que no se delinca desde la empresa y a favor de la empresa, y no tiene claro que si algo malo pasa no le acabe salpicando penalmente –y en su grupo empresarial, dedicado a la generación de energía en un mercado internacional muy competitivo, ya han tenido problemas penales relacionados con la corrupción, la seguridad de los trabajadores y el medio ambiente.

Teme acabar imputado por el delito que él no haya sido capaz de evitar. Recuerda que en una charla formativa organizada por la empresa un afamado catedrático de derecho penal expuso que se podían cometer delitos por omisión si se estaba emplazado a evitar los delitos de otro, y que ello podía suceder en ciertos casos por la simple negligencia del que no los evitaba. Y, posiblemente porque ya sospechaba que le podía tocar la función que hoy le han asignado y que en tal seminario calificaban jocosamente como «marrón», se le quedó grabado el ejemplo del constructor condenado por homicidio imprudente por no supervisar la labor del jefe de la obra en la que se había producido un accidente mortal (STS 1.329/2001, de 5 de septiembre).

¿Serán acaso tantas palmaditas en la espalda y el nuevo complemento salarial el pago por parar los golpes hacia arriba, por una función de chivo expiatorio?

El presente trabajo pretende disipar las dudas del oficial Ryan: ¿responde penalmente el oficial de cumplimiento de una empresa por los delitos, o por ciertos delitos, que cometan los trabajadores, los directivos o incluso los administradores de la misma?

La respuesta inicial es la tan temida por los ingenieros que administran empresas cuando preguntan a los juristas que asesoran a tales empresas: «Depende». Depende, en primer lugar, de una cuestión que es objeto de discusión doctrinal y que carece de una respuesta jurisprudencial precisa: ¿puede responder penalmente una persona por no evitar el delito que comete otra persona? Si la respuesta es positiva, la misma comportará la delimitación de los requisitos de tal responsabilidad y dejará en el aire una nueva pregunta: ¿por qué título respondería tal omitente: como partícipe del delito del otro o incluso como autor del mismo?

Para alcanzar la salida que busca este artículo, habrá que atravesar una segunda dependencia, que es la relativa a las funciones del oficial de cumplimiento. Porque si le vamos a imputar una responsabilidad omisiva es porque entendemos que tenía un deber de actuación en relación con el delito cometido. ¿Tiene el oficial tal tipo de funciones ejecutivas? Y ya antes, ¿a qué se dedica esta novedosa figura?

El ordenamiento no responde directamente a esta pregunta. No es esta una figura reglada por normas públicas. Y aunque sí lo fuera, resultaría discutible si a los efectos de asignarle responsabilidad penal por el incumplimiento de sus funciones sería determinante la expresión normativa de estas y no la efectiva asunción de las mismas en la organización de la empresa (Lascuráin, 2009).

Dicho de otro modo, de cara a orientar adecuadamente nuestra reflexión, si en la primera parte de este artículo llegamos a la conclusión de que el incumplimiento de ciertas funciones podría irrogar responsabilidad penal al oficial de cumplimiento, habremos de dedicar la segunda parte del mismo a determinar si es el titular de tales funciones.

En relación con el oficial de cumplimiento, y analizando los criterios de responsabilidad individual ya expuestos en módulos anteriores, resultará que el oficial podrá responder a título de autor por el delito ajeno que no ha impedido si tenía al respecto una posición de garantía y si su actitud subjetiva se corresponde con la exigida por el correspondiente delito, es decir, si omitió dolosamente si el delito es de exclusiva comisión dolosa o si su omisión fue descuidada en el supuesto de que se sancione la comisión imprudente. Para ostentar tal posición de garantía será necesario que se trate de un delegado de la empresa en relación con un deber de garantía de la empresa.

#### Referencia bibliográfica

Lascuráin Sánchez (2009). «Seis tesis sobre la autoría en el delito contra la seguridad de los trabajadores». En: VV. AA.; Hortal Ibarra (coord.). *Protección penal de los derechos de los trabajadores* (págs. 220 y s.). Madrid / Montevideo / Buenos Aires: Edisofer y B de F.

Si el oficial no es garante, porque no lo sea la empresa en relación con el delito del que se trate o porque no sea un delegado de la misma, nuestro oficial podrá aún responder penalmente a título de partícipe por un delito de empresa solo si la infracción de sus deberes –de no garantía– facilitó la comisión de tal delito. Trataremos después de ello, pero repárese desde ya que esta responsabilidad exigirá dolo en el oficial y que el delito no se haya consumado ya cuando se produjo la omisión facilitadora.

### 3. Las funciones del oficial de cumplimiento.

Así pues, hemos llegado al momento de saber a qué se dedica en realidad un oficial de cumplimiento como presupuesto de las hipótesis que se acaban de esbozar. Pero no va a ser tan fácil saberlo: la propia diversidad de denominaciones en castellano de la asentada denominación en inglés, *compliance officer*, es ya un indicio de la diversidad de perfiles de esta figura incipiente en el mundo empresarial español actual: oficial de cumplimiento, responsable de prevención, coordinador de prevención, oficial de ética.

Hasta donde sé, se trata en España de una figura aún poco extendida, pero creciente, sobre todo en empresas grandes y cumplidoras o con afán de serlo, y no siempre perfilada del mismo modo, como destaca Dopico Gómez-Aller, quien subraya además que las funciones de cumplimiento pueden estar centralizadas en un órgano o repartidas en varios. En la dicotomía entre un perfil ejecutivo de seguridad y un perfil impulsor, asesor y de control de quienes sí tienen deberes inmediatos de seguridad –dicotomía que recuerda a la propia de los servicios de prevención de riesgos laborales–, creemos que las empresas están optando razonablemente por el segundo.

Los oficiales no están siendo configurados como delegados de seguridad, como garantes secundarios por delegación del garante primario. No son los encargados de disponer medidas de prevención de accidentes de trabajo, o de prevención de daños al medio ambiente, o de controlar la calidad de los alimentos o la seguridad de los productos químicos almacenados. Para ello hay ya responsables específicos que, según el tamaño de la empresa, suelen constituirse en nuevos delegantes.

Las labores que se les está asignando son en parte normativas, de promoción de políticas de empresa y de normas de conducta; en parte de coordinación y supervisión de los distintos responsables de seguridad; en parte de vertebración del procedimiento sancionador interno, como receptores de denuncias de contravenciones al código ético y como instructores de tales denuncias o como promotores de tal instrucción.

En las empresas más conscientes de la nueva función y la nueva responsabilidad que comporta el sistema de punición de las personas jurídicas, y bien asesoradas respecto a la conveniencia de no generar innecesariamente nuevos potenciales responsables penales de los delitos de empresa, existe un justificado celo en no insertar al oficial en la cadena de garantía.

#### Referencia bibliográfica

J. Dopico Gómez-Aller (2013). «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”». En: VV. AA.; Arroyo Zapatero (dir.); Nieto Martín. *El Derecho Penal Económico en la era compliance* (pág. 168). Valencia: Tirant lo Blanch.

En los nuevos reglamentos de prevención, tiende a expresarse su función o la de la comisión de prevención con fórmulas del siguiente tenor:

«La Comisión de Prevención es la encargada de coordinar las tareas de los responsables de la prevención de riesgos penales; colaborar con los concretos responsables cuando se detecte una específica necesidad al respecto; supervisar el desarrollo y la mejora de los concretos protocolos de prevención; impulsar la confección de un mapa de riesgos penales; recibir las denuncias por infracción del Código Ético y organizar su investigación».

## 4. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento

### 4.1. A título de autor

Si tal fuera el diseño de las funciones del oficial de cumplimiento, lo que nos preguntamos ahora es si su incumplimiento puede significar una contribución al delito de otro y ser castigada como tal, y, ya antes, si alguna de ellas puede ser considerada como una función de garantía que pudiera deparar una responsabilidad a título de autor.

1) En relación con esto último viene a colación, en primer lugar, la **función de supervisión**. Recuérdese que cuando un garante primario (el empresario) delega un deber de garantía en uno secundario –que pasa a ser un nuevo garante–, no desaparece el deber del primero, sino que ve transformado su contenido. Lo que tiene ahora que hacer el delegante es vigilar que el delegado haga su tarea y, si no es así, corregirlo o sustituirlo. Pero puede suceder que a su vez esta función remanente sea delegada, de modo que lo que tiene que hacer el delegante finalmente es supervisar al supervisor de la tarea de seguridad inicialmente delegada, y convertir así su deber de supervisión en un deber predominantemente pasivo y reactivo (Dopico Gómez-Aller, 2013, pág. 175).

Nos disculpamos de nuevo por el trabalenguas resultante con un ejemplo: pudiera ser que el empresario constructor delegue las funciones relativas a la seguridad de los trabajadores en el arquitecto técnico o ingeniero técnico y la supervisión de este en el servicio de prevención (Montaner Fernández, 2008, págs. 172 y s.). O puede suceder precisamente que la delegación inicial de las tareas de seguridad medioambiental en el director industrial sean supervisadas por el oficial de cumplimiento, que sería así garante secundario con un contenido muy preciso de su deber de garantía (Robles Planas, 2013).

En tal coyuntura podría entonces suceder que se produzca un vertido típico del artículo 325 CP, y que dicho vertido sea imputable a título de autor al trabajador que lo realiza activamente, al director industrial que no desplegó las medidas previstas para evitarlo y que omitió toda vigilancia o todo encargo de vigilancia al respecto, y al oficial de cumplimiento, que renunció a toda supervisión de este. Robles Planas (2013, pág. 328) coincide en esta solución

#### Delegabilidad del deber remanente de supervisión

Sobre la delegabilidad de este deber remanente de supervisión, Montaner, Bock y Meini consideran que esta delegación del deber de supervisión exonera al delegante de responsabilidad, pues no queda «posición de garante residual alguna en manos del delegante» y porque «resulta ilógico pretender imputar *ad infinitum* un deber de vigilancia».

#### Referencias bibliográficas

- R. Montaner Fernández** (2008). *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental* (págs. 171 y ss.). Barcelona: Atelier.
- D. Bock** (2011). *Criminal Compliance* (pág. 172). Baden-Baden: Nomos.
- I. Meini** (2003). *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados* (págs. 364, 369 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanch.

de responsabilidad del oficial a título de autor, aunque la fundamenta de otro modo: autoría mediata por determinación de un error invencible del órgano directivo.

2) Cabe también preguntarse, en segundo lugar, si la **vocación de garante puede venirle al oficial como un «delegado para delegar»**. Como buena parte de la función de garantía del administrador va a consistir en delegar y en hacerlo bien, de modo preciso, en personas adecuadas con medios suficientes, y de un modo armónico, en el sentido de que ni queden funciones de seguridad sin cubrir ni se cubran injustificadamente doblemente, cabe preguntarse si lo que en ocasiones se podría pedir al oficial es precisamente esta función de diseño y ejecución de las delegaciones.

El hecho de que fácticamente esto se pueda hacer no significa que esté permitido hacerlo jurídicamente o, mejor, que tenga los efectos pretendidos por el delegante originario. Más bien parece que se trata de una función indelegable sin subvertir el sentido de la posición de garantía primaria, que consiste en controlar los riesgos o hacerlo por delegación, sin que parezca permisible la desresponsabilización que supondría hacerlo por delegación de la delegación.

Si, como proponemos, no cabe instituir al oficial como delegado de delegar, resultará que en esta línea podrá ser a lo sumo asesor para la delegación y como tal, en su caso, un posible partícipe en el delito del delegante. Pero no un autor omisivo del delito finalmente no evitado.

3) La tercera posible razón para una posición de garantía del oficial de cumplimiento provendría de su **posible función de detección de la peligrosidad excesiva**. Forma parte del deber original de garantía, del deber original del empresario, como *prius* lógico del mismo, la del conocimiento del grado de peligrosidad de la actividad y de las demás fuentes de riesgo de la empresa. Ello comporta un análisis de lo que se hace y de la medida en la que el ordenamiento permite hacerlo: se ha de saber tanto que el proceso productivo supone la emisión a la atmósfera de un determinado gas en una determinada cantidad, como si el ordenamiento permite la emisión y, si lo hace, en qué medida lo hace. Han de conocerse los riesgos y la medida del riesgo permitido.

Así, Robles Planas (2013, pág. 323), que se refiere al «deber de establecer los mecanismos organizativos adecuados para evitar» o minimizar la existencia de los riesgos típicamente unidos a la actividad empresarial, deber que «implica el de procurarse los conocimientos necesarios sobre aquellos peligros».

### Referencias bibliográficas

R. Robles Planas (2013). «El responsable de cumplimiento –‘compliance officer’– ante el Derecho penal». En: VV. AA.; Silva Sánchez (dir.); Montaner Fernández (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (pág. 325). Barcelona: Atelier.

J. Dopico Gómez-Aller (2013). «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”». En: VV. AA.; Arroyo Zapatero (dir.); Nieto Martín. *El Derecho Penal Económico en la era compliance* (pág. 175). Valencia: Tirant lo Blanch.

### Referencias bibliográficas

Sobre la indelegabilidad de ciertas funciones por parte del órgano de administración de la sociedad, véase I. Meini. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados* (págs. 379 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanch; R. Montaner Fernández. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental* (pág. 93). Barcelona: Atelier.

Esta función de conocimiento es una función de garantía que puede delegarse en el delegado ejecutivo de seguridad o que puede escindir-se y atribuirse a un órgano especializado, como sucede en ocasiones con el servicio de prevención de riesgos laborales, o que podría recaer en nuestro oficial de cumplimiento.

#### 4.2. A título de partícipe

Hacia referencia anteriormente al diseño cauto que usualmente se está haciendo de las funciones del oficial de cumplimiento, ciñéndolas al asesoramiento en materia de riesgos o al impulso del mismo mediante la realización de mapas de riesgos penales –por ejemplo, por la auditoría interna de la empresa–, a la supervisión de los titulares de deberes secundarios de garantía, o al desarrollo del procedimiento sancionador de las irregularidades, recibiendo o canalizando las denuncias e investigándolas o promoviendo su investigación.

Mientras que, como se ha señalado, las funciones delegadas del oficial consistentes en la supervisión o en la detección de riesgos pueden constituir funciones de garantía, las funciones de detección e investigación de delitos no lo son de garantía. Su incumplimiento solo puede tener un significado contributivo al delito de otro, que para que sea penado requiere su carácter previo a la consumación de tal delito y la conciencia de tal contribución. Esto sucederá significativamente cuando el oficial de cumplimiento investido para tales tareas decida no investigar un delito que se está cometiendo o que se va a cometer y del que tiene conocimiento por medio de una denuncia, de una investigación interna rutinaria o de su percepción personal.

#### Omisión de investigar el delito

En el mismo sentido, véase Dopico Gómez-Aller (2013, págs. 182, 184; 2011, pág. 68, n. m. 551). Esta solución coincide en parte con la de Robles Planas (2013, pág. 329): si se trata «de informaciones que el órgano pudo haber obtenido por otras vías o de situaciones de riesgo que habrían de haber sido igualmente advertidas mediante el cumplimiento de los deberes de vigilancia y control residuales y generales que corresponden en todo caso a la dirección de la empresa, la conducta del responsable de cumplimiento habrá de calificarse como de complicidad». También si la información omitida «se refiere a una actividad delictiva cometida por un subordinado [...], de forma que la dirección de la empresa no puede llegar a conocer ni ejercer adecuadamente sus correspondientes facultades de vigilancia y control».

Este fue el supuesto de la famosa sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 17 de julio de 2009<sup>1</sup>. Se terminó sancionando como cómplice por omisión al director de revisión interna de una empresa de limpiezas de Berlín que en lo concerniente a la determinación de las tasas que se cobraba a los ciudadanos se regía por el derecho público. El condenado toleró que se cobraran tasas superiores a las preceptivas. El tribunal llega a esta correcta conclusión por una senda que considero inadecuada y que le lleva a realizar afirmaciones

#### Consumación del delito

Como subraya Dopico Gómez-Aller (2013, pág. 180), la mera omisión de denuncia de delitos consumados es atípica.

<sup>(1)</sup>BGH 5 StR 394/08

#### Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 17 de julio de 2009

Un reciente comentario a esta sentencia puede encontrarse en Robles Planas (2013, págs. 319 y s.).



muy controvertidas: que el acusado tenía una posición de garantía por delegación y que tal posición consistía en impedir los delitos que puedan surgir de la empresa por parte de sus miembros.

## 5. Conclusión

Concluyo entonces dirigiéndome al oficial Ryan y a su atribulada pregunta: ¿podré resultar yo penado como oficial de cumplimiento por los delitos de empresa que no sea capaz de evitar o de ayudar a evitar?

Para responderle tendría que conocer con detalle el perfil de su cargo, es decir, las funciones que ha decidido asumir.

- La respuesta sería «sí, y como autor», si, como no es lo usual, actúa como un delegado de un deber de garantía del que sea titular la empresa. Aun en ese caso, Ryan debería atender al siguiente lenitivo: la empresa no es garante de que no se cometa ningún delito en su seno y a su favor, sino solo de que no se cometan determinados delitos que sean expresión de los riesgos productivos de la empresa.
- Un segundo «sí, y como autor» más limitado provendría de sus funciones delegadas bien de supervisor del empresario garante-delegante, bien de detector de riesgos.
- Lo normal es que su única responsabilidad penal posible lo sea como partícipe por incumplimiento de sus tareas de investigación de un delito denunciado. Será raro, porque exigirá que el delito no se haya terminado de consumar y que Ryan sea consciente de ello y la contribución que presta con su inactividad.

## 6. Resumen

1) La pregunta a la que pretende responder este tema es si puede responder penalmente el oficial de cumplimiento de una empresa por ciertos delitos que cometan los trabajadores, los directivos o los administradores de la misma.

2) La respuesta nos obliga, en primer lugar, a recordar los presupuestos de la imputación de resultados a omisiones, de entre los que destaca la infracción de un deber de garantía, cuya titularidad para el oficial de cumplimiento solo podrá provenir por la asunción de una delegación. Por ello nos hemos permitido recordar los requisitos y los efectos de la delegación. La delegación no solo genera un deber de seguridad nuevo en el delegado que la acepta, sino que transforma el contenido del deber de seguridad del delegante, que pasa a ser de control y corrección del delegado. Para ello, será necesaria una selección adecuada del delegado, una asunción libre por parte del mismo de las funciones que se le trasladan, y la dotación de los medios necesarios para cumplirlas.

Para que el oficial sea garante en cuanto delegado de la empresa, hará falta que la empresa delegante tenga tal posición de garantía por alguna razón. Ya sea por injerencia o bien por mantenimiento de fuentes de riesgo en su ámbito de dominio, la empresa solo es garante respecto de los riesgos imbricados en su proceso de producción o de prestación de servicios; de entre los múltiples deberes que corresponden a la empresa, solo algunos lo son de garantía, y solo la quiebra de algunos puede generar la imputación de un resultado no evitado, incluso cuando el mismo corresponda a la autoría activa u omisiva de un tercero.

El oficial podría ser penalmente responsable sin ser garante: podría serlo no como autor sino como partícipe por omisión cuando incumpla un deber específico de actuación –que no lo sea de garantía–, cuya observancia hubiera impedido o dificultado la comisión de un delito por parte de un tercero. La punición de esta contribución omisiva exige dolo.

3) Para determinar en concreto la posible responsabilidad penal del oficial de cumplimiento según los anteriores parámetros, será necesario saber cuáles son sus funciones. Podrían serlo directamente de seguridad, aunque lo habitual es que las empresas configuren esta figura con un perfil impulsor, asesor y de control de quienes sí tienen deberes inmediatos de seguridad.

En tal perspectiva, el oficial de cumplimiento podría responder como autor por un delito de empresa si incumple la labor de supervisión (remanente en la empresa delegante) o la labor de detección de riesgos (anexa a todo deber

de garantía) que le haya delegado la empresa como delegante originario. Y podrá responder como partícipe si decide no investigar un delito que se está cometiendo o que se va a cometer.