



Provided for non-commercial research and education use.
Not for reproduction, distribution or commercial use.

Reflexiones y dudas sobre la responsabilidad penal de las empresas agroalimentarias

Luis González Vaqué¹
Coordinador de políticas agroalimentarias
De la Fundación "Triptolemos"

«Strong reasons make strong actions»
William Shakespeare

I. Introducción

Como punto de partida, podría sostenerse que en Derecho penal la pena de prisión es suficiente para desincentivar la comisión por parte de personas físicas que actúan en el marco de personas jurídicas². En este sentido, para algunos autores la reforma del Código penal de 2015 que estableció la Responsabilidad Jurídica de la Personas Jurídicas supone una grave equivocación o, por lo menos, un *espejismo*: nos referimos a los que siempre se opusieron a la introducción de dicha responsabilidad en el Ordenamiento jurídico español por considerar suficiente la responsabilidad administrativa y la civil subsidiaria; y, por otro lado, los que estiman que la citada reforma, al permitir que las personas

¹ El presente artículo se basa en particular en los documentos que nos ha facilitado la Editorial Aranzadi, y, en especial: *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, U.S. Department of Justice - Criminal Division Fraud Section, ¿2016?, 8 pp.; y English, S. y Hammon, S., *Cost of Compliance 2016*, Thomson Reuters, 2016, 28 pp.; así como el libro de Sáiz Peña C. A. y Armentilla Morillas, P., "Compliance: cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa", Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, 703 pp.

² Véase: Artaza Valera, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal: Fundamentos y límites*, Marcial Pons, 2013, 46-49.

jurídicas dispongan de *fórmulas sencillas*³ para eximirse de la responsabilidad penal con el establecimiento de los denominados programas de cumplimiento⁴ (aunque el uso del término *compliance* se haya generalizado... por lo que, no sin remordimientos, en el presente artículo utilizaremos a menudo dicho barbarismo).

Por supuesto, no es nuestra intención polemizar sobre la pertinencia de la citada reforma del Código penal, pues se trata de unas disposiciones recientes, pero de obligado cumplimiento. Por ello el objetivo de este artículo es informar a las empresas (personas jurídicas) del sector alimentario de los posibles efectos (y resultados) que la aplicación de la responsabilidad penal puede implicar, sin olvidar la oportunidad de organizar y gestionar los riesgos penales, mediante un órgano de *compliance*⁵.

Tanto el título (“Reflexiones y dudas sobre...”) como nuestro propósito de limitarnos a una primera aproximación al tema, dejando para posteriores ocasiones una exposición más minuciosa y metódica de la problemática en cuestión (incluyendo, si es posible, una propuesta de “Sistema de gestión de la *compliance* penal” elaborada expresamente teniendo en cuenta las especificidades del sector alimentario) pueden parecer poco ambiciosos; en cualquier caso, tenemos que aceptar que la responsabilidad en cuestión es en nuestro país una realidad jurídico-positiva sobre cuya aplicación se dispone de escasa experiencia y somos conscientes de que, tanto la jurisprudencia como la doctrina tienen que perfilar y precisar cuanto antes una elaboración de una teoría jurídica del delito *propia* de la persona jurídica⁶ (y, de algún modo, *distinta* de la persona física) sin renunciar a ser Derecho penal y a todas sus garantías⁷.

³ Sic en: Bajo Fernández, M., “Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español” en Gómez-Jara Díez, C. y otros, *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, 2ª edición, Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 25.

⁴ Véanse, por ejemplo: Cugat Mauri, M. “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *compliance*”, *Estudios penales y criminológicos*, Vol. 25, 2015, 919-963 (artículo disponible en la siguiente página de Internet, consultada el 18 de mayo de 2017: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/2943/3233>); Quintero Olivares, G., “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Quintero Olivares, G., *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 78-80; y Vidreras, C., “A propósito del despropósito de la responsabilidad penal de las empresas del sector de la alimentación”, Documento de trabajo CEEUDECO Núm. 5/2015, 12-14. Cabe señalar que el propio Consejo de Estado, en su dictamen sobre la reforma en cuestión, indicó que «... es evidente que este tipo de previsiones tienen, en último término, una naturaleza estrictamente mercantil» (Dictamen 358/2013).

⁵ Véase, sobre este tema: Nieto Martín, A., “La institucionalización del sistema de cumplimiento” en Blanco Cordero I. y otros, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2015, 187-204.

⁶ Véase: Bajo Fernández, M., “La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro” en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI – Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González Cuéllar García*, Editorial Constitución y Leyes – COLEX, 2006, 80-85.

⁷ Véase: Zugaldía Espinar, J. M., *Derecho penal – Parte General*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 951.

Como es lógico, empezaremos con una referencia a la legislación aplicable, para ocuparnos, luego, de los delitos contra la salud que pueden ser imputados a las empresas (personas jurídicas) alimentarias y, finalmente, de las condiciones y requisitos para que dichas empresas implanten un “órgano de cumplimiento penal”.

II. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio⁸

La citada normativa configuró la responsabilidad penal de las personas jurídicas con un nuevo artículo 31 bis, según el cual la responsabilidad criminal de las personas jurídicas es acumulativa, es decir, no excluye la responsabilidad individual de las personas físicas que hayan delinquido en su seno, optando por el modelo de doble incriminación (la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, modificó dicho artículo para incluir como responsables penales a partidos políticos y sindicatos).

Vale la pena transcribir a continuación el citado artículo (en su versión consolidada):

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan

⁸ BOE Núm. 152, de 23 de junio de 2010.

fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) 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.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, [...] a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

En el séptimo epígrafe del “Preámbulo” de la Ley se declara lo siguiente:

«Se regula *de manera pormenorizada*⁹ la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas

⁹ La cursiva es nuestra.

informáticos...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea.

Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas *por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados*¹⁰, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física.

[...]

En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose –respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)–, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general. Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.»

III. Los delitos contra la salud pública

Obviamente, como el *ámbito* de nuestras reflexiones (y dudas) tenemos que referirnos a los delitos que pueden cometer las empresas alimentarias: los contrarios a la salud pública. Hemos de insistir en que el legislador español ha optado por un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas

¹⁰ *Idem.*

caracterizado por un *numerus clausus*, es decir que no todo delito susceptible de ser cometido por las personas físicas puede ser imputado a las empresas y otros entes colectivos, sino exclusiva y precisamente un grupo concreto de ellos¹¹.

Cuando nos referimos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas hemos de referirnos a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal¹². En virtud de dicha ley se introdujeron los delitos contra la salud pública¹³ en el elenco de los delitos punibles¹⁴

En la primera parte del Preámbulo de la citada Ley se declara que «... se incorporan en nuestra normativa penal las conductas descritas en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de abril de 2014, sobre falsificación de productos médicos y otros delitos similares que suponen una amenaza para la salud pública».

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, los llamados “delitos contra la salud pública” se encuentran regulados y tipificados por los artículos 359 a 378 del actual Código penal español, en el Capítulo III, “De los delitos de salud pública”, del Título XVII (“De los delitos contra la seguridad colectiva”). Como ha observado la doctrina el bien jurídico protegido, es decir, aquel bien amparado y protegido bajo una norma legal que establece una sanción o pena para todo aquel individuo que lo dañe o lesione, es en este caso la seguridad colectiva a la que hace mención el Título XVII del Código penal. También se ha afirmado que los delitos contra la salud pública, y su inclusión en el Código penal, vienen motivados por la propia Constitución Española de 1978, cuyo artículo 43

¹¹ Como recuerda Vidreras, C. (en *op. cit.*, 10-11) el legislador habría podido elegir otros modelos como los que se han adoptado en algunos países: por ejemplo, equiparar plenamente la responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas de modo que las segundas pueden cometer *todos* los delitos de las primeras [véanse también: De Maglie, C., “Models of Corporate criminal liability in Comparative Law”, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 4, nº 3, 2005, 547-566 (artículo disponible en la siguiente página de Internet, consultada el 14 de noviembre de 2016: http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1213&context=law_globalstudies); y Leigh, L. H., “The Criminal Liability of Corporations and Other Groups: A Comparative View”, *Michigan Law Review*, Vol. 80, nº 7, 1982, 1508-1528].

¹² BOE Núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

¹³ A pesar de la importancia de las modificaciones introducidas en la reforma en la que se regulan este tipo de delitos, resulta destacable que los cambios relevantes de los artículos 362 y siguientes no merecieron comentario alguno por parte del legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015 y pasaron igualmente desapercibidos en los trabajos parlamentarios de las respectivas comisiones de trabajo, por lo que sólo cabe intuir las razones por las que se ha abordado un cambio de este tipo (véase: Ruiz Rodríguez, L. R., “La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18-19, 2016, 4-5 (disponible en la siguiente página de Internet, consultada el 19 de mayo de 2017: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-19.pdf>).

¹⁴ También se añadieron los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos (artículo 318 bis), contra los trabajadores (artículo 318 bis), de provocación al odio (artículo 510 bis), etcétera.

reconoce «el derecho a la protección de la salud», siendo competencia de los poderes públicos «organizar y tutelar la salud pública»¹⁵.

Los artículos del Código penal más relevantes por lo que se refiere al sector alimentario son los siguientes¹⁶:

«Artículo 363

Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores:

1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición.
2. Fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud.
3. Traficando con géneros corrompidos.
4. Elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos.
5. Ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos.

¹⁵ Véanse: Romeo Casabona, C. M., “Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores?” en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001, 623-643 (disponible en la siguiente página de Internet, consultada el 19 de mayo de 2017: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/45321999/los_delitos_contra_la_salud_publica.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1495201396&Signature=BbbluDhnpQ0LqRj2cbEePACiHo%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DL0S_DELITOS_CONTRA_LA_SALUD_PUBLICA_OFRE.pdf); y Vidreras, C., *op. cit.*, 11-12.

¹⁶ Los artículos 363 a 366 del Código Penal recogen las conductas delictivas que, en el marco de la defensa de la salud pública, se relacionan con la manipulación y distribución de alimentos: «se trata de delitos que, en todos los supuestos, ponen en peligro la salud pública colectiva mediante el recurso a la técnica del delito de peligro abstracto al no exigirse en ninguna de las conductas la existencia de un riesgo específico de consumo por parte de los consumidores, sino que es suficiente con generar las condiciones de riesgo en los propios alimentos, sin que sea necesario que los mismos se hayan puesto a disposición de las personas» (véase: Ruiz Rodríguez, L. R., *op. cit.*, 19-20); en este sentido, «la gravedad de las conductas y el potencial peligro que conllevan justifican este castigo adelantado» (*ibidem*). Por otro lado, la heterogeneidad de su contenido se justifica por la gran variedad y complejidad de fraudes alimentarios posibles [véase: “La prevención y represión de los fraudes alimentarios en la Unión Europea”, *Revista CESCO*, nº 15, 2015, 125-142 (disponible en la siguiente página de Internet, consultada el 19 de mayo de 2017: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/873/695>)].

Artículo 364.

1. El que adulterare con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario, será castigado con las penas del artículo anterior. Si el reo fuera el propietario o el responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena al que realice cualquiera de las siguientes conductas:

1.º Administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados.

2.º Sacrificar animales de abasto o destinar sus productos al consumo humano, sabiendo que se les ha administrado las sustancias mencionadas en el número anterior.

3.º Sacrificar animales de abasto a los que se hayan aplicado tratamientos terapéuticos mediante sustancias de las referidas en el apartado 1.º

4.º Despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso reglamentariamente previstos.

Artículo 365.

Será castigado con la pena de prisión de dos a seis años el que envenenare o adulterare con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

Artículo 366.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los artículos anteriores de este Capítulo, se le impondrá una pena de multa de uno a tres años, o del doble al quíntuplo del valor de las sustancias y productos a que se refieren los artículos 359 y siguientes, o del beneficio que se hubiera obtenido o podido obtener, aplicándose la cantidad que resulte más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Algunos autores, partiendo de lo dispuesto en los artículos del Código penal que acabamos de citar, han concebido la noción/expresión “delito alimentario” pues, a diferencia de otros consumos o exposiciones a sustancias de riesgo o peligrosas (como, por ejemplo, los medicamentos¹⁷), los alimentos no llevan implícitos riesgos para la salud en su propia consideración, ya que constituyen el elemento básico para la supervivencia humana: «sin embargo, en la actualidad, la equiparación entre alimento puesto a disposición de los consumidores y producto natural que aporta los elementos esenciales para el mantenimiento de la vida humana es muy limitada y ha perdido casi por completo el hilo directo entre el desarrollo natural del producto y el consumo final del mismo»¹⁸. Entre los factores que se consideran (no siempre atinadamente) que han contribuido a esa necesidad de penalizar los delitos alimentarios más allá de las sanciones administrativas¹⁹, se citan la industrialización de la actividad alimentaria, el distanciamiento entre productores y consumidores (que hacen necesaria la transformación (?) de los alimentos, así como la aplicación de diversos métodos de conservación, etcétera.

IV. Conclusión: la implantación de un “órgano de cumplimiento penal”

La responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene un efecto preventivo al estimular a los que ejercen funciones directivas para aplicar sistemas y llevar a cabo actuaciones en el mercado que sean respetuosas con la legislación jurídico penal. Obviamente, las sanciones penales aplicables a las empresas implican mayores niveles de protección de las (eventuales) víctimas.

En este contexto, la principal conclusión del presente artículo es la de que, para la organización y gestión de riesgos penales, las empresas (personas jurídicas) alimentarias deberían contar con lo que aquí denominamos “órgano de cumplimiento penal”. Efectivamente, a partir de 2015, el Código penal establece la necesidad de que la persona jurídica, para quedar exenta de responsabilidad, cuente con un órgano que supervise, vigile y controle el modelo de gestión de delitos; en efecto, el apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 31 bis disponen lo siguiente²⁰:

¹⁷ Véase: Vidreras, C., *op. cit.*, 9-10.

¹⁸ Véase: Ruiz Rodríguez, L. R., *op. cit.*, 17-18.

¹⁹ Véase: Rueda Martín, M. A., “El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 30, 2010, 395-445 (disponible en la siguiente página de Internet consultada el 19 de mayo de 2017: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4163>).

²⁰ En el apartado 1 se dispone lo siguiente: «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas,

1. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior [véase la nota 20], *la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad*²¹ si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control» (véase: Vidreras, C., *op. cit.*, 8-9).

²¹ La cursiva es nuestra.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.»

Se trata realmente de una detallada exposición de los requisitos y condiciones exigibles para el establecimiento de un “órgano de cumplimiento penal”, aunque persisten algunas dudas y no contamos todavía con suficiente jurisprudencia²² para disiparlas.

Circulan ya algunos documentos que pueden servir de modelo, e incluso se incluyen en algunas de las obras y artículos que hemos citado a pie de página²³; De todos modos, salvo error u omisión por nuestra parte ninguno de ellos recoge

²² Vidreras, C. (en *op. cit.*, 11-12) cita las siguientes sentencias: STS 514/15, de 2 de septiembre, STS 154/2016, de 29 de febrero, STS 221/2016, de 16 de marzo, STS 516/2013, de 13 de junio y STS 4416/2016, de 6 de octubre.

²³ Pueden consultarse también: Magro Servet, V., “Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (*compliance*)”, La Ley, 2017, 434 pp.; Maza Martín J. M. y otros “Libro blanco sobre la función de la *Compliance*”, ASCOM, 2017, 51 pp.; y Pascual Cadena, A., “El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa”, Editorial Bosch, S.A., 2016, 429 pp. (véase asimismo: Velasco Núñez E. y Saura Alberdi, B. que, en “Cuestiones prácticas sobre la responsabilidad penal”, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, 46-47, dan respuesta a la siguiente pregunta “¿Cuáles son las características y funciones esenciales del órgano de supervisión, vigilancia y control?”).

concretamente las *exigencias* específicas de las empresas (personas jurídicas) alimentarias.

De forma general, vale la pena referirse especialmente a la Norma UNE PNE 19601 “Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso”²⁴ que establece los requisitos y facilita las directrices para adoptar, implementar, mantener y *mejorar* continuamente políticas de *compliance* penal²⁵ y el resto de los elementos de un sistema de gestión de *compliance* penal... En la citada norma se define “órgano de *compliance* penal” como el «órgano [...] dotado de *poderes autónomos*²⁶ de iniciativa y control al que se confía la responsabilidad de revisar el funcionamiento y observancia del sistema de gestión los controles internos», y se añade la siguiente nota:

«El órgano de *compliance* penal, de naturaleza colegiada o *unipersonal*²⁷, puede ser:

- 1) Órgano de la organización que tenga legalmente encomendada la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la misma. En el caso de sociedades cotizadas, sociedades emisoras de valores y sociedades de interés público, es requisito legal la creación de una Comisión de Auditoría con la función de revisar los controles internos.
- 2) Órgano o unidad de la organización *ad hoc* al que el órgano de administración le otorga poderes de iniciativa y control.
- 3) En el caso de personas jurídicas de reducidas dimensiones el órgano de *compliance* puede ser el propio órgano de gobierno.»

A fin de no alargarnos demasiado, por lo que se refiere más concretamente a la figura del oficial de cumplimiento (el órgano de *compliance* penal de naturaleza unipersonal al que se refiere la Norma UNE PNE 19601), resumiremos a continuación lo que se indica al respecto en la “Circular 1/2016 [de la Fiscalía General del Estado], sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley orgánica 1/2015”²⁸:

²⁴ Lamentablemente, al redactar el presente artículo no hemos tenido acceso al documento definitivo, pero suponemos que éste no contendrá grandes variaciones en relación con el (reciente) proyecto que utilizamos.

²⁵ En el documento que hemos consultado figura una nota en la que se advierte de que «una política de *compliance* penal puede establecerse de manera independiente, o integrada en una política de *compliance* de mayor alcance, esto es, no limitada a la prevención penal».

²⁶ La cursiva es nuestra.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Que puede consultarse en: <http://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2016/09/Circular-sobre-la-Responsabilidad-Penal-de-las-Empresas.pdf>.

«La segunda condición del apartado 2 del art. 31 bis atribuye la supervisión del modelo de prevención de delitos implantado a un órgano específico de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, que deberá ser creado *específicamente* para asumir esta función...

[...] con la función más limitada de prevención de delitos o con la más amplia de control interno, la norma se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o *compliance officer*) ...

[...]

El texto no establece el contenido de las funciones de supervisión del oficial de cumplimiento. Deberá participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del artículo, pues un ejercicio insuficiente de sus funciones impedirá apreciar la exención, como establece la cuarta y última condición del apartado 2. *Para ello, deberá contar con personal con los conocimientos y experiencia profesional suficientes, disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades de las entidades para garantizar una amplia cobertura de la función que se le encomienda*²⁹.

[...]

El oficial de cumplimiento debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación. Ello no implica que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo, que pueden ser realizadas por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo, como la unidad de riesgos, la unidad de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o el de prevención del blanqueo. *Lo esencial será que exista un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas*³⁰.

[...]

No puede dejar de mencionarse que, sin perjuicio de las funciones propias del oficial de cumplimiento, siempre corresponderá al órgano de administración establecer la política de control y gestión de riesgos de la sociedad y su supervisión, que en las sociedades cotizadas tiene la condición de facultad indelegable [art. 529 ter b) LSC].

²⁹ La cursiva es nuestra.

³⁰ *Idem*.

Precisamente por ello, pese a que se pretende que el oficial de cumplimiento sea *lo más independiente posible*³¹, al ser un órgano de la persona jurídica designado por el órgano de administración, al que asimismo debe vigilar, difícilmente gozará de plena autonomía en su función. Para conseguir *los máximos niveles de autonomía*³², los modelos deben prever los mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto de interés que pudiera ocasionar el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento, garantizando que haya una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano de control que preferentemente no deben ser administradores, o no en su totalidad...».

Como hemos dicho al principio, nuestro objetivo era/es aportar sucinta, pero integradamente la información relevante para persuadir a las empresas (personas jurídicas) alimentarias de que:

- han de tener en cuenta las recientes modificaciones de del Código penal;
y
- es recomendable que adopten las medidas necesarias para prevenir una imputación en el ámbito de las nuevas disposiciones (por ejemplo, un el órgano de *compliance* penal).

Si realmente hemos logrado nuestra aparentemente modesta aspiración, no nos parece oportuno añadir nada más. Como ya hemos dicho en la “Introducción”, tenemos en proyecto la redacción de un documento básico (no “modelo”) para articular la implantación de un “órgano de cumplimiento penal” en una empresa del sector alimentario. Este será, seguramente, el objeto de un futuro artículo en el que también nos ocuparemos de otras cuestiones, por cierto, muy interesantes, como, por ejemplo, el *canal de denuncias*³³, al que *brevitatis causae*, no hemos hecho referencia en el presente estudio.

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ Que Velasco Núñez E. y Saura Alberdi, B. (en *op. cit.*, 44-45) definen como «... un mecanismo de comunicación, conformado por medios físicos o informáticos en [el] que trabajadores directivos y aun terceros (colaboradores, proveedores, clientes, subcontratados...) pueden realizar consultas comunicaciones sobre irregularidades, mala prácticas, incumplimientos de normas o actos indebidos en el seno de la [persona jurídica] a la que pertenecen o con la que se relacionan, para que el órgano responsable de cumplimiento las investigue y en su caso adopte las medidas preventivas, coercitivas o de sanción oportunas». Sobre este tema, la Comisión Europea está llevando a cabo una consulta pública “*Public consultation on whistleblower protection*” (véase:

<https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/whistleblowerprotection2017>)

Abstract

Scrutiny around compliance is rapidly increasing as regulators look to ensure that companies are putting policies and procedures in place to effectively respond to and mitigate risk. The most obvious consequence of non-compliance is the huge monetary penalties and fines that can occur as a result of misconduct. For the Spanish agri-food sector establishing a culture of compliance requires continuous vigilance, resources and time to influence widespread change.

Key words: Council of Europe, Spain, agri-food sector, culture of compliance, criminal liability, legal entities

Resumen

El control cumplimiento de las normativas se convierte rápidamente en más eficaz a medida que las autoridades tienden a asegurarse de que las personas jurídicas van estableciendo políticas y procedimientos para actuar eficazmente y minimizar los riesgos. La consecuencia más obvia del incumplimiento es la imposición de multas como resultado de una infracción o delito. Para el sector agroalimentario español, el establecimiento de una “cultura de cumplimiento” [*culture of compliance*] requiere una continua vigilancia, recursos y tiempo para lograr un cambio generalizado de actitudes.

Palabras clave: Consejo de Europa, España, sector agroalimentario, cultura de cumplimiento, responsabilidad penal, personas jurídicas