

*Criminal compliance* ambiental y  
responsabilidad de las personas  
jurídicas a la luz de la LO 1/2015,  
de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

Universitat de València

### Abstract\*

*El Derecho penal español cuenta, a consecuencia de las reformas penales de LO 5/2010 y 1/2015, con el llamado compliance ambiental como expediente con el que es posible eximir o atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas que cometan alguno de los delitos contra el medio ambiente del Capítulo III, Título XVI del Código penal. El análisis de dichos criminal compliance programs, se revela esencial dado que los delitos ambientales son uno de los característicos “corporate risks” que, de forma bastante frecuente en los ordenamientos de nuestro entorno jurídico, fundamenta la responsabilidad penal de las empresas. Así lo demuestra la experiencia en Derecho penal estadounidense de donde proceden los environmental compliance cuyos rasgos básicos son analizados en este trabajo para examinar si sus funciones y contenido esencial son extrapolables a lo que el Derecho penal español denomina programas eficaces de prevención, en medio ambiente, a efectos de limitar la responsabilidad penal de aquellos entes, derivada del art. 328 CP. En especial, se analizan las posibilidades y límites para imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas por delitos ambientales imprudentes o por las llamadas prevaricaciones ambientales. Y, por último, se propone el contenido mínimo básico que aquellos compliance programs deberán contener, por referencia a los mapas de riesgos y al análisis del peligro.*

*Das spanische Strafrecht umfasst seit seinen Reformen (LO 5/2010 und 1/2015) die sogenannte Environmental Compliance als juristisches Instrument, welches es erlaubt, die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen, welche eine Umweltstraftat gemäss Kapitel III, Absatz XVI des spanischen Strafgesetzbuches begehen, zu mildern oder sich dieser Verantwortung vollends zu entziehen. Die Analyse dieser Criminal Compliance Programme zur strafrechtlichen Verfolgung von Straftaten ist von grundlegender Bedeutung, da gerade Umweldelikte zu den typischen Corporate Risks zählen, welche in den dem meisten Rechtssystemen der westlichen Welt eine strafrechtliche Verfolgung von Unternehmen begründen. Dies zeigt auch die Erfahrung im amerikanischen Strafrecht, dem Ursprung der Environmental Compliance. Im vorliegenden Text werden die Hauptmerkmale dieser Art der strafrechtlichen Verfolgung analysiert mit der Zielsetzung herauszuarbeiten, ob seine Funktionsweise und wesentlichen Inhalte darauf übertragen werden können, was das spanische Strafrecht als Organisations- und Verwaltungsmodell bezeichnet, welches die Einschränkung der strafrechtlichen Verantwortung juristischer Personen erlaubt und welches aus § 328 des spanischen Strafgesetzbuches abgeleitet ist. Insbesondere werden Möglichkeiten und Grenzen der strafrechtlichen Verantwortung juristischer Personen für Fahrlässigkeit und Rechtsbeugung bei Umweltstraftaten analysiert. Abschliessend werden grundlegende Inhalte für Environmental Compliances unter besonderer Berücksichtigung verschiedener Risikoarten und einer Risikoanalyse vorgeschlagen.*

*Since the penal reforms of Organic Laws 5/2010 and 1/2015, Spanish Criminal law considers the environmental compliance as a category which creates the possibility to mitigate or exempt corporate criminal liability in cases which are charged with environmental offences under Chapter III, Title XVI of the Spanish Penal Code. The analysis of those criminal compliance programs, is essential due to the fact that environmental offences are one of the typical “corporate risks” which, in most Western legal systems often serves, to charge corporations with criminal liability. This is noted specifically within the American Criminal system, in which the environmental compliances have their origins. This paper will analyze the main features of this kind of criminal compliance and consider if the functions and essential content could utilize the Spanish Criminal Law method known as the ‘efficient programs of organization and management’ in environmental field, in order to limit corporate criminal liability which is established according to art. 328 PC. Furthermore, in particular analyzing the possibilities and limits that attribute criminal liability to legal entities for environmental offences committed by negligence or by corruption in the environmental field. In*

---

\* El presente artículo se ha realizado en el marco del Proyecto “Criminal compliance programs y elaboración de mapas de riesgo, en especial en delitos ambientales y de corrupción” (cod. RTI2018-097572-B-I00) de la convocatoria 2018 de proyectos de I + D + i Retos investigación, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, ejecutado en la Universitat de València. EG.

*the closing stages of the research, there is a proposal about the basic content of environmental compliance, with special mention to the risk assessment and risk mapping.*

*Titel: Umwelt Criminal Compliance und strafrechtliche Verantwortung der juristischen Personen im Lichte des Gesetzes 1/2015 v. 30. März.*

*Title: Environmental compliance and criminal liability of legal entities in light of LO 1/2015, 30th March.*

*Palabras clave: environmental compliance, responsabilidad penal de personas jurídicas, criminal compliance, delitos contra el medio ambiente, corporate risks, guidelines, mapa de riesgos, evaluación de riesgos.*

*Keywords: environmental compliance, corporate criminal liability, criminal compliance, environmental offences, corporate risks, guidelines, risk assessment, risk mapping.*

*Stichworte: environmental compliance, strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen, criminal compliance, Umweltdelikte, corporate risks, sentencing guidelines, Risikokarten, Risikoanalyse.*

## **Sumario**

### **1. Planteamiento**

### **2. Aproximación al sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas del 31 bis) cp y a los “modelos de organización y gestión”**

#### **2.1. El Derecho comunitario como punto de partida**

#### **2.2. Introducción al modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas del art. 31 bis) 1 CP**

#### **2.3. Principales rasgos de los compliance program a tenor del art.31 bis) 2-5 CP**

### **3. Impacto de las reformas de LO 5/2010 y lo 1/2015, en la responsabilidad penal de las personas jurídicas que operan en medio ambiente**

#### **3.1. Introducción**

#### **3.2. Las cláusulas de los arts. 327 y 328.6 CP bajo la reforma de LO 5/2010**

#### **3.3. La reforma del Capítulo III del Título XVI por la LO 1/2015: principales modificaciones**

#### **3.4. La cláusula del vigente art. 328 CP: ámbito de aplicación**

#### **3.5. Penas aplicables a personas jurídicas**

#### **3.6. ¿Pueden imputarse las prevaricaciones ambientales del art. 329 CP a las personas jurídicas?**

#### **3.7. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos ambientales imprudentes?**

### **4. Environmental compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas bajo el “US approach”**

#### **4.1. Prolegómenos.**

#### **4.2. Sobre el fundamento teórico de los corporate criminal compliances**

#### **4.3. Rasgos básicos del environmental compliance, conforme al US approach**

#### **4.4. Environmental compliance y delitos contra el medio ambiente**

#### **4.5. La US Environmental Protection Agency (EPA) y el cumplimiento de la normativa ambiental**

### **5. Criminal compliance en derecho penal ambiental español**

#### **5.1. Fundamento, eficacia y contenido esencial de los compliance ambientales**

#### **5.2. Análisis de riesgos**

#### **5.3. Mapa de riesgos**

6. A modo de conclusión
7. Tabla de jurisprudencia
8. Bibliografía

### 1. Planteamiento

Desde que el sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujera por la reforma penal de LO 5/2010, de 22 de junio y, sobre todo, se reformara a raíz de la LO 1/2015, de 30 de marzo, pocas novedades de las allí previstas han acaparado mayor protagonismo que los llamados *compliance programs* o programas de cumplimiento. Aquellas reformas previeron legalmente las condiciones y requisitos de los *criminal compliance*, si bien este trabajo no va dirigido al análisis de todos ellos sino que asume como punto de partida que, para dotar de eficacia a los mismos, es preferible una elaboración específica de concretos *compliance* con relación al grupo de delitos cuya comisión pretenda prevenir la persona jurídica.<sup>1</sup> Así pues, *el presente trabajo se marca como objetivo principal la delimitación de los rasgos esenciales del modelo de organización y gestión que, en el seno de las personas jurídicas, puede adaptarse y ejecutarse para prevenir los delitos del Capítulo III del Título XVI del Código penal*. Es decir, se centrará en el análisis del llamado *criminal compliance ambiental*, expresión con la que cabe aludir a lo que, en sentido próximo, se denomina en el sistema jurídico del *Common law* como “*environmental criminal compliance*”. En esencia, se trataría de un expediente básico para fomentar que una persona jurídica desarrolle medidas y estrategias para prevenir delitos ambientales en los términos del art.31 bis) PC 2º, 1ª y 4º. Es esperable que, a la postre, esta clase de *criminal compliance* también contribuya a tutelar el medio ambiente porque – conforme a la experiencia de aquel sistema jurídico–, contiene medidas para la detección prospectiva del riesgo de incurrir en delitos ambientales, la evitación anticipada de daños ambientales o, en última instancia, su sanción a través de procedimientos internos desarrollados en la empresa.

No parece razonable dudar de que en Derecho penal del medio ambiente dichos *compliance programs* lleguen a tener amplia repercusión práctica, como se evidencia a la luz de algunos pronunciamientos que ya permiten vislumbrar que ciertos tipos de *contaminación*, como la *acústica*, pueden ser uno de los ámbitos de la actividad en donde las empresas estén más expuestas a incurrir en responsabilidad penal. Así la STS 668/2017, de 11 de noviembre, ratifica la absolució a una persona física y otra jurídica que venían siendo acusadas de provocar aquella contaminación, de modo que se respetan los hechos probados de la sentencia recurrida sobre la adopción de “medidas de control eficaz” para evitar la actividad de contaminación sonora y se desestima el motivo que, denunciaba inaplicación de un delito contra el medio ambiente del art. 325 CP (en relación con el art. 31 bis y 328 CP) y pretendía imputárselo a la empresa.<sup>2</sup> Pese a la escasa fundamentación teórica

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quater y quinquies», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, pp. 197 ss.

<sup>2</sup> Ello unido a la desestimación del resto de motivos, hizo que, finalmente, no hubiera lugar al recurso de casación. Esta sentencia motivó en términos genéricos “...la ausencia de todo hilo argumental encaminado a hacer valer una base fáctica, ligada a la ausencia de medidas de control eficaz para evitar la actividad de contaminación sonora.” razón por la que se descarta el segundo motivo de los recurrentes que pretendían condenar a una persona jurídica por el delito de contaminación acústica del art. 325 CP (*vid.* FD 1.2.3). Hay que considerar que los hechos probados tuvieron lugar entre 2011 y 2012 y que de las pruebas practicadas, se admite que el acusado sí adoptó medidas

sobre aquellas “medidas de control eficaz”, ésta podría ser la primera sentencia que, *grosso modo*, admite la efectividad de medidas preventivas de contaminación acústica, puesto que se excluye imputar un delito ambiental a la persona jurídica. Parece pues que con la previsión de estas medidas por la LO 5/2010 y la ampliación del régimen de *modelos de organización y gestión*, a partir de la LO 1/2015, aumentan las opciones de evitar las penas a personas jurídicas en Derecho penal del medio ambiente, pudiendo incluso reforzarse así el fin de *prevenir* ofensas contra este bien jurídico. Vinculada a esta fundamentación político-criminal, suele señalarse que los *compliance programs* permiten mitigar la presión penal sobre las personas jurídicas en sectores tan regularizados como el medio ambiente, habida cuenta de la extendida idea de que dichos entes son los que cometen los atentados ecológicos más graves.<sup>3</sup> En principio, parece que también un *compliance ambiental*, adoptado y ejecutado por una empresa según los parámetros legales que aquí serán objeto de estudio y previstos en el art.31 bis) CP apdos. 2, 3, 4 y 5, puede desplegar eficacia eximente o atenuante de la responsabilidad penal. En especial, este trabajo se orientará, al estudio del requisito del apdo.5º, 1ª, del art. 31 bis) CP, esto es, a los métodos y técnicas más importantes para configurar las medidas para prevenir, en concreto, delitos ambientales.

Además, en el presente trabajo se ofrecerá un breve análisis del posible fundamento de la eficacia eximente de esta clase de programas, remontándonos sucintamente para ello a los orígenes jurídicos del llamado *environmental compliance*, surgido en el marco del *common law system*. En especial, en el sistema jurídico estadounidense donde, como es sabido, tanto el modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas (*corporate criminal liability*, en adelante CCL), como los *compliance programs* han experimentado, en la época contemporánea, un amplio desarrollo.<sup>4</sup> En concreto, dicha responsabilidad fue admitida a principios del s.XX en EEUU y, entrado dicho siglo, comenzó a aplicarse por el *US Supreme Court*.<sup>5</sup> Sin embargo, no fue hasta los años 90 cuando, diversas instituciones federales (*US Department of Justice*, *US Deputy Attorney General*) admitieron los *compliance programs*, entre las directrices para decidir sobre el enjuiciamiento y determinación de la condena (*prosecution and sentencing guidelines*) de personas jurídicas. En materia ambiental, dichos programas, inicialmente, sirvieron a modo de contrapeso esgrimido por las empresas frente a la idea, muy asentada a finales del siglo pasado en la sociedad norteamericana, de que los peores

---

correctoras “... a medida que iba teniendo conocimiento del resultado lesivo causado por la actividad empresarial...” (FD 1.21). Tampoco se admitió la responsabilidad penal de una persona jurídica por delito ecológico en la STS 516/ 2016 de 13 de junio, al entender el tribunal que en el momento de los hechos no estaba aún en vigor el art.31 bis) CP ni se formalizó acusación en plazo contra dicho ente (FD 1º a 3º). En sentido distinto, la SAP de Barcelona de 19 de febrero de 2014, condenó a una persona jurídica (SL) a consecuencia de la condena a la persona física que la regentaba, por la comisión por este último, “... personalmente y bajo el paraguas de la sociedad referida” (FD 2º), de un delito de contaminación acústica del art. 325.1 *in fine* CP (con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de reparación del daño), a una pena de multa de 2 años con cuota de seis euros por cada una de las cuotas.

<sup>3</sup> HORTAL IBARRA, «La expansión del Derecho penal en la jurisprudencia del tribunal supremo. El delito ecológico como ejemplo», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de Derecho penal*. LH- Prof. SANTIAGOMIR PUIG, 2017, pp.1085-1083.

<sup>4</sup> También tienen acomodo en el sistema británico y el de la *Commonwealth*. PIETH/IVORY, «Emergence and convergence: corporate criminal liability principles in overview», en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal liability. Emergence, convergence and risk*, 2011, pp. 7 ss.

<sup>5</sup> MILLER/JUSTICE, «Organizational Liability for Environmental Crimes in Civil and Common law Systems», en *Compliance and Enforcement in Environmental law. Toward more Effective Implementation*, 2011, pp. 178 ss.

desastres ecológicos procedían de personas jurídicas, empresas y corporaciones,<sup>6</sup> que, en el contexto de aquella sociedad, devinieron una suerte de nuevo *enemigo público*. No es de extrañar que, con el tiempo, el estudio de las medidas preventivas de un *compliance program en medio ambiente*, constituya, por su importancia<sup>7</sup>, una temática a caballo entre el Derecho penal de sociedades (*corporate criminal law*) y el Derecho ambiental (*Environmental law*). Tanto es así, que el desarrollo de programas de cumplimiento se considera un paso imprescindible para perseguir, a largo plazo, la finalidad de un *desarrollo sostenible en medio ambiente*.<sup>8</sup> Por todo ello, este trabajo analizará brevemente por qué el instituto de los *environmental compliance programs*, fue generalizándose merced a algunos organismos públicos -particularmente la *US Environmental Protection Agency-*, y cuál es su eficacia en atención a las denominadas “*United States Sentencing Guidelines for Organizations*” (1991) y otras *guidelines* específicas en medio ambiente.

Dada la influencia de este instituto en la actual legislación penal española, es previsible que dicha indagación aporte argumentos para analizar cuál sea la *naturaleza* que cabe atribuir a los *compliance programs* en nuestro país, así como para diferenciar casos en que cabe atribuir eficacia eximente o atenuante, en concreto, a los *environmental compliance*. Lo anterior no puede hacernos olvidar, que la regulación penal del art.31 bis) CP es además tributaria, de modo más directo, de la *legislación emanada de la UE* e incluso de otras *legislaciones del entorno europeo*.<sup>9</sup> Por lo que toca a esta investigación, interesa reparar en la *normativa comunitaria en materia de protección del medio ambiente*, de modo que se prestará atención a la *Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Protección del Medio ambiente a través del Derecho Penal*, que fue invocada por el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, para la introducción *ex novo* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.<sup>10</sup> Aun teniendo presente la influencia de esta normativa así como la ejercida por el Decreto Legislativo italiano n° 231, de 8 de junio de 2001<sup>11</sup>, entre otras normas de países de nuestro entorno jurídico,<sup>12</sup> no puede soslayarse que, como recuerda nuestro TS, los *compliance programs* son una *técnica anglosajona* (STS 316/2018, 28 de junio, FD 8°). De hecho, la citada Directiva 2008/99/CE se inspiró en el sistema jurídico de EEUU en materia de protección

<sup>6</sup> MILLER/JUSTICE, en *Compliance and Enforcement in Environmental law. Toward more Effective Implementation*, 2011, p. 171.

<sup>7</sup> NIETO MARTÍN, «El cumplimiento normativo», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de Cumplimiento penal en la empresa* (dir.), 2015, p. 30.

<sup>8</sup> PRESTON, «Principle Sentencing for Environmental Offences», en *Compliance and Enforcement in Environmental law. Toward more Effective Implementation*, 2011, p.313.

<sup>9</sup> De hecho, el legislador comunitario sigue ampliando, en tiempos recientes, dicha responsabilidad, como se deduce de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo 2017 (art.17), en materia de terrorismo. Allí se prevé imponer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias a personas jurídicas, incluyendo multas de carácter penal o no penal y otras sanciones (art.18), en determinados delitos de terrorismo (arts. 3, 12 y 14). Dicha Directiva ha sido uno de los fundamentos de la reforma penal española de LO 1/2019, de 20 de febrero.

<sup>10</sup> DE LA MATA BARRANCO, «El cumplimiento por el legislador español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas», en DE LA CUESTA (dir.), DE LA MATA (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, pp. 198 ss.

<sup>11</sup> En este decreto, rubricado “*Disciplina della responsabilità delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*”, influyeron, entre otras, la *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, Nov. 21<sup>st</sup>, 1997 y la *European Union’s convention on the protection of its financial interest* (1997). También la regulación italiana relativa a *compliance programs*, tiene su origen en las *US Federal Sentencing Guidelines for Organization*. DE MAGLIE, «Societas Delinquere Potest? The Italian Solution», en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal liability. Emergence, convergence and risk*, 2011, pp. 262 ss; DE SIMONE, *Pesone giuridiche e responsabilità da reato*, 2012, pp. 308 ss.

<sup>12</sup> Ley chilena, n° 20.393, de 2 de diciembre de 2009, sobre responsabilidad penal de personas jurídicas.

ambiental.<sup>13</sup> Con la vista puesta en el sistema jurídico anglosajón<sup>14</sup>, puede adelantarse que, en su expresión más esencial, el instituto del *compliance*, consiste en un instrumento de control que garantiza un *cumplimiento normativo en el ámbito empresarial en tanto asegura el respeto y observancia, por parte de la empresa y de todos y cada uno de sus empleados, de un marco normativo de referencia*.<sup>15</sup> Por razones obvias, interesa centrarnos en el llamado *criminal compliance*, que englobaría cuantas medidas hagan plausible un cumplimiento normativo para evitar cualquier riesgo jurídico-penalmente relevante,<sup>16</sup> dado que teóricamente garantizaría la mejor organización empresarial posible. Al respecto, nuestro TS apuesta decididamente por el desarrollo de *compliance programs* en las sociedades mercantiles, entendidos “..como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados.” Además, su adopción se fomenta no solo para evitar la comisión de delitos *ad extra* -de los que la empresa responda-, sino también *ad intra*, aunque no deriven responsabilidad penal a la empresa (SSTS 316/2018, 28 de junio, FD 8º; 365/2018, de 18 de julio, FD 3º<sup>17</sup>). Todo ello evidencia la importancia de las *medidas* preventivas de dichos *compliance*, en tanto pueden asegurar que desde el presidente del consejo de administración hasta cualquier empleado de una empresa cumplan con los mandatos y prohibiciones jurídico-penales y, en caso de infracción, sea posible articular un mecanismo para su detección y sanción.<sup>18</sup>

Asumiendo este genérico entendimiento, en la presente investigación se analizará, en primer término, la vigente *regulación penal española* relativa a la adopción de *criminal compliance programs* de manera limitada a las actuaciones de las *personas jurídicas*,<sup>19</sup> y en relación con los delitos que pueden imputarse a éstas. Como es sabido, el modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurado en el art. 31 bis) CP posee carácter restringido, al pivotar en el sistema de “*numerus clausus*” establecido por LO 5/2010, y mantenido en la LO 1/2015. Según éste, solo un grupo de delitos susceptibles de ser cometidos por personas físicas pueden, simultáneamente, ser imputados a personas jurídicas.<sup>20</sup> Dicho sistema *cerrado*<sup>21</sup> o “*list-based*” *approach*,<sup>22</sup> incluyó, desde su

<sup>13</sup> JAROLÍMKOVÁ, «Enforcement of Environmental Protection through Criminal law», *Common Law Review*, ([www.commonlawreview.cz](http://www.commonlawreview.cz)), p. 2.

<sup>14</sup> También en el entorno del *Common law system*, la llamada *Bribery Act* (2010).

<sup>15</sup> VERCHER NOGUERA, «La persona jurídica y el sistema de compliance en Derecho penal. Su aplicación en el contexto ambiental», *Diario La Ley*, (8833), 2016, p. 1.

<sup>16</sup> ROTSCHE, «Criminal compliance», *InDret*, (1), 2012, p. 2.

<sup>17</sup> En ambas MP: V. MAGRO SERVET.

<sup>18</sup> COCA VILA, «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp. 54 ss.

<sup>19</sup> SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de vigilancia y compliance empresarial», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, 2013, p. 109.

<sup>20</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Compliance penal y política legislativa*, 2016, p. 81.

<sup>21</sup> No parece que este modelo se contradiga con las SSTS 316/ 2018, de 28 junio (FD 8º) y 365/2018, de 18 julio (FD 3º), al sugerir la adopción de *compliance programs* en delitos que “...no derivan la responsabilidad penal a la empresa por no estar reconocido como tales en sus preceptos esta derivación y ser *ad intra*...”.

<sup>22</sup> Desde una perspectiva comparada, nuestro sistema está en la línea del de otros países (v.gr. Italia, Polonia, Portugal) en los que el legislador limitó la responsabilidad penal de las personas jurídicas a una lista de delitos vinculados a los tradicionales *corporate risks*. Frente a ello, según el “*All-Crimes*” *Approach*, (v.gr. Francia o Bélgica),

entrada en vigor en 2010, los *delitos contra el medio ambiente*, dada la previsión de determinadas cláusulas del Capítulo III, que han ido variando de ubicación sistemática, en las reformas penales de 2010 y 2015. El estudio de las mismas será adoptado en una *tercera parte* de este trabajo, donde además, se analizará, el grupo de delitos contra el medio ambiente, que se puede imputar a personas jurídicas, tras la reforma penal de 2015. La última parte del trabajo se dedicará al estudio del contenido más básico de un *compliance ambiental* o principales herramientas para elaborar medidas preventivas, en concreto, el llamado *mapa de riesgos y la evaluación de los mismos*.

Para alcanzar a estos objetivos conviene empezar analizando los compromisos adquiridos con el Derecho comunitario, a modo de premisa de la introducción de aquel sistema en 2010. Posteriormente, se analizarán las principales claves del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 1/2015, para, así mejor conectar dicho sistema con la cláusula del art. 328 CP, toda vez que estudiar los problemas que plantea la imputación de los delitos del Capítulo III, Título XVI, a las personas jurídicas.

## **2. Aproximación al sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas del 31 bis) cp y a los “modelos de organización y gestión”**

### **2.1. El Derecho comunitario como punto de partida**

La introducción de responsabilidad penal de las personas jurídicas por primera vez en nuestro país, se llevó a cabo por LO 5/2010, de 22 de junio y comportó, como es bien sabido, una importante transformación de nuestro sistema penal, anteriormente orientado tan solo hacia la responsabilidad penal de personas físicas y regido por la máxima “*societas delinquere nec puniri potest*.”<sup>23</sup> Conviene reparar brevemente en que aquella reforma de 2010, estuvo impulsada por compromisos internacionales de nuestro país en la materia.<sup>24</sup> Al margen de si el Derecho comunitario impuso un mandato europeo de sistema penal,<sup>25</sup> o más bien, una recomendación sancionadora a nuestro país,<sup>26</sup> no parece cuestionable que hubiera un referente europeo directo, ante todo, constituido por

---

las personas jurídicas pueden responder de cualquier delito o al menos de un conjunto no determinado de ellos. PIETH/IVORY, «Emergence and convergence: corporate criminal liability principles in overview», en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal liability. Emergence, convergence and risk*, 2011, p.20.

<sup>23</sup> Pese a ello, desde el Código penal de 1995, existían las llamadas “medidas accesorias” (anterior art.129 CP) dirigidas a personas jurídicas. Sin ánimo de exhaustividad, entre otros estudios que cuestionaron aquel principio *vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “*societas delinquere non potest*”», *CPC*, (11), 1980, pp. 86 ss. GRACIA MARTÍN, «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Univ. Tenerife, 1997, pp. 103 ss. Para un análisis de la doctrina penal que cuestionó la vigencia de este principio antes de la reforma penal de 2010, GALÁN MUÑOZ, «¿*Societas delinquere nec punire potest*? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP», *RDPC*, 2ª época, (18), 2006, pp. 229 ss.

<sup>24</sup> Sobre la influencia del contexto normativo europeo en la LO 5/2010 y, por ello, la traslación de la llamada *Third Party Strategy* a nuestro ordenamiento, GÓMEZ MARTÍN, «Falsa alarma. O sobre por qué la Ley orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, pp. 335 ss.

<sup>25</sup> CARBONELL MATEU, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010», *CPC*, (101), 2010, p.6.

<sup>26</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Ni catástrofe ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Boletín de Estudios Económicos*, vol. LXIX, (211), 2014, p. 96. GÓMEZ MARTÍN, «Art. 31 bis) CP», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, (dirs.), 2015, pp. 177 ss.

los arts. 6 y 7 de la Directiva 2008/9/CE, de 19 de noviembre,<sup>27</sup> entre otras normas comunitarias.<sup>28</sup> Es cuanto menos llamativo que las observaciones realizadas a los estados, a raíz de esta directiva, se refirieran, precisamente, a la *materia ambiental*, siendo además *la primera vez que a través de una Directiva*, la UE trataba de regular las normas nacionales de los estados miembros en el ámbito del Derecho penal.<sup>29</sup>

*¿Por qué merece esa importancia la materia ambiental en Derecho comunitario?. Sin profundizar en toda la normativa comunitaria, sí resulta preciso recalcar que la protección al medio ambiente es un elemento fundamental de la política europea común, en Derecho comunitario, desde el Acta única,<sup>30</sup> de modo que, tanto el TFUE<sup>31</sup> como el TUE,<sup>32</sup> han conseguido establecer un nuevo modelo institucional para la UE, en el que la protección del medio ambiente adquiere mayor visibilidad. Es importante recordar el contexto normativo descrito hasta el Tratado de Lisboa<sup>33</sup> y relacionarlo con el proceso de armonización de las distintas legislaciones penales de la Unión Europea, desde el Tratado de Maastricht.<sup>34</sup> Aunque dicho proceso no ha afectado a aspectos referidos a la incriminación, de modo que no existen, en sentido estricto, instrumentos comunitarios penales con los que garantizar la aplicación del Derecho comunitario, sí puede advertirse una evolución en el empleo de algunas sanciones –particularmente, la multa– para preservar intereses jurídicos comunitarios. Cabe incluso hablar de un proceso de armonización de infracciones,<sup>35</sup> con incidencia en materia ambiental. De hecho este ámbito es un sector de armonización primario en el que, antes de la entrada en vigor del aludido Tratado de Lisboa, incluso se suscitaron posiciones encontradas entre instituciones de la Unión Europea. A partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión*

<sup>27</sup> DE LA MATA BARRANCO, «Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español», *Revista Penal*, (33), 2014, pp. 51 ss.; BAUCCELLS LLADÓS, *Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia de medio ambiente*, 2007, pp. 141 ss.

<sup>28</sup> Recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, (sobre refuerzo penal contra la contaminación de buques), según GÓMEZ MARTÍN, origen del actual Derecho penal europeo de la persona jurídica, en «Falsa alarma. O sobre por qué la Ley orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, pp. 338.

<sup>29</sup> JAROLÍMKOVÁ, «Enforcement of Environmental Protection through Criminal law», *Common Law Review*, ([www.commonlawreview.cz](http://www.commonlawreview.cz)), p. 1.

<sup>30</sup> Inicialmente la tutela ambiental no aparece en los Tratados constitutivos pero el Acta Única Europea (Luxemburgo, 17 de febrero de 1986; en vigor desde julio de 1987) constitucionalizó la protección al medio ambiente (*vid.* Título VII, arts.130R-S). Sobre la incorporación de dicha tutela como uno de los objetivos del Tratado de la UE. BAUCCELLS LLADÓS, *Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia de medio ambiente*, 2007, pp. 89 ss. Como es sabido, la política de tutela ambiental de la UE, forma parte del ordenamiento jurídico español a partir de la firma del Acta de Adhesión, el 12 de junio 1985

<sup>31</sup> Tras la reforma del tratado constitutivo de la Comunidad Europea por el Tratado de Lisboa (firmado el 13 de diciembre de 2007), aquél pasó a denominarse *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (en adelante TFUE). Una vez aprobado el Tratado de Lisboa, el anterior tratado adquirió el mismo nivel jurídico que el *Tratado de la Unión Europea* (en adelante, TUE).

<sup>32</sup> Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) N. Boletín: C 191 de 1992 (TOL 301.482).

<sup>33</sup> Tras la reforma del Tratado de Lisboa, desaparecieron los llamados “pilares de la Unión, si bien la mayoría de la normativa ambiental vigente aún hoy se adoptó antes de la entrada en vigor de dicho Tratado. DE LA MATA BARRANCO, «El cumplimiento por el legislador español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas», en DE LA CUESTA (dir.), DE LA MATA (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, pp. 198.

<sup>34</sup> IGLESIAS SKULJ, «La protección del medio ambiente en la Unión Europea», en FARALDO CABANA (dir.), *Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio ambiente en el Código penal español y la legislación especial*, 2011, pp. 42 ss.

<sup>35</sup> El art. 83.1 TFUE establece las normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad. Asimismo, téngase en cuenta la tutela de intereses financieros que se dispensa en el art. 86 TFUE.

Europea de 13 de septiembre de 2005,<sup>36</sup> la armonización de la legislación penal, ante todo en materia ambiental, adquirió un nuevo enfoque cuya plasmación tuvo lugar en la *Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal*. Posteriormente, ante un conflicto competencial similar, el TJUE emitió la Sentencia de 23 de octubre 2007<sup>37</sup>-en asunto 440/05- que, dio pie a la *Directiva 2009/123/CE*, de 21 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contaminación procedente de buques, previendo sanciones, incluso penales, frente a las infracciones contempladas.<sup>38</sup>

De todo lo que antecede se desprende que tanto a través de la citada Directiva 2009/123/CE, como, sobre todo, mediante la Directiva 2008/99/CE, se acometió una importante *tarea armonizadora en materia de protección penal del medio ambiente*, que fue el necesario paso previo a la adopción de medidas normativas por parte de los estados de la Unión Europea. Respecto a nuestro país, esta última Directiva es la que, en mayor medida, habría motivado la reforma de los delitos contra el medio ambiente, acometida por LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal español,<sup>39</sup> si atendemos al preámbulo de esta ley de reforma.<sup>40</sup> Asimismo, la citada Directiva fue uno de los detonantes para la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art.6), estableciendo que se impusieran sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art.7). Posteriormente la LO 1/2015, de 30 de marzo, incluso apeló a la directiva citada para justificar alguna de las reformas que, de nuevo, acometió en el Capítulo III del Título XVI, optando por unificar en un solo precepto –el vigente art. 328 CP- la referencia expresa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.<sup>41</sup> Cabe apuntar, a la vista de estas modificaciones, que las reformas penales de 2010 y, en especial, de 2015 realizaron una trasposición fiel de las citadas directivas comunitarias con especial incidencia en medio ambiente, hasta tal punto, como ha sucedido respecto a otros ordenamientos jurídico-penales –particularmente el alemán-, puede hablarse de la “*europaización*” del *Derecho penal español del medio ambiente*.<sup>42</sup> Ha de notarse que la normativa comunitaria citada se orientaba, por lo general, hacia un modelo de *heterorresponsabilidad o transferencia* de responsabilidad penal de

---

<sup>36</sup> Esta resolución resolvió el recurso interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas (en asunto C176/03), solicitando la anulación de la Decisión Marco (2003/80/JAI, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal) que había sido adoptada por el Consejo de la UE. Resumidamente, el principal motivo de impugnación por parte de la Comisión apuntó a que, aún cuando el Consejo ostentaba algunas competencias en materia penal “...la armonización de las legislaciones penales nacionales, especialmente de los elementos constitutivos de infracciones contra el medio ambiente, sancionables penalmente, se concibe como un instrumento al servicio de la política comunitaria en cuestión” (punto 19). Pero ante todo, el TJCE asumió que la tutela ambiental constituye uno de los objetivos esenciales de la Comunidad (punto 41) de modo que concluyó que, respecto a esta materia, la impugnada Decisión Marco había invadido las competencias atribuidas a la Comunidad.

<sup>37</sup> Dicha sentencia anuló la Decisión Marco 2005/667/JAI relativa a la normativa europea de armonización de delitos de contaminación procedentes de buques, que completaba la Directiva 2005/35/CE.

<sup>38</sup> A su vez, esta directiva sustituyó a la citada Directiva 2005/35/CE.

<sup>39</sup> Circular 7/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Medio Ambiente y Urbanismo, p. 1771 (en adelante Circular 7/2011 FGE).

<sup>40</sup> Según el punto XXI del preámbulo de esta ley orgánica, la reforma penal en materia ambiental, respondería a la necesidad de armonización normativa con el Derecho comunitario. Se alega que las “obligaciones asumidas” justifican la agravación de penas –probablemente, para fundamentar el aumento de las del art. 325 CP-, y se hace referencia expresa a los “supuestos previstos en la *Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre*.”

<sup>41</sup> GÓRRIZ ROYO, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, pp. 1012 ss.

<sup>42</sup> WASSMER, «Delitos contra el medio ambiente (*Environmental crimes*)», *Revista penal*, (35), 2015, p.262.

personas jurídicas<sup>43</sup>, siendo así que además sirvió para justificar en nuestro ordenamiento, la previsión *ex novo* de dicha responsabilidad en 2010<sup>44</sup> y, a partir, de 2015, para profundizar en su régimen jurídico (art. 31 bis) CP). Mas es cuestionable que la previsión del modelo de *compliance programs* acogido en la legislación penal española viniera recomendado por normas comunitarias, puesto que prácticamente desde 2010 no hubieron exigencias en dicho sentido, procedentes de dichas normas u otras internacionales.<sup>45</sup> Ello confirmaría la idea de que su origen hay que buscarlo, como luego veremos, en la influencia del sistema jurídico norteamericano y en la recepción del mismo en sistemas jurídicos europeos, particularmente, el italiano. En todo caso, aquellas dos tendencias reformistas vislumbradas en 2015 –y relativas al medio ambiente y a las personas jurídicas– dan a entender que la delincuencia ambiental *es uno de los sectores que más pudo influir en la previsión de responsabilidad penal de personas jurídicas* en nuestro ordenamiento jurídico, siendo su estudio, por tanto, un aspecto trascendental. Tanto es así que, aún asociándose por lo general los clásicos “*corporate risks*” con la corrupción o la delincuencia económica, desde la reforma penal de LO5/2010 hasta la actualidad, la delincuencia ambiental ha sido uno de los campos donde coexisten el tradicional *sistema de imputación penal a personas físicas* con el nuevo *sistema de responsabilidad penal de personas jurídica*. Conviene, por tanto, aproximarnos a dicho sistema, para contextualizar el estudio de los *compliance programs*.

## 2.2. Introducción al modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas del art. 31 bis) 1 CP

No por conocida ha de dejar de apelarse a la relevante función del art.31 bis) CP en tanto regula el modelo de responsabilidad *penal* de personas jurídicas, en nuestro ordenamiento jurídico.<sup>46</sup> No obstante solo conviene realizar aquí un estudio introductorio al régimen del apartado 1º art.31 bis) CP, secciones a) y b), donde se establecen los criterios de imputación para que la persona jurídica responda penalmente. Con posterioridad, se analizarán los apartados 2º, 3º y 4º donde se regulan –de forma ampliada a lo previsto por la LO 5/2010– los llamados “modelos de organización y gestión” cuya adopción y ejecución eficaz, es la vía más importante para que, conforme a las *condiciones* allí establecidas, las personas jurídicas puedan eludir la responsabilidad penal. Desde la reforma penal de 2015, dicho régimen se completa además con los requisitos del art.31 bis) 5º CP, que han de verificar los modelos de organización y gestión que podrá adoptar la persona

<sup>43</sup> GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 337.

<sup>44</sup> QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal ambiental*, 2013, p. 89.

<sup>45</sup> A salvo de las genéricas recomendaciones de la OCDE en el informe hecho por el Grupo de Trabajo de 14 diciembre 2012 y denominado “Declaración del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Corrupción: España debe modificar su Código Penal y hacer cumplir los delitos de cohecho internacional” (12 de junio del 2014). Para un análisis de la influencia, desde la perspectiva político-criminal, de otros actores globales en la regulación de la responsabilidad penal de persona jurídicas *vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, «El plano político-criminal en la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en VVAA MATALLÍN EVANGELIO (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, 2018, pp. 95 ss.

<sup>46</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, pp. 16 ss; GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015,2017*, p. 119 ss. Respecto al art. 31 bis) CP en su redacción bajo LO 5/2010, de 22 de junio, CARBONELL MATEU/MORALES PRATS, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 71; DE LA CUESTA, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho penal español», en DE LA CUESTA (dir.), DE LA MATA (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, pp. 49 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de vigilancia y compliance empresarial» en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, 2013, pp. 101 ss.

jurídica *antes* de haberse cometido un delito<sup>47</sup>. El calado de la reforma de la LO 1/2015 permite advertir algo más que meras mejoras técnicas del sistema -a las que se alude en el preámbulo de dicha ley-,<sup>48</sup> porque, además se establece, entre otros aspectos, el grupo de personas jurídicas excluidas de este régimen (art. 31 *quinquies*) CP) y las reglas de determinación de la pena a imponer (art. 66 bis CP).

Dado que, ante todo, interesa delimitar dichos aspectos en su aplicación a los delitos contra el medio ambiente, tan solo se esbozarán brevemente, las novedades del modelo *responsabilidad penal de las personas jurídicas* previsto en el art. 31 bis) CP, a la luz de la LO 1/2015. En resumen, el legislador penal de 2015 modificó los criterios para delimitar a los sujetos, personas físicas, que pueden ser responsables y, asimismo, hacer que las personas jurídicas respondan, según se deduce del apdo. 1º del art. 31 bis) CP. Allí se establece que la comisión de un hecho delictivo deberá realizarse personalmente por uno de los sujetos individuales aludidos en los apartados a) o b) de aquel precepto y sobre el que pivota la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica.<sup>49</sup> Además ahora se hace referencia expresa a que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda imputarse, por los delitos cometidos por los sujetos -personas físicas- del apdo. 1º art. 31 bis) CP, en beneficio directo o *indirecto* (principio del beneficio) de aquellas corporaciones, en lo que podría considerarse una relajación de la anterior exigencia al “provecho” a la persona jurídica. Por otra parte, se especifica mejor quienes, en su caso, incumplirían deberes de vigilancia o control con respecto a determinadas *personas físicas*, para así poder determinar la responsabilidad de la persona jurídica, al aludir el art.31 bis) 1 b) CP a “las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior”. Asimismo, respecto de dichas personas, la reforma penal de 2015 ha sustituido la forma impersonal “no haberse ejercido” por la directa “haberse incumplido”, de modo que la persona jurídica solo responderá por aquellos hechos, si se demuestra que las personas a que se refiere el art. 31 bis) 1 a) CP incumplieron “gravemente”<sup>50</sup> los deberes de supervisión, vigilancia y control que les correspondía (art. 31 bis) 1º b) CP),<sup>51</sup> teniendo dichas obligaciones de control, por lo general, contenido normativo<sup>52</sup>. Así pues, subsiste como presupuesto para que declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica, la previa *actuación delictiva de una persona física* que, conforme al art.31 bis 1 CP -y para ambas vías de imputación-, depende siempre de los máximos dirigentes de la empresa.<sup>53</sup> No obstante, las novedades del modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas aquí esbozadas, no parecen haber resuelto la controversia acerca de la *naturaleza* del modelo previsto en el art. 31 bis 1 CP, a la vista de las distintas posturas mantenidas al respecto, tanto en la

<sup>47</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 194.

<sup>48</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código penal español*, 2015, p. 11.

<sup>49</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 162.

<sup>50</sup> Por tanto, para probar el hecho de conexión de los subordinados, “atendidas las concretas circunstancias del caso” (art. 31 bis) 1 b) CP), habría que excluir del ámbito penal, los incumplimientos *nimios* -como v.gr. infracciones leves de la normativa extrapenal de referencia-, en atención al principio de *ultima ratio*.

<sup>51</sup> GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, 2017, p. 74.

<sup>52</sup> En tanto se basan en obligaciones extrapenales (v.gr. administrativas). FERNÁNDEZ TERUELO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas al art. 31 bis 1 b) CP español», *RECPC*, 21-03, 2019, p. 3.

<sup>53</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, p. 132.

doctrina penal de nuestro país,<sup>54</sup> como en diversos órganos institucionales. Sin ánimo de abordar exhaustivamente esta cuestión,<sup>55</sup> conviene, al menos, apuntar las diferencias entre dichas posturas. Al respecto, es conocido el entendimiento de dicha regulación que, de un lado, se funda en el llamado modelo de *transferencia* o *contaminación* de la responsabilidad penal de la persona física a la jurídica<sup>56</sup>, en el caso en que órganos sociales o personas físicas con poder de representación de la misma, cometan un hecho delictivo.<sup>57</sup> En suma, para que la sociedad responda penalmente habría que demostrar algún “hecho de conexión” que identifique el hecho de la persona física con la jurídica, toda vez que hay que probar que la conducta se ha realizado por cuenta y beneficio de la sociedad<sup>58</sup>. Trasladando este esquema al modelo del art.31 bis) 1 CP, se ha podido interpretar que la persona física que cometa el hecho ha de ostentar bien un poder de administración o representación de la empresa –es decir, que fuera un “dirigente”- (art.31 bis).1 a) CP); bien, que el delito lo cometan las personas indebidamente controladas por aquéllas otras personas físicas, principales responsables de la empresa –o “subordinados”- (art. 31 bis).1 b) CP). En el primer caso, el individuo actuó en nombre de la persona jurídica; en el segundo, en el ejercicio de sus actividades sociales y, en ambos casos, por cuenta de dicho ente y en su beneficio “directo o indirecto”.<sup>59</sup> Pero no se requiere que la persona jurídica cometa delito alguno,<sup>60</sup> pues basta que el hecho de la persona física, verifique las clásicas exigencias de la teoría del delito.<sup>61</sup> Desde esta perspectiva, nuestra legislación ofrecería acomodo a un *sistema de heterorresponsabilidad*,<sup>62</sup> en términos similares a como lo entienden algunos operadores jurídicos (*v.gr.* la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016<sup>63</sup>), de modo que aquella persona física sería la que, bajo determinados requisitos previstos

<sup>54</sup> Así, entre otros, inciden en que el brocardo latino “societas delinquere non potest” estaría vigente, GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 332.

p. 332; GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, pp. 163 ss.; AYALA GONZÁLEZ, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas», *Indret*, 2019, p. 17.

<sup>55</sup> SILVA SÁNCHEZ, «La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas», en *Derecho Penal y Criminología*, vol.29, (86-87), 2008, pp.130-135; *Vid.* Díez RIPOLLÉS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *Indret*, 2012, pp. 5 ss.

<sup>56</sup> Sobre este modelo, basado en la responsabilidad vicarial, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 88 ss.

<sup>57</sup> GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 337.

<sup>58</sup> QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal ambiental*, 2013, p. 341.

<sup>59</sup> A su vez, según Díez RIPOLLÉS, en este modelo, caben varias opciones para transferir los hechos delictivos a la empresa. *Vid.* «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *Indret*, 2012, p. 5.

<sup>60</sup> Según SILVA SÁNCHEZ, la nueva previsión de la reforma de 2015, indica que se ha afectado al criterio de conexión entre el delito cometido por la persona física y la persona jurídica, en «El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español tras la reforma de 2015: un esbozo», en *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, p.368.

<sup>61</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, «¿Sobre qué han de decidir los jueces penales?», ponencia del curso “Tratamiento penal de la persona jurídica”, *CEJ*, 2018, p. 42; SILVA SÁNCHEZ, «La exigencia de “modelos de prevención de delitos», en *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, p. 381 ss.

<sup>62</sup> De ahí que, como indica GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 341.

<sup>63</sup> DEL ROSAL BLASCO, «Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», en *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, pp. 84 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 162; GÓMEZ MARTÍN, «Art. 31 bis) CP», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Comentarios la Código penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, (dirs.), 2015, pp. 180 ss.

<sup>64</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre *Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por LO 1/2015*, (en adelante Circular FGE 1/2016) pp. 5, 7 y 8; 23 y ss. En sintonía con la anterior Circular FGE 1/2011, la Circular de 2016 sostiene que la reforma penal de 2015 no introdujo cambios en el art. 31 bis) CP que hayan afectado al modelo de transferencia de responsabilidad que previó la LO 5/2010. Según la Circular FGE 1/2016, la reforma penal de 2015, destierra una posible interpretación

en los apartados a) y b) del art.31 bis) 1 CP, *trasmite, deriva o contamina a la persona jurídica*, la responsabilidad penal. Ante todo porque ésta no tendría capacidad de acción,<sup>64</sup> ni tampoco de verdadera culpabilidad, de modo que lo que aquel precepto vendría a establecer es una suerte de sistema de responsabilidad vicarial.<sup>65</sup> De ahí derivan las principales objeciones a este modelo de imputación, que apuntan a que contraviene el principio de responsabilidad por un hecho propio,<sup>66</sup> tiende a imponer una responsabilidad objetiva<sup>67</sup> y, en suma, vulnera el principio constitucional de culpabilidad.<sup>68</sup>

La imposibilidad de resolver esta problemática de índole constitucional, es una de las premisas para que, desde otras posturas, se entienda, alternativamente, que el nuevo régimen del art. 31 bis) 1 CP, prevé una *responsabilidad penal de personas jurídicas por el hecho propio*, en esencia, fundado en su defectuosa organización (autorresponsabilidad<sup>69</sup>). Para ello, también debe demostrarse que un directivo, administrador o empleado lleva a cabo un hecho delictivo por cuenta propia y en provecho de la sociedad<sup>70</sup>. Pero se tiende a configurar una *teoría del delito para personas jurídicas*<sup>71</sup>, en la que, en esencia<sup>72</sup>, la acción equivaldría a la *capacidad de organización* de la persona jurídica; el tipo (objetivo), al llamado “defecto de organización” y el tipo subjetivo al *conocimiento organizativo del riesgo empresarial*;<sup>73</sup> mientras que la culpabilidad se representaría por un déficit de fidelidad al Derecho, manifestado en una “cultura empresarial de no cumplimiento con el Derecho”<sup>74</sup>. Un

---

en apoyo del modelo de responsabilidad autónoma de la empresa porque, cuando el apartado b) art. 31 bis) CP alude a los delitos cometidos por los subordinados por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, el incumplimiento de dicha supervisión *no se imputa a la empresa*, sino a “aquellos”, es decir, a las personas físicas de la letra a). Esta postura habría tenido eco, entre otras resoluciones, en el Voto particular a la STS 154/2016, 29 de febrero.

<sup>64</sup> Negada la capacidad de acción a las personas jurídicas y cumpliendo este elemento del delito la función de coordinación con otras categorías, se rechaza que los hechos que cometan puedan verificar requisitos como la tipicidad y la antijuridicidad. GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 363.

<sup>65</sup> MIR PUIG, «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas», *RECPC*, (6-1), 2004, pp. 1 ss.; DEL ROSAL BLASCO, «Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención» en *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, p. 163.

<sup>66</sup> Díez RIPOLLÉS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, 2012, p. 5.

<sup>67</sup> GÓMEZ-JARA, *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico*, 2014, p. 60.

<sup>68</sup> AYALA GONZÁLEZ, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas», *InDret*, 2019, p. 13.

<sup>69</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2000, pp. 238 ss.; GÓMEZ-JARA Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 202 ss.; EL MISMO, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, pp. 119 ss.; EL MISMO, en *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico*, 2014, pp. 54 ss.; EL MISMO, «Compliance y delito corporativo: a propósito del autor de 11 de mayo de 2017 del juzgado central de instrucción número cuatro (Caso Bankia)», *Diario La Ley*, (9018), 2017 (<http://diariolaley.laley.es>; última visita 24 julio 2018). GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ªed., 2015, pp.78 ss.; FEJOO SÁNCHEZ, «Replica a Javier Cigüela», *InDret*, (2), 2016, pp. 26 ss.

<sup>70</sup> También, en esta línea de pensamiento, cabe diferenciar varios criterios alternativos para fundamentar la responsabilidad penal de la sociedad; Díez RIPOLLÉS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, 2012, p. 8.

<sup>71</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, 2008, pp. 81- 86, 137-139; GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2015, pp. 78 ss.

<sup>72</sup> En su versión más depurada, esta propuesta hunde sus raíces en propuestas funcionalistas sobre los sistemas sociales autopoieticos -remontándose a PARSON y LUHMAN, pasados por el tamiz de la teoría jurídica del delito de JAKOBS; GÓMEZ-JARA Díez, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, pp.12-38.

<sup>73</sup> GÓMEZ-JARA, *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico*, 2014, p. 59.

<sup>74</sup> GÓMEZ-JARA, asumiendo el concepto funcional-personal de culpabilidad de JAKOBS, en *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 258 ss.; EL MISMO, *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico*, 2014, p. 60.

modelo semejante ha tenido eco en diversas resoluciones de nuestro TS,<sup>75</sup> abriéndose paso una doctrina judicial que básicamente admitirían una responsabilidad penal propia de la persona jurídica, cuya fundamentación sería autónoma y diferenciada de la responsabilidad penal de la persona física, sosteniendo para ello que la sociedad cometería un “delito corporativo” propio<sup>76</sup>. Tampoco este modelo escapa a las críticas, que apuntan a que puede tender a configurar un *derecho penal de autor*, o que, en suma, en ningún caso logra prescindir de la responsabilidad penal de la persona física, junto a la de la jurídica<sup>77</sup>. Además la doctrina jurisprudencial que conceptúa un “delito corporativo” ha sido criticada por ser una creación judicial que conculcaría el principio de legalidad.<sup>78</sup>

Así las cosas, parece obvio que el debate doctrinal y judicial referido a si, a raíz de la regulación del art.31 bis) 1 CP, el legislador ha instaurado un modelo de transferencia *vicarial* o de *heterorresponsabilidad empresarial*, o un modelo de *responsabilidad autónoma* de la empresa, sigue

<sup>75</sup> Entre las sentencias de nuestro TS que han interpretado la regulación de los arts.31 bis), 31 ter) y 31 quater) CP según un modelo de responsabilidad por el hecho propio destacan las SSTS 514/2015, de 2 de septiembre y 154/2016, de 29 de febrero. En esta última, se entendió que “...el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y la correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización”. Así la responsabilidad de los entes colectivos aparecía ligada a lo que se denomina “...la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de la estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que lo integran...” (FD 8º). En la STS 221/2016, de 16 de marzo, se declara contrario al derecho a la presunción de inocencia, “...admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación...” añadiendo que “La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente...” (FD 5º). La STS 516/2016, de 13 de junio, se decanta por asumir un modelo de autorresponsabilidad al indicar que “El art. 31 bis del Código penal actúa como una cláusula de determinación de la autoría definitiva del tipo de autor en las personas jurídicas. El art. 31 bis señala los presupuestos que han de concurrir para la declaración de persona jurídica como autora del delito...” (FD 1º) No obstante, también añadió confusión al sostener que “...en el diseño de esta imputación a título del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema *vicarial* siendo independiente la responsabilidad de la persona física y de la jurídica (art.31 ter CP), respondiendo cada una de ellas a su propia responsabilidad” (cursiva añadida al FD 1º). Si bien, como el propio TS indicó posteriormente, esta última sentencia confirmaba, en realidad, la línea jurisprudencial favorable al modelo de la autorresponsabilidad -no *vicarial*-. Esta línea jurisprudencial se continúa en las SSTS 583/2017, de 19 julio y 455/2017, de 21 de junio. En esta última, se niega “...la existencia de un *litis consorcio pasivo necesario* entre la persona jurídica y la persona física, recordando la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica, frente a la que es predicable del directivo o empleado que comete el delito de referencia. donde se recuerda la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica” (FD 1º). Por último en la STS 668/2017, de 11 octubre, se señala que el modelo de “responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos *sine qua non* para proclamar la autoría penal de una persona jurídica” (FD 1º, punto 1.2.3). *Vid.* la SAP Valencia de 27 de diciembre 2017 (nº 814/2017), FD 6º. Para un análisis de las cuatro primeras sentencias citadas en esta nota, GÓMEZ-JARA, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 2017, pp. 29 ss.

<sup>76</sup> Según la STS 221/2016, de 16 marzo (Sala 2ª): “la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva (FD. 5, apartado D).

<sup>77</sup> SILVA SÁNCHEZ, «La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas», *Derecho Penal y Criminología*, (86-87), 2008, pp. 134. También crítico DÍEZ RIPOLLÉS, pese a que considera la variante llamada del “hecho delictivo societario” la vía correcta a seguir, en DÍEZ RIPOLLÉS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *Indret*, 2012, (1) p. 9.

<sup>78</sup> Al respecto, son atendibles las críticas DE AYALA GONZÁLEZ, hacia la construcción judicial del TS, de un delito de nuevo cuño que no prevé el art.31 bis) CP y cuya conducta prohibida no está tipificada en la ley, vulnerando así el postulado de *lex stricta*, en «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas», *Indret*, 2019, (1), pp. 7-9.

abierto en tiempos recientes<sup>79</sup>. Más allá de rebatir las distintas posturas, se trata ahora de aclarar la postura aquí adoptada, que entiende que la regulación vigente ofrece más elementos de juicio que avalen el *modelo de transferencia*.<sup>80</sup> Ante todo porque, desde la perspectiva formal,<sup>81</sup> en aquel precepto no se exige que las personas jurídicas cometan delito alguno,<sup>82</sup> sino que en la línea de la normativa comunitaria de la que trae causa, se instaura una suerte de regla de imputación,<sup>83</sup> basada en demostrar, en primer término, el delito cometido por una persona física y su responsabilidad penal que, en segundo lugar, bajo determinados presupuestos de conexión, se traslada también a la persona jurídica.<sup>84</sup> En principio, ello no vulneraría el postulado de *responsabilidad penal por el hecho propio*, si admitimos que el ente jurídico puede responder de determinados hechos delictivos porque el Código penal español contiene unas exigencias equivalentes –tasadas *ex lege*–, a las requeridas constitucionalmente para demostrar la culpabilidad de la persona física.<sup>85</sup> Dicha equivalencia parece posible a partir de la lectura conjunta de los presupuestos y hechos de conexión previstos en el art. 31 bis) 1º CP, así como de las *condiciones* del art. 31 bis) 2º, 3º y 4º y los *requisitos* de los *compliance* según art. 31 bis) 5º CP.<sup>86</sup> Todas estas exigencias tejen la red de legalidad que da soporte constitucional a la imputación de culpabilidad a las personas jurídicas, pues evidencian que el CP español no permite una traslación automática de la responsabilidad penal tan solo por el hecho de que una persona física cometiera un delito en su seno.<sup>87</sup> Si el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas no responde a un modelo de responsabilidad sin culpabilidad, parece plausible justificarlo a partir de que las personas físicas delimitadas en el art. 31 bis) 1 CP verifiquen los requisitos de la teoría del delito,<sup>88</sup> puesto que en aquel precepto se exige, inequívocamente, la

<sup>79</sup> MARCHENA GÓMEZ, en “Prólogo” a la obra de GÓMEZ-JARA, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 2017, p. 18.

<sup>80</sup> Incluso si se opta por entenderlo como sistema vicarial, ya NIETO MARTÍN, explicó las razones por las que no es objetable su constitucionalidad, en NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, p. 120.

<sup>81</sup> Otros argumentos al respecto, son las referencias normativas del art. 31 bis) 1 CP, a “...los delitos cometidos en nombre o por cuenta...” y del art.31 ter) CP a que “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 atribuidos en el artículo anterior...” (cursiva añadida). Además el sistema de determinación de la pena de multa para las personas jurídicas en la Parte Especial (respecto a los delitos incluidos en el sistema de “*numerus clausus*”), por lo general, se basa en un cálculo de dicha pena, dirigida a la persona jurídica, que está en función de la duración de la pena prevista para el delito cometido por la persona física (*vid. v.gr.* art. 328 CP, que posteriormente se analizará).

<sup>82</sup> Como destaca GÓMEZ MARTÍN, en realidad, el art.31 bis) CP declara que sólo la persona física -que representa a la jurídica- puede cometer el delito en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, pp. 370-371.

<sup>83</sup> SILVA SÁNCHEZ, «La exigente de “modelos de prevención de delitos», en *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, p. 382.

<sup>84</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 163.

<sup>85</sup> Por otra parte, la propuesta de delimitar una culpabilidad propia de las personas jurídicas, no parece viable acudiendo a constructos teóricos como el del “déficit de cultura empresarial de cumplimiento al Derecho” como equivalente a la culpabilidad de las personas jurídicas, porque a la postre remite a un concepto de culpabilidad, vacío de contenido. GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, pp. 366.

<sup>86</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, «El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Represión penal y Estado de Derecho*. LH- Prof. QUINTERO OLIVARES, 2018, pp. 571 ss.

<sup>87</sup> Como indica GONZÁLEZ CUSSAC, la responsabilidad penal para la sociedad se basa en los “presupuestos” y “hechos de conexión”, en «El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Represión penal y Estado de Derecho*. LH- Prof. QUINTERO OLIVARES, 2018, pp. 571 ss.

<sup>88</sup> Al respecto, se adopta aquí un entendimiento del delito basado en la concepción significativa de la acción. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, 2011, pp. 219-229. Baste ahora destacar que, conforme a la misma, la acción

prueba de la comisión de “delitos”<sup>89</sup>. Sobre estas premisas, el nuevo régimen del art. 31 bis) CP no parece causar fricciones con nuestro sistema constitucional de garantías penales<sup>90</sup>. Porque si se opta por explicar que la razón de la transferencia radica en el incumplimiento de obligaciones de control atribuidas a determinadas personas físicas referidas en el art. 31 bis) 1 CP, dicha infracción y la previa comisión de un delito, serán los concretos aspectos que deberá demostrar la acusación, más allá de toda duda razonable.<sup>91</sup> Así, la prueba de estos aspectos deviene imprescindible desde la perspectiva constitucional, que es la más importante. También desde esta óptica habrá que afrontar otras fricciones que el régimen penal de los arts. 31 bis) a 31 *quinquies*) CP suscita, en especial, con el *ne bis in idem*<sup>92</sup>, o la *presunción de inocencia*.<sup>93</sup> Como conclusión a este breve análisis de dicho régimen, ha de apuntarse que se configura legalmente una fórmula de responsabilidad penal por *transferencia, acumulativa y limitada*<sup>94</sup>. Desde este entendimiento, cabe introducir la regulación penal de los *compliance programs*.

---

con relevancia penal es distinta a un mero “hecho”, pues aquélla se basa en una conducta humana que daría sustrato a un sentido. Sería, por tanto, aquel sentido de la acción típica cometida por la persona física, lo que se transferiría a la persona jurídica, que sería responsable penal y no ejecutora material del delito. *Vid.* CARBONELL MATEU, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010», *CPC*, (101), 2010, pp. 13 ss.

<sup>89</sup> Cuestión distinta es la previa *condena* de la persona física. Niega que ésta se requiera GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 205. Según la STS 742/2018, de 20 diciembre 2019; “la cuestión de la exigencia de previa condena de persona física, como presupuesto de la de una persona jurídica, no se acomoda al precepto...” (*sic.* 31 bis) en relación con el art.31 ter-2 CP). Porque “...una cosa es que se exija la “constatación” de la actuación de esos sujetos personas físicas y otra que sea un presupuesto la previa “condena” de las mismas...” (FD 3º).

<sup>90</sup> No huelga recordar que en Derecho administrativo sancionador español se admite la responsabilidad de personas jurídicas sin que se planteen dudas de constitucionalidad, dada la “matización” de los límites al *ius puniendi* en este ámbito (*vid.* STC 18/1981, 8 junio, FJ 3º). Por ello, de *lege ferenda*, no hay que obviar la opción de una *ley especial (sancionadora) en materia de responsabilidad corporativa*. GONZÁLEZ CUSSAC, «El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Represión penal y Estado de Derecho*. LH-Prof. QUINTERO OLIVARES, 2018, pp. 566 ss.

<sup>91</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 175.

<sup>92</sup> Al respecto, plantea dudas de constitucionalidad el art.31 ter) CP 1º, parte 1ª. Ante todo en casos en que la identidad subjetiva entre la persona física y la jurídica sea tal que con la sanción penal impuesta a la persona jurídica, también se afecte materialmente a intereses de la persona física, que además reciba una pena (v.gr. sociedades unipersonales o con socios únicos). Para evitar casos de *bis in idem* y de *desproporción*, puede entenderse que en el apartado 1º, *in fine*, se ha traspuesto la jurisprudencia constitucional de la STC 2/2003, 16 de enero, para la compensación de sanciones de la misma naturaleza (en especial, la multa). A la luz del apartado 1º, *in fine* del art. 31 ter) CP también hay que enjuiciar otros casos problemáticos, como hizo la STS n.746/2018, 13 febrero 2019 en el supuesto en que recayó una multa penal a una persona jurídica y a la persona física que era su administrador, si bien -se aclara- que ésta era su socio mayoritario o *relevante* -pero no socio único- (contaba con el 50% de las participaciones). Para este caso “...se armoniza la duplicidad, a veces más formal que material de sujetos responsables con la prohibición del *bis in idem*. De ahí que el Código fije como parámetro o referente de la búsqueda proporcionalidad, la suma de las cuantías respectivas de las multas” (FFDD 5-8).

<sup>93</sup> Así, la interpretación del sistema de *compliance* previsto no puede amparar una interpretación que conduzca a revertir la carga de la prueba. GÓMEZ TOMILLO, *Compliance penal y política legislativa*, 2016, p. 31. En consecuencia, corresponderá a la acusación probar la inexistencia de un programa eficaz. MAGRO SERVET, «Viabilidad de la pericial de *compliance* para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas», *Diario La Ley*, (9337), pp. 8 ss.

<sup>94</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, «¿Sobre qué han de decidir los jueces penales?», ponencia del curso “Tratamiento penal de la persona jurídica”, *CEJ*, 2018, p. 42.

### 2.3. Principales rasgos de los *compliance program* a tenor del art.31 bis) 2-5 CP

A fin de dilucidar, posteriormente, en qué términos los *criminal compliance ambientales* pueden desplegar eficacia eximente o atenuante, conviene realizar una breve aproximación al *régimen de los modelos de “organización y gestión”* previsto en el art. 31 bis) apartados 2, 3, 4 y 5 CP, tras la reforma de LO 1/2015.<sup>95</sup> Dicho régimen de exención o atenuación a que puede dar lugar la implantación de “programas de organización y gestión” tiene dos variantes, referidas, respectivamente, a cada uno de los títulos por los que cabe imputar delitos, a personas jurídicas (apartados a) y b) del art. 31 bis) 1 CP). Así, la regulación de los regímenes relativos a cada título de imputación, se encuentra situada en distintos apartados del art. 31 bis) CP (*vid.*, respectivamente, apartado 2º y apartado 4º CP), pero en ambos casos se exige desarrollar “modelos de organización y gestión”. Pese a que, en esencia, dichos regímenes son parejos, existen diferencias que permiten apuntar a que las conductas de los subordinados (apdo. b) art. 31 bis) 1 CP) gozan de un campo de exoneración algo más amplio (*vid.* art. 31 bis) 4 CP)<sup>96</sup> que en el caso de los administradores y dirigentes de la empresa (art. 31 bis.1 a) CP).<sup>97</sup>

Centrándonos en los *compliance programs*, pese a la similitud entre los requisitos y condiciones relativas al *contenido* que debe manifestar -bien cometa el delito un dirigente o administrador (art. 31 bis) 2 CP), bien un subordinado (art. 31 bis) 4º CP)-, no cabe hablar de dos clases de *compliance programs*.<sup>98</sup> Con todo, no puede obviarse que la reforma penal de 2015 ha introducido una distinción en los criterios materiales de referencia<sup>99</sup>. Así, respecto a los directivos, la norma penal realiza una descripción más precisa de las medidas de vigilancia y control, pues -desde el plano abstracto y concreto- han de ser “idóneas” para prevenir delitos de la misma naturaleza -que el ya cometido-, o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (condición 1ª, aptdo. 2º, art. 31 bis) CP). Respecto a los subordinados (art.31 bis) 1 b) CP), se requiere, de manera más laxa, que el programa de prevención sea “adecuado” para prevenir delitos de la naturaleza del cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (aptdo. 4º, art.31 bis) CP). También han de concurrir unas exigencias *comunes*, que delimitarían el *contenido sustancial* de los “modelos de organización y gestión” del art. 31 bis) apartados 2.1, 4, 5 CP),<sup>100</sup> y que, de verificarse, dotarían

<sup>95</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Compliance penal y política legislativa*, 2016, pp.26 ss.; GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, 2017, p. 72.

<sup>96</sup> Según la Circular FGE 1/2016, esta decisión legislativa respondería “...a la superior trascendencia que cabe otorgar a los modelos de organización respecto de los delitos cometidos por los subordinados”. *Vid.* Circular FGE 1/2016, pp. 40 ss. *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, *Compliance penal y política legislativa*, 2016, p. 28.

<sup>97</sup> Ante todo porque respecto a los directivos la eficacia eximente de los *compliance programs* queda supeditada a la prueba, ante el juez de que, en suma, la sociedad actuó diligentemente, si bien los “autores individuales” cometieron el delito debido a que hubo una elusión fraudulenta del programa preventivo (art. 31 bis) 2º.3ª CP), y no a una insuficiencia de los mecanismos del programa. Dicha “elusión” ha de consistir en un *fraude*, pues la mera elusión sin un engaño revelaría la insuficiencia del modelo preventivo. GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 176.

<sup>98</sup> *Vid.* la Circular de la FGE 1/2016 (p. 41) que descarta que existan razones lógicas o teleológicas para distinguir entre los modelos de organización y gestión exigibles a tenor del art. 31 bis) 1º CP.

<sup>99</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 190.

<sup>100</sup> Para no exceder los límites de este trabajo, queda al margen del mismo el estudio de la figura del llamado *compliance officer* u “oficial o encargado de cumplimiento” previsto en la condición 2ª del apartado 2 del art. 31 bis) CP. DE LA MATA BARRANCO, «El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones», en LH- JUAN Mª. TERRADILLOS BASOCO, 2018, pp. 457 ss.; MONTANER FERNÁNDEZ, «El *Criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones», *EPC*, (35), 2015, pp. 748 ss.

al concreto *compliance*, de efectos eximentes o atenuantes. Resumidamente serían, de un lado, una exigencia temporal acerca de que el *compliance program* haya de ejecutarse y adoptarse antes de la comisión del concreto delito (apdos.2º.1 y 4º art.31 bis) CP). De otro, los requisitos previstos en el apartado 5º art. 31 bis) CP, entre los que destaca la labor de “identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.” Esta tarea constituye la actividad preventiva más básica en todo *compliance* y es en la que, por ello, se centrará este trabajo. En esencia, la misma requiere inventariar los concretos riesgos por áreas de actividad y valorarlos, siendo las herramientas más importantes para ello, el llamado *mapa de riesgos*, su análisis y la evaluación de los mismos.<sup>101</sup>

A la vista de esta regulación, parece poco discutible que *ex lege*, se atribuya a los *compliance programs* una eficacia eximente o atenuante. Aún a riesgo de resumir una cuestión harto polémica, es preciso pronunciarse acerca de la naturaleza del *compliance*, bien como causa eximente o como atenuante, para lo que hay que reparar en la dinámica con que el modelo de prevención y gestión debe verificar formalmente aquellas condiciones y requisitos, partiendo de que la legislación penal comentada exige constatar su *eficacia preventiva*. A ello se refiere, el art.31 bis) 2º1º) y 4º) CP con el requisito de “adoptar y ejecutar con eficacia...” un programa de prevención<sup>102</sup>. Presupuestos de este elemento común será la prueba, desde una perspectiva *ex ante*, de la adecuación del programa o la idoneidad de las medidas que contenga, para prevenir el correspondiente delito, en el seno de la persona jurídica, aunque *ex post* tal programa no haya sido suficiente<sup>103</sup>. En suma, ello obliga a que dichos modelos de organización y gestión persigan tres objetivos: prevención, detección y paliación.<sup>104</sup> Entre otros datos, habrá que demostrar que dichas medidas preventivas resultan proporcionadas al riesgo en cuestión y que el programa es suficiente y apto para prevenir delitos de la misma naturaleza al cometido,<sup>105</sup> o reducir su comisión a la categoría de “riesgo residual”<sup>106</sup>. La mayor concreción de dicha *eficacia previa* constituye una cuestión de un calado más profundo que requerirá diferenciar casos, posteriormente,<sup>107</sup> respecto al *compliance ambiental*.

Más allá de encuadrar en una categoría dogmática a los *compliance programs*, la cuestión acerca de su naturaleza resulta de interés práctico para acotar el momento procesal en el que ha de demostrarse la ejecución eficaz *ex ante* de un *compliance* adecuado. No en vano se trata, de nuevo, de una cuestión en la que se aprecian diferencias entre, de un lado, la postura de la Circular de la FGE 1/2016, según la cual, la eximente se encontraría próxima a una “excusa absolutoria” referida

---

<sup>101</sup> El resto de condiciones (de la 2º a la 6º art. 31 bis) 5º CP) son descritas con precisión, pero no afectan al contenido más básico de un *compliance*, por lo que su estudio excede del objeto de este trabajo.

<sup>102</sup> KUHLEN, «Cuestiones fundamentales: compliance y Derecho penal», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA(eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, 2013, p. 51.

<sup>103</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Compliance penal y política legislativa*, 2016, p. 29.

<sup>104</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 196.

<sup>105</sup> Según GÓMEZ TOMILLO, para apelar a la eximente, dichas medidas han de ser lo bastante serias “...como para no tildarlas de simplemente cosméticas”, en *Compliance penal y política legislativa*, 2016, p. 89.

<sup>106</sup> GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, 2017, pp. 131 ss.

<sup>107</sup> Como indica SILVA SÁNCHEZ, obliga a plantearse si lo importante en la ejecución de un *compliance*, es una “estructura” o una “dinámica” de cultura de cumplimiento, en «La eximente de “modelos de prevención de delitos», en EL MISMO *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, p. 404.

a la punibilidad.<sup>108</sup> Y, de otro, la postura judicial, pues, en concreto, la STS 154/2016, de 29 de febrero (FD 8º), criticó aquel entendimiento,<sup>109</sup> destacando la “naturaleza discutible” de dicha eximente y decantándose por relacionarla con el tipo objetivo “...puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la personas jurídica, complementario de la comisión del ilícito de la persona física” (FD 8º). Entre la doctrina también se han desarrollado diversos planteamientos sobre la naturaleza del *compliance*<sup>110</sup>, en coherencia con las distintas opciones previamente adoptadas en torno al fundamento de la responsabilidad penal de personas jurídicas.<sup>111</sup> Desde la postura aquí sostenida, la figura del *compliance* no constituye el fundamento directo de la infracción de los deberes personales de control de determinadas personas físicas del art.31 bis) 1 CP; ni el fundamento de la imputación a la persona jurídica sería el defecto de control (culpabilidad propia de la personas jurídica).<sup>112</sup> Tampoco se considera aquí consecuente, supeditar la *tipicidad* de la conducta atribuida a la persona jurídica, a la prueba de la existencia de un *compliance* en su seno. De hecho, el entendimiento de un *compliance* como causa de atipicidad difícilmente permite explicar el régimen de atenuación previsto en el art. 31bis) CP apartados 2 *in fine* y 4 *in fine*, pues así caracterizado, no se entiende cuándo el juez podría otorgar efectos atenuantes a la “acreditación parcial” que se alude en dichos preceptos. Una alternativa a este entendimiento, basada además -como veremos- en la tradición del *compliance* en el *common law*, consistiría en desplazar los efectos del criminal *compliance* al análisis del merecimiento de pena. Esto es, probada la imputación a la persona jurídica de un delito cometido por una física, existirá necesidad de pena en abstracto. No obstante, es cuestionable si, demostrada la existencia de un *compliance*, habrá necesidad de pena en el caso concreto, de modo que para enjuiciar si opera la eximente o la atenuante del *compliance*, habrá que diferenciar casos concretos. Y ello porque, aunque en general, se atribuye a un *compliance program*, la función de evitar la

<sup>108</sup> Circular 1/2016, de la FGE, p. 56.

<sup>109</sup> En tanto que “...una “excusa absolutoria” ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia de la misma infracción” (FD 8º.4, b) Si bien, en el Voto particular a esta sentencia, emitido por 7 magistrados (frente a los otros ocho, del Pleno de la Sala), se cuestionó que la cultura de control sea un elemento del tipo objetivo (FJ 2º).

<sup>110</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, plantea, que los modelos de prevención ejecutados eficazmente, tendrían, naturaleza de “*eximente procedimental*” cuyas condiciones las establece el propio Código penal, en “La eximente de “modelos de prevención..” («La eximente de “modelos de prevención de delitos», en EL MISMO *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, p. 402). Según GONZÁLEZ CUSSAC “si se comprenden como auténticas eximentes, lo serán a todos los efectos”, y su régimen probatorio será distinto al de los presupuestos de la infracción, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 176.

<sup>111</sup> Para FEIJOO SÁNCHEZ, no es convincente la postura de la Circular de la FGE 1/2016, al entender la naturaleza del *compliance* como “excusa absolutoria”, puesto que dicha exención excluye la pena, “...pero tal expresión literal hace referencia a que falta algún presupuesto legítimo para poder imponer la sanción”, en «Replica a Javier Cigüela», *InDret*, (2), 2016, pp. 26 ss. Según GÓMEZ-JARA a la vista del momento procesal en que se tuvo en cuenta la alegación del *compliance* (fase de instrucción) y del sobreseimiento libre al que condujo, en el Auto de 11 de mayo de 2017 del Juzgado Central de Instrucción, nº 4, el encaje dogmático más correcto sería el de causa de atipicidad. *Vid.* «Compliance y delito corporativo: a propósito del autor de 11 de mayo de 2017 del juzgado central de instrucción número cuatro (Caso Bankia)», *Diario La Ley*, (9018), 2017; GÓMEZ-JARA, *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico*, 2014, p. 60, donde asimila los *compliance programs* a causas de exclusión de la culpabilidad.

<sup>112</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p.175. Además la postura que asimila los *corporate compliance programs* con causas de exclusión de la culpabilidad, difícilmente se compadece con las previsiones del art. 20.1 y 2 CP donde, con carácter taxativo, se prevén las circunstancias que pueden afectar a la imputabilidad y normal motivación del reo.

responsabilidad penal de las personas jurídicas,<sup>113</sup> no cualquier *compliance* permite acudir al art.31 bis) 2 o 4 CP<sup>114</sup>. Para diferenciar supuestos, habrá que reparar en que la legislación penal establece las citadas *condiciones* -dependiendo de qué persona física cometió un delito<sup>115</sup> -, y *requisitos* para la exención (art.31 bis) 5 CP); toda vez que si hay una acreditación parcial, "...será valorada a efectos de atenuación de la pena." (art.31 bis) 2º, 4ª *in fine* y apdo. 4º CP). Tanto si el delito es cometido por un *directivo* (art.31 bis) 2.1º CP) como por un *subordinado* (art.31 bis) 4 CP), habrá que atender a unos criterios comunes, esto es, al aspecto *valorativo* referido a si la empresa ha adoptado y ejecutado, con *eficacia* un *compliance program*; y también si lo hizo *antes* de la *comisión* del delito. Además de dicha eficacia, el *compliance program* deberá ser *adecuado* (art.31 bis) 4 CP) o sus medidas *idóneas* (art.31 bis) 2,1º CP) para alcanzar una finalidad alternativa: bien, para *prevenir* delitos de la misma naturaleza, bien que sirvan para *reducir* el riesgo de su comisión *significativamente*. La técnica legislativa empleada para describir estos criterios, revela que son términos *pendientes de valoración*, de modo que parece que los efectos eximentes o atenuantes de un *compliance* van asociados a factores que son *graduables*.<sup>116</sup> Y ello refuerza la necesidad de diferenciar supuestos a partir de la valoración que deba hacerse de la "eficacia" con que se adopta y ejecuta un *compliance*.<sup>117</sup> Así, ésta debe probarse para eximir o atenuar pero habrá que concretar, para cada caso, en qué grado. Para ello, es atendible la propuesta que distingue entre la eficacia referida a la estructura del modelo preventivo y la relacionada con la operatividad de sus instituciones, normas y procedimientos, considerando además el tiempo de implantación del sistema de *compliance*.<sup>118</sup> Dichas directrices serán retomadas, posteriormente, para delimitar la eficacia de los *compliance programs ambientales*.

En todo caso, el entendimiento aquí adoptado es coherente con la postura según la cual, la mayor o menor necesidad de pena en concreto podrá medirse atendiendo a si concurren total o parcialmente todas las condiciones del apartado 2º (reglas 1º a 4º) y del apartado 4 del art. 31 bis) CP. Si esto es así, parece que la naturaleza del *criminal compliance* se asimila a una excusa o semi-excusa absolutoria, basada en la ausencia o aminoración de necesidad de pena en concreto.<sup>119</sup> Una consecuencia práctica relevante de este entendimiento es que, por lo general, la prueba de la *inexistencia* de un *compliance eficaz* o de su *ineficacia* o de su *falta de adecuación o idoneidad*, habrá de ventilarse en el juicio oral, antes de la sentencia,<sup>120</sup> correspondiendo probarlo a la acusación y sin que pueda recaer en la persona jurídica la carga de demostrar una organización adecuada.<sup>121</sup>

<sup>113</sup> ROTSCH, «Criminal compliance», *InDret*, (1), 2012, p. 5.

<sup>114</sup> GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, 2017, p. 76; MAGRO SERVET, «Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas», *Diario La Ley*, (9337), 15/01/19, pp. 3 ss.

<sup>115</sup> Si el delito lo comete uno de los llamados "dirigentes" (art.31 bis) 1 a) CP), hay que atender al art. 31 bis) 2.2ª, 3ª y 4ª CP). Y si la realiza un "subordinado" (art.31 bis) 1 b) CP), al art.31 bis) 4º CP).

<sup>116</sup> SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español tras la reforma de 2015: un esbozo», en EL MISMO *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, p. 404.

<sup>117</sup> MAGRO SERVET, «Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas», *Diario La Ley*, (9337), 15/01/19, pp. 3 ss.

<sup>118</sup> SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español tras la reforma de 2015: un esbozo», en EL MISMO *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, pp. 404 ss.

<sup>119</sup> GÓRRIZ ROYO, «Límites a la justificación y a la culpabilidad penales», en CARBONELL MATEU (dir.), *La justificación penal: balance y perspectiva*, 2008, pp. 282 ss.

<sup>120</sup> GIMENO BEVIÁ, *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 2016, p. 246.

<sup>121</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 175.

Así delimitado en su esencia, el régimen de responsabilidad penal y los “modelos de organización y gestión” instituidos por el art. 31 bis) CP 1-5, cabe analizar su proyección en los delitos contra el medio ambiente que cabe imputar a personas jurídicas.

### ***3. Impacto de las reformas de LO 5/2010 y lo 1/2015, en la responsabilidad penal de las personas jurídicas que operan en medio ambiente***

#### **3.1. Introducción**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo para algunos delitos contra el medio ambiente, a partir de la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio (BOE nº 152, de 23 de junio).<sup>122</sup> Para ella la vinculación con la normativa comunitaria en esta materia fue decisiva,<sup>123</sup> de modo que el legislador penal se hizo eco de la exigencia de sanciones a que se refería el art.6 de la Directiva 2008/99/CE, e introdujo penas de *multa* en el art. 327 CP, con relación al delito contra el medio ambiente del art. 325 CP (bien se aplicaran o no, las agravantes específicas del art. 326 CP) y otras penas de *multa* en el art. 328.6 CP, para los delitos de los apartados 1 a 5 de aquel precepto.

Frente a estas dos previsiones dispersas en el seno del Capítulo III, la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, optó por reubicar y unificar en una sola cláusula la referencia expresa a dicha responsabilidad en materia ambiental, estableciéndola en el art. 328 CP. A su tenor, cabe ahora exigir responsabilidad penal a una persona jurídica, por *cualquiera* de los delitos del Capítulo III del Título XVI. Esta reestructuración comporta, ante todo, una evidente expansión de la punibilidad, siendo tributaria de los profundos cambios realizados en dicho capítulo a través de la *reforma penal de 2015*.<sup>124</sup> Conviene, por tanto, acotar el grupo de delitos contra el medio ambiente (art.325 a 331 CP) que pueden imputarse a una persona jurídica a raíz de la LO 1/2015, y frente a los que ésta puede implantar un *compliance ambiental* que despliegue efectos eximentes.

#### **3.2. Las cláusulas de los arts. 327 y 328.6 CP bajo la reforma de LO 5/2010**

La reforma operada por LO 5/2010, impactó de lleno en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas en medio ambiente.<sup>125</sup> Ante todo por la previsión en el Capítulo III del Título XVI, por primera vez en la legislación penal española, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas,<sup>126</sup> a través de los arts. 327 CP y del apartado 6º del art. 328 CP.<sup>127</sup> Interesa recordar, por

<sup>122</sup> SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, 2012, pp. 168 ss.; GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, 2015, pp. 329 ss.

<sup>123</sup> VERCHER NOGUERA, «Algunas notas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el contexto penal ambiental comunitario», *Diario la Ley*, (8805), 2016, p. 4.

<sup>124</sup> GÓRRIZ ROYO, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, (arts. 325, 326, 326 bis), 327 y 328 CP)», en GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO, (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código penal*, 2015, pp. 1007 ss.

<sup>125</sup> Hasta la propia rúbrica del Título XVI se modificó en 2010, al incorporar, una nueva referencia al “urbanismo”, junto a las alusiones a los bienes jurídicos “ordenación del territorio” y “medio ambiente”.

<sup>126</sup> Entre otros, QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal ambiental*, 2013, pp. 89 ss; GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, 2015, pp. 329 ss.

<sup>127</sup> Parece que esta previsión trajo causa en el compromiso de nuestro país para trasponer el art. 7 de la Directiva 2008/99/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, que obligó a los Estados miembros a adoptar medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas consideradas responsables según el art. 6, fueran castigadas con sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. No se concretó cuáles debían ser esas medidas, lo que dio discrecionalidad a los estados miembros para seleccionarlas.

obvio que parezca, que la redacción de los arts. 327 y 328.6 CP según la LO 5/2010, estuvo en vigor aproximadamente cinco años, para aclarar los límites temporales de la aplicación de dichos preceptos.<sup>128</sup> Ante todo porque las cláusulas de los arts. 327 y 328.6 CP permitían incluir *solo algunos* delitos contra el medio ambiente dentro del sistema de “*numerus clausus*” previsto “*ex novo*” en el art.31 bis) CP. En concreto, compartían una estructura similar para referirse, respectivamente, al delito del art. 325 y a los del art. 328, 1, 2, 3 y 4 CP.<sup>129</sup> Con la previsión de dichas cláusulas, desde 2010, cabía castigar tanto a una persona física como a una jurídica, por los delitos tipificados en el art. 325 CP (en su caso, incluso con relación a una o varias circunstancias específicas del art. 326 CP) y también por los de los arts. 328 1, 2, 3 y 4 CP. Además, cabía acumular las respectivas autorías de las personas física y jurídica. Las penas previstas para la persona jurídica eran *multas* que, según el art.327 CP, podían calcularse conforme al sistema de días multa y llegar a tener la duración de dos a cinco años, siempre por referencia al delito cometido por la persona física (que debía tener señalada una pena de prisión de más de cinco años).<sup>130</sup> En el caso del art. 328 CP las multas eran de inferior duración, pudiendo ser de uno a tres años o bien, multa del doble o cuádruple del *perjuicio causado* cuando la cantidad resultante fuera más elevada. De nuevo, esta multa venía condicionada por el delito cometido por la persona física, que tenía que tener una pena de más de dos años de prisión (apartado a).<sup>131</sup> Para todos aquellos delitos además, las citadas cláusulas preveían la posibilidad de aplicar las penas del art. 33 CP apartado 7 letras b) a g). Inexplicablemente aquel sistema dejaba fuera del grupo de delitos del Capítulo III que cabía imputar a personas jurídicas, al *delito de daños a elementos ambientales* (art. 330 CP), aspecto éste que se corrigió por la reforma penal de 2015, tras la que cabe imputarles *todos* los delitos de aquel capítulo. Sin embargo, esto último ha abierto nuevos interrogantes como enseguida veremos.

### 3.3. La reforma del Capítulo III del Título XVI por la LO 1/2015: principales modificaciones

Con la reforma penal de 2015, en apariencia, el legislador penal pretendió-como en alguna de las enmiendas que la motivó, se apunta-, seguir el modelo de otros países para trasladar un esquema de Derecho penal ambiental inspirado en las antes citadas Directivas europeas y basado en diferenciar: *tipos contra el medio ambiente* (art. 325 CP), *delitos relativos a la gestión de residuos* (art. 326 CP) y *delitos relativos a actividades o instalaciones industriales* (art. 326 bis) CP). De este modo el Capítulo III, del Título XVI, se adaptó a la normativa europea, pudiendo considerarse incluso expresión de un “fiel seguidismo europeo” en la trasposición de la citada Directiva.<sup>132</sup> Sin embargo, a la vista de la regulación introducida, cabe la duda de que, efectivamente, se haya logrado

<sup>128</sup> Art.7 CP y art.2 CP para, en su caso, aclarar la vigencia de las penas de multa y otras sanciones allí previstas y posibles problemas de irretroactividad o retroactividad de la ley penal más favorable.

<sup>129</sup> Tras su previsión, se cuestionó por qué aquellas cláusulas no habían sido introducidas al final del Capítulo III del Título XVI, para así abarcar a todos los delitos allí contemplados, pues era llamativo que no alcanzara ni al delito del art. 330 CP ni a la previsión expresa de la imprudencia del art. 331 CP.

<sup>130</sup> Apartado a) art. 327 CP. Para el resto de casos, el apartado b) de dicho precepto, establecía una multa de uno a tres años. RAMÓN RIBAS, «Art.327», en VVAA *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, 2001, p. 282.

<sup>131</sup> El apartado b) del art. 328 CP castigaba el resto de los casos, con una multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada.

<sup>132</sup> DE LA MATA BARRANCO, «Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea», en *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, 2015, pp. 30 ss., marginal 1424 *in fine*.

trasladar aquel esquema con respeto a nuestros principios constitucionales, ante todo, a la luz de las imperfecciones técnicas que la nueva legislación manifiesta, los déficits de lesividad que se detectan y el sistema de determinación de penas (v.gr. arts. 326 y 326 bis) CP) basado en la continua remisión al modelo escalonado de penas del art.325 CP que plantea dificultades incluso a la hora de fijar el marco penal abstracto de alguno de estos delitos.

La reforma puede resumirse diciendo que impacta sobre el tipo básico del art. 325 CP y apelando a ciertas Directivas –de las que, como se ha indicado, ya se había hecho eco la LO 5/2010, de 22 de junio-, se introduce un nuevo tipo en aquel precepto –que, en principio, puede considerarse *atenuado*- toda vez que se altera su numeración. Además, se modifica el contenido de los arts. 326 a 328 CP, vaciando de delitos, ante todo, el art. 328 CP, donde ahora se ubica la cláusula sobre *la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En líneas generales, es susceptible de crítica el empleo de una técnica legislativa defectuosa y más propia de la legislación administrativa.<sup>133</sup> Téngase en cuenta además que a todos los delitos reformados le son de aplicación la *cláusula de incriminación expresa de la imprudencia* del art. 331 CP y las *disposiciones comunes* del Capítulo V, Título XVI. Lo anterior obliga a prestar especial atención, en este trabajo, al problema de si cabe imputar delitos ambientales *imprudentes*, a personas jurídicas.

A pesar de estos cambios, puede decirse que la reforma no se despega del esquema clásico de los delitos contra el medio ambiente que, en nuestro país, data de la LO 8/1983, de 25 de junio,<sup>134</sup> centrado en la protección en el interés colectivo “*medio ambiente*”. Éste sigue siendo la “*ratio legis*” que, con base en el art. 45 CE, inspira la tutela desplegada en la mayoría de delitos del Título XVI, y, en particular, en los del Capítulo III.<sup>135</sup> En el contexto de este Capítulo es de aplicación el régimen antes analizado del art. 31 bis) CP y, por lo que aquí interesa, se ha abierto la posibilidad de configurar *compliance programs* ambientales que, ante todo, han de incorporar medidas preventivas frente a la comisión de los delitos de los arts. 325 a 330 CP. De ahí deriva el interés por analizar muy brevemente las novedosas modificaciones a estos delitos introducida por LO 1/2015.

En primer lugar, con respecto al actual artículo 325 CP se ha trastocado su estructura al configurarse, ahora, en dos apartados; cuando antes de esta reforma –y no sin sufrir diversas modificaciones tras aprobarse el CP de 1995-, se ubicaba en un párrafo único. Pero en realidad se introducen cambios de importante calado, a raíz de la nueva exigencia referida a *poder causar “daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales y plantas”* (apartado 1º, art.325 CP).<sup>136</sup> Así pues, el vigente art. 325.1 CP requiere que la conducta típica comporte la

---

<sup>133</sup> Porque, en contraste con el principio de legalidad penal, se siembra de incertidumbre el ámbito típico de delitos tan importantes como los del art. 325 CP, al prever allí ilícitos que puedan ser, alternativamente, de peligro o de lesión pero que, en todo caso, se castigan con igual pena. Lo anterior, no puede por menos que ocasionar dislates interpretativos y, lo que es peor, insalvables dificultades aplicativas.

<sup>134</sup> Que introdujo, por primera vez, en nuestro ordenamiento penal el “delito ecológico” (art. 347 bis) ACP).

<sup>135</sup> MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRIN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal ambiental*, 2013, p. 255; QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal ambiental*, 2013, pp. 21 ss.; GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, 2015, pp. 40 ss.

<sup>136</sup> La justificación que se ofrece para esta modificación del art.325 CP, en apariencia, responde “...a la necesidad de adaptar el precepto a lo dispuesto en el art.3 de la Directiva 2009/123/CE (por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones).” *Vid.* la Enmienda nº 846 del Grupo parlamentario popular en el Congreso, BOCG Congreso 10 de diciembre 2014, (p. 554) que originó la previsión del precepto comentado *supra*.

puesta en peligro de la calidad de aquellos recursos naturales (aire, suelo o aguas), o de animales o plantas.<sup>137</sup> Pese a que la conducta típica no ha variado respecto a la exigida antes de la reforma penal de 2015, sí se ha añadido un requisito que amplía su ámbito de aplicación, pues los procesos causales allí descritos pueden verificarse “por sí mismos o conjuntamente con otros”. A efectos de mejor delimitar con posterioridad algunos aspectos de un *compliance* ambiental, interesa reparar en que esta conducta típica la realizará quien, habiendo infringido “...las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente” -*requisito normativo* que contiene una remisión en blanco-, “provoque o realice, directa o indirectamente..” uno de los cursos causales que constituyen el *elemento fáctico*, esto es, “...emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos...”; con impacto en alguno de los *objetos materiales*, es decir, “...en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos...”. La condensación de acciones típicas en esta conducta es de tal complejidad que, a efectos de configurar un *criminal compliance*, habrá que desglosar qué actividades empresariales dan lugar a aquellas clases de contaminación penalmente relevantes. Todas estas conductas son, asimismo, punibles *ex art.* 325.2 CP que, también las castiga si se cometen “por sí mismas o conjuntamente a otras”, si bien este precepto alberga ahora la versión más próxima al tradicional tipo básico contra el medio ambiente, en tanto castiga el riesgo de grave “perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales” y, en un segundo inciso, el de “perjuicio para la salud de las personas”.<sup>138</sup>

La nueva estructura del art. 325 CP plantea diversas dudas interpretativas si bien solo conviene ahora reparar en que la pena más grave se sitúa en el apartado 2º de este precepto, que contiene el delito más similar al delito ecológico anterior a la reforma penal de 2015 (situado en el art.325 CP). La principal novedad se sitúa, por tanto, en el *apartado 1º*, donde se ha previsto *ex novo* un delito castigado con una pena más leve, de ahí que se haya podido cuestionar si entre ambos delitos media una relación de tipo privilegiado (apdo1º art. 325 CP) y tipo básico (apdo. 2º art. 325 CP) o bien, de tipo básico (art. 325.1 CP) y tipo agravado (art. 325.2 CP).<sup>139</sup> Pese a que la cuestión tiene una relativa relevancia práctica, cabe adoptar la primera interpretación, puesto que el tipo del art. 325.2 CP se prevé una pena *idéntica* a la que, anteriormente, conminaba el tipo básico del art. 325 CP (antes de la reforma penal de 2015), y la conducta típica -aunque reestructurada- a la postre, es la misma. Así, a fin de ofrecer seguridad jurídica y recordar a los operadores jurídicos que *sigue existiendo el anterior tipo básico contra el medio ambiente*, el mismo se ubicaría en el art. 325.2 CP,

<sup>137</sup> La reforma de LO 5/2010, de 22 ya traspuso aspectos de la misma Directiva para introducir mejoras en el precepto y elevar la pena del anterior art.325.1 CP. GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, 2015, pp. 33 ss.

<sup>138</sup> Puede, por tanto, cuestionarse cuál ha sido el fundamento para apelar a dicha Directiva, para modificar de nuevo, en menos de cinco años, dos veces, el mismo precepto, dado que no hubo ni ausencia de trasposición, ni ésta fue errónea. Sea como fuere, apelando a aquella directiva, la citada Enmienda justificaba otro cambio en el anterior art.325 CP puesto que, anteriormente, el delito allí previsto exigía que “... las conductas «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», mientras que en la normativa comunitaria solamente se requiere que se produzca un «deterioro de la calidad del agua» (art. 5 bis, apartado tres de la Directiva 2009/123/CE). Además, este precepto exige que se tipifiquen los casos repetidos de menor importancia que produzcan, no singularmente, sino conjuntamente, un deterioro de la calidad del agua.” *Vid.* BOCG Congreso 10 de diciembre de 2014, p. 554.

<sup>139</sup> BAUCELLS LLADÓS, «Tentativa inacabada de protección penal del medio ambiente», *RCDA*, vol. X, (1), 2019, pp. 16 ss.

mientras que en el actual art.325.1 CP se castiga un tipo nuevo, con una pena más benigna.<sup>140</sup> Respecto a este último delito, presenta una estructura enrevesada en la que convergen elementos típicos del anterior art.325 CP, con otros novedosos que plantean interrogantes interpretativos. Entre ellos, a los efectos de delimitar un *criminal compliance*, destaca la referencia típica a que el autor lleve a cabo alguna de las conductas “por sí mismos o conjuntamente con otros.”<sup>141</sup> Esta cláusula podría suponer una ampliación del ámbito típico a conductas que se cometen con cierta frecuencia en el ámbito de las empresas que operan en medio ambiente, por ejemplo, cuando se pueden causar daños sustanciales al agua, por la acción “conjunta” de vertidos realizados a un mismo río, pero procedentes de diversas explotaciones industriales. Parece que ahora, y con independencia de la gravedad de cada vertido, cabría imputar penalmente a cada persona jurídica interviniente, si se prueba que la persona física que la representa o alguno de sus subalternos, actúo en los términos del art. 31 bis) 1 CP. Pues lo que importa, a tenor del art. 325.1 CP es la *suma* de los vertidos, es decir, que “conjuntamente” todos ellos puedan causar daños sustanciales a la calidad de las aguas. Esta interpretación, desde luego, resulta muy discutible, pero lo cierto es que nada obsta, a subsumir en el tenor literal del en el art. 325.1 CP, tal conducta. Ante todo, el problema de la interpretación según la cual “conjuntamente” podría referirse a que una misma conducta típica (v.gr. emisión ilegal a la atmósfera o ruidos) pudiera ser sumarse a otras de su misma índole (otras emisiones), es que permitiría subsumir en el art. 325.1 CP conductas que individualmente consideradas pueden ser incluso inocuas, esto es, que no tendrían potencialidad suficiente para “dañar”, respectivamente, la “calidad del agua” o la “calidad del aire”. Salvo que se realizara una consideración acumulada con otras de la misma especie.<sup>142</sup> Ahí es donde radica la expansión del ámbito típico de este precepto, a raíz de la reforma penal de 2015 pues, con la alusión a “conjuntamente”<sup>143</sup> el legislador podría estar dando entrada al castigo de *delitos cumulativos* (*Kumulationsdelikte*) en el derecho ambiental penal.<sup>144</sup> Este entendimiento tiene la discutible “ventaja” de que permite salva arduos problemas probatorios en procesos penales por delitos contra el medio ambiente, si bien ha sido acertadamente criticado por vulnerar principios como el

<sup>140</sup> Esto es, con penas de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a dos años. Parece que la razón para prever este delito (*vid.* Enmienda nº 846), es que la normativa comunitaria “...requiere que se produzca un «deterioro de la calidad del agua», a tenor del art. 5 bis, apartado tres de la Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009. No obstante, de la dicción del art. 5 bis) Directiva (titulado “infracciones penales”) en su conjunto (apartados 1º, 2º y 3º), cabe extraer que los casos de “deterioro de la calidad del agua” (aludidos ya en el apartado 2º) habrán de ser reputados *infracciones penales* cuando constituyan una conducta cuyo ilícito sea distinto a “...casos de menor importancia...” pues éstos no requerirán sanción penal. Con todo, el legislador penal de 2015, no hizo distinción alguno en relación a la gravedad y tipificó un delito único.

<sup>141</sup> Gramaticalmente, la expresión parece desafortunada porque al referirse a “otros” no queda claro si se alude a resultados de la misma naturaleza (v.gr. vertidos en las aguas...) o a resultados que no tengan impacto en el recurso natural inicialmente afectado (v.gr. extracciones, inyecciones en la costa, etc.). Y aunque parece difícil que conductas de diversa índole (v.gr. verter y excavar) puedan “sumarse” para poder causar un solo daño sustancial a un recurso natural, no es del todo descartable. Por otra parte, cabría entender que la conducta de “otros” alude a distintos sujetos, lo que posibilitaría el castigo de una suerte de *coautoría*; si bien esta interpretación resultaría redundante respecto a lo ya previsto en el art. 28 CP.

<sup>142</sup> Es decir, parece que quepa castigar casos en que la infracción consistente, por ejemplo, en realizar un vertido contaminante sin relevancia penal -ilícitos nimios o “micro-ilícitos”- pueda añadirse a otro vertido de la misma índole, hasta producir el daño sustancial a la calidad de aguas conminado en el art.325.1 CP.

<sup>143</sup> O con “...conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras...” el legislador parece hacerse eco de la Enmienda nº 846, según la cual “...este precepto exige que se tipifiquen los casos repetidos de menor importancia que produzcan, no singularmente, sino conjuntamente, un deterioro de la calidad del agua.”

<sup>144</sup> KUHLEN, «Umweltstrafrecht- auf der Suche einer neuen Dogmatik», *ZStW*, (105), 1993, pp. 697 ss.

de proporcionalidad y culpabilidad,<sup>145</sup> al posibilitar el castigo de una responsabilidad por el hecho ajeno, pues la pena a imponer superaría la medida del concreto ilícito personalmente cometido por cada autor. Es, pues, exigible una interpretación del término “conjuntamente” que no exima de la prueba de la culpabilidad individual por el ilícito personalmente cometido, de modo que la pena no sobrepase la medida de esa culpabilidad. Estas exigencias deberán tenerse en especial consideración, a la hora de imputar responsabilidad penal a la persona jurídica por los anteriores delitos.

Otras reformas de delitos ambientales que pueden comprometer la responsabilidad de dichos entes, atañen a los nuevos arts. 326 y 326 bis) CP donde se prevén diversos delitos anteriormente contemplados en los apartados 4º y 5º del anterior art. 328 CP.<sup>146</sup> De hecho, el art.326 CP<sup>147</sup> es uno de los preceptos del Capítulo III, que mayor cambio de contenido ha experimentado, pues ahora se estructura en dos apartados que contienen sendos delitos relacionados, respectivamente, con la *gestión ilegal*<sup>148</sup> y *el traslado de residuos*. Son delitos ya existentes,<sup>149</sup> cuya prevención, ante todo, interesa a las empresas dedicadas a la importante actividad de gestión de residuos y/o aquellas trasportistas de los mismos, en grandes cantidades. Estos delitos proceden del anterior art.328 CP y por tanto, fueron introducidos mediante LO 5/2010, de 22 de junio, pese a lo cual el legislador penal de 2015, justificó su modificación, de nuevo, en demandas de directivas europeas.<sup>150</sup> De esta maniobra de vaciamiento del anterior art.328 CP también destaca la *desaparición del delito del anterior apartado 1º del art.328 CP*, es decir, del delito de *establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o*

<sup>145</sup> SILVA SÁNCHEZ, «¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español», *Actualidad Penal*, (23), 1998, p. 446.

<sup>146</sup> Precepto que –en su momento– fue resultado de trasponer la citada Directiva 2008/99/CE.

<sup>147</sup> Para una interpretación auténtica de esta estructura del actual art. 326 CP. *Vid.* la Enmienda de adición nº847 que ofrece, de forma inusual, un esquema de cómo interpretar los delitos ahora ubicados en el art.326.

<sup>148</sup> El delito del art. 326.1 CP merece una interpretación muy similar a la del anterior art. 328.3 CP. SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, 2012, pp. 194 a 198. En esencia, el actual art. 326.1 CP contiene un delito de gestión ilegal de residuos, causando determinados resultados dañinos (de nuevo, daños “sustanciales” a la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas” o puestas en peligro (posible grave perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales). La interpretación de los verbos típicos del art. 326.1 CP, ha de realizarse remitiéndonos a la Ley 22/2011 de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (modificada por Ley 5/2013, de 11 de junio). GÓRRIZ ROYO, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, pp. 1030 ss.

<sup>149</sup> Se castiga el traslado “de cantidad no desdeñable” de residuos, siempre que quede “...fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior...” y se admite “...tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, en alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos.” La reforma ha atenuado la pena, pues el art.326.2 CP ahora castiga con prisión de tres meses a un año, o multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de tres meses a un año. Pese a ello, el actual delito del art. 326.2 CP sigue siendo acreedor de similares críticas a las realizadas al anterior art. 328.4 CP, por prever un injusto puramente formal que plantea dudas de constitucionalidad en tanto ley penal en blanco. MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRIN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal ambiental*, 2013, p.288; GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, 2015, pp. 319 ss.

<sup>150</sup> De nuevo, a falta de referencia en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, ha de acudir a la Enmienda de adición nº847, del Grupo parlamentario popular en el Congreso (*vid.* BOCG Congreso, 10 diciembre de 2014, p. 555) en la que se apelaba a la necesidad de una adecuada incorporación a nuestro derecho de las conductas del artículo 3, letras b) y c) de la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre de 2008, “...”, relativas a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal, en el que se indica que los Estados miembros se asegurarán de tipificar como delito el traslado de residuos, cuando dicha actividad esté incluida en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 35 del Reglamento (CE) n.º 1013/2006”.

residuos.<sup>151</sup> Así, a la luz de la LO 1/2015, puede decirse que *ha sido derogado*,<sup>152</sup> si bien sería posible aplicar dicho delito, de cometerse hasta cinco años antes de esta reforma.

Por último, el nuevo art. 326 bis) CP aloja un delito que ya existía desde la reforma penal de 2010 (anterior art.328.2 CP), pues se refiere a la *explotación de instalaciones en que se realice una actividad peligrosa, causando daños sustanciales a la calidad de los recursos naturales (aire, suelo, aguas) animales o plantas, muerte o lesiones de personas o poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales*.<sup>153</sup> Como puede advertirse, las personas jurídicas pueden quedar altamente expuestas a la imputación de este delito de *explotación de instalaciones*. Su actual ubicación aislada en este precepto, pudiera responder al propósito de trasladar al Capítulo III un patrón de tutela del medio ambiente a partir de la *forma de ataque empleada*, de modo que se incriminarían agresiones ambientales procedentes de *actividades industriales peligrosas*. Además, se ha modificado la pena de este delito, en tanto se impondrán “...las penas previstas en el artículo 325, en sus respectivos supuestos...”;<sup>154</sup> si bien esta remisión resulta tan problemática,<sup>155</sup> que pueden advertirse incluso eventuales lagunas de punibilidad.<sup>156</sup>

Sentado el alcance de la reforma penal de 2015 en el Capítulo III, Título XVI, ha de señalarse que el legislador penal trató de que, a todos los delitos comentados, se les extendiera las *agravantes específicas* ahora previstas en el art. 327 CP (antes ubicadas en el art. 326 CP). No obstante, la técnica legislativa empleada para ello hace dudar de su efectiva aplicación, al contravenir el principio de legalidad y evidenciar una indeterminación inaceptable pues -sobra incidir- son circunstancias que perjudican al reo.<sup>157</sup>

<sup>151</sup> Este delito ya fue reubicado en el apartado 1º del art. 328 CP por la LO 5/2010, de 22 de junio.

<sup>152</sup> Como razón para ello cabe apuntar la aludida en la Enmienda nº 847, de modo que el legislador entendió que el mantenimiento de una doble regulación referida a los vertidos –en el art. 325 CP y en el art. 328 CP- a partir de 1995 “...resultaba disfuncional: los vertidos ya están castigados con pena mayor en el 325. En realidad, no hay justificación alguna para establecer un tratamiento penal diferenciado, especialmente si se introduce el régimen de escalonamiento de la pena que se incorpora al artículo 325.”

<sup>153</sup> Vid. Enmienda nº 848 del Grupo Parlamentario popular en el Congreso (BOCG Congreso de los Diputados, 10 de diciembre de 2014, p.556), donde se apunta la misma justificación que cuando se previó el delito en el art. 328.2 CP, es decir, el art.3 d) de la Directiva 2008/9/CE. SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, 2012, pp. 189 ss.; GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, 2015, p. 298; QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal ambiental*, 2013, pp. 190 ss.

<sup>154</sup> Si se repasa detenidamente el contenido del art.325 CP no se halla alusión alguna al resultado consistente en causar o que puedan causar “...muerte o lesiones graves a las personas...” Así, difícilmente esta conducta del art.326 bis) CP tendrá parangón con alguna de las tipificadas en el art.325 CP. Por tanto, podríamos encontrarnos ante la paradoja de un delito tipificado por el legislador pero no penado.

<sup>155</sup> Aunque parezca sencillo remitirse al sistema teóricamente “escalonado” del art. 325 CP para graduar la pena de los diversos ilícitos, no es tan evidente qué pena corresponde a cada ilícito del art. 326 bis) CP.

<sup>156</sup> La doctrina penal ya planteó razonables críticas a este delito en su versión de 2010 (alojado en el anterior art.328.2 CP) vid. MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, VVAA, *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial*, 2010, p. 593; MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 746; MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRIN/GARCIA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal ambiental*, 2013, p. 286. A la luz de las mismas y dado que no ha mejorado su redacción, cabría cuestionar si este delito del art.326 bis) CP no tendría mejor acomodo entre las infracciones administrativas.

<sup>157</sup> El vigente art. 327 CP encierra una contradicción, al remitirse a “los hechos a los que se refieren *los tres artículos anteriores*” y después aludir a “...cuando en la comisión de cualquiera de los *hechos descritos en el artículo anterior* concurra alguna de las circunstancias siguientes:” Esto último parece un error material del legislador, al no suprimir esta frase cuya literalidad es idéntica al anterior art. 326 CP.

Al margen de los delitos ambientales reformados y susceptibles de ser imputados a personas jurídicas, conviene aludir a aquéllos no modificados por LO 1/2015, entre los que están las *prevaricaciones ambientales* del art. 329 CP –reformadas por última vez, por LO 5/2010, de 22 de junio- y el del art. 330 CP. En este último, se castiga un delito de lesión, al tipificar *daños graves a algún elemento que califique a un espacio natural protegido* como tal. Puesto que la redacción del precepto permanece inalterada desde su previsión en el CP de 1995,<sup>158</sup> tan solo se advertirá que sin ser una clase de delito a cuya imputación estén expuesta, en especial, las personas jurídicas, es necesario considerar su comisión como un riesgo más en la confección de un *criminal compliance ambiental*. Más complejo es dilucidar si puede imputarse responsabilidad penal a las personas jurídicas por las prevaricaciones ambientales del art. 329 CP, como se verá posteriormente.

Por otra parte, todos los delitos analizados pueden castigarse tanto en su modalidad dolosa, como imprudente, cuando los cometan *personas físicas*. La imputación a personas jurídicas de delitos ambientales dolosos, plantea menos cuestiones teóricas que los *imprudentes*, si bien en la práctica, serán estos últimos los que probablemente sean imputados de modo más habitual a aquellos entes jurídicos. Entre otras razones, porque, a la luz de los rasgos propios de la delincuencia ambiental de empresa, lo normal será que delitos como los del art. 325 CP se comentan en el contexto de malas prácticas empresariales. A lo anterior cabe añadir la mayor frecuencia con que aquellos delitos se cometen por “subordinados”, debido a la infracción del deber de control del dirigente de la empresa que le debía supervisar (art.31 bis) 1 b) CP), siendo exigible que se pruebe efectivamente aquella relación de imputación entre el delito ambiental cometido y la concreta falta de control del dirigente<sup>159</sup>. Si todo lo anterior es así, parece probable un mayor protagonismo del *compliance penal* en relación con delitos ambientales *imprudentes*<sup>160</sup>. Ahora bien, la remisión del art.331 CP y su compleja conexión con el art.328 CP, plantean dudas teóricas que justifican un posterior estudio al respecto.

### 3.4. La cláusula del vigente art. 328 CP: ámbito de aplicación

Bajo la reforma de LO 1/2015, las distintas cláusulas de incriminación de personas jurídicas fueron unificadas en el vigente art. 328 CP, cuyo contenido anterior –relativo a delitos de establecimiento de vertidos y depósitos- se vio por completo vaciado. A resultas de ello, en la versión actual del art.328 CP se contiene una única previsión de la *responsabilidad penal de las personas jurídicas* en materia de medio ambiente. Sin embargo, el legislador penal no se hizo eco de las demandas doctrinales que solicitaban ubicar la cláusula relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Capítulo V, es decir, entre las Disposiciones Comunes del Título XVI,<sup>161</sup> de modo

<sup>158</sup> SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, 2012, pp. 214 ss.; QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal ambiental*, 2013, pp. 207-2010; GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, 2015, pp. 417 ss.

<sup>159</sup> SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, 2012, p. 170; MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRIN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal ambiental*, 2013, p. 279.

<sup>160</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Compliance penal y política legislativa*, 2016, p. 27

<sup>161</sup> DE LA MATA BARRANCO, «Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea», en *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, 2015, pp. 30 ss.

que hubiera sido aplicable a todos los delitos previstos bajo dicha rúbrica.<sup>162</sup> Frente a ello se optó por aludir, en el vigente art. 328 CP, a “...los delitos recogidos en este capítulo”.

A consecuencia de todo lo anterior, en la actualidad, la *responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho penal del medio ambiente tiene un ámbito de aplicación más amplio*, en comparación con la regulación de la reforma penal de 2010, pues se ha expandido, en principio, a cualquiera de los delitos del Capítulo III, comprendidos en los arts. 325 a art.331 CP. La principal novedad radica en que ahora se incluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de daños graves a un elemento que sirva para cualificar a un espacio natural protegido del art. 330 CP, lo que ha de valorarse positivamente.<sup>163</sup> Procede, no obstante, realizar alguna crítica a esta regulación puesto que, al no preverse en el citado Capítulo III, los *delitos de incendio* no han quedado incluidos en el catálogo de aquellos susceptibles de ser imputados a personas jurídicas.<sup>164</sup> Una forma de paliarlo, pasaría por defender *de lege ferenda*, la previsión, por vía de reforma, de aquellos delitos de incendios (arts. 351 CP y ss.) con incidencia ambiental, en el Capítulo III del Título XVI. También se ha llegado a criticar que la responsabilidad penal de personas jurídicas no se haya hecho extensiva a los *delitos contra la flora y fauna*, ya delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, entre otros delitos a los que afectaba la Directiva europea 2009/123/CE.<sup>165</sup> De admitirla ampliación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a estos últimos delitos, la misma debería fundarse no solo en dicha directiva, sino también en datos empíricos que avalen la necesidad político-criminal de perseguirlos, cuando se cometan por dirigentes y subordinados por cuenta y en beneficio de aquéllas.

Por último, la cláusula del art. 328 CP también alcanzaría, teóricamente, a las prevaricaciones del art.329 CP e incluso, a las modalidades imprudentes de todos los delitos del Capítulo III (art. 331 CP). No obstante, esta inicial apreciación es una cuestión abierta que, por su importancia, serán analizadas posteriormente.

### 3.5. Penas aplicables a personas jurídicas

En esencia, las *penas* ahora previstas en el art. 328 CP, coinciden con las anteriormente reguladas en el art. 328.6 CP, toda vez que han desaparecido las multas ubicadas en el anterior art. 327 CP

---

<sup>162</sup> Es decir, no solo a los delitos ambientales (Cap. III) y urbanísticos (Capítulo I) -que también prevén el castigo de personas jurídicas (art.319.4 CP)-, sino además a los delitos contra el Patrimonio Histórico (Capítulo II), y contra la Flora y Fauna (Capítulo IV), que ahora no contemplan dicho castigo.

<sup>163</sup> MARQUÉS I BANQUÉ, «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código penal Español*, t. II, 2016, p. 829.

<sup>164</sup> Y ello a pesar de los evidentes problemas que, en nuestro país, causan los incendios forestales, dolosos e imprudentes, que, en ocasiones pueden reportar beneficios nada desdeñables a determinadas empresas (v.gr. propietarias de un suelo que, por aquel incendio se pueda recalificar). *Vid.* las acertadas críticas de GÓMEZ TOMILLO, *Compliance penal y política legislativa*, 2016, p. 82.

<sup>165</sup> DE LA MATA BARRANCO, «Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea», en *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, 2015, p. 31.

(según la LO5/2010).<sup>166</sup> Así, en la actualidad, el art.328 CP mantiene la *multa*<sup>167</sup> como respuesta punitiva nuclear frente a la delincuencia de personas jurídicas, en coherencia con el papel que esta sanción puede desempeñar en Derecho penal ambiental y los efectos preventivo generales que puede desplegar. En concreto dichas multas oscilan entre uno a tres años (apartado a) o seis meses a dos años (apartado b), en atención a si el delito cometido por la persona física se conmina, respectivamente, con pena de prisión de más de dos años o con menos.<sup>168</sup> Ahora bien este sistema se complica cuando, alternativamente, a estas multas pueden imponerse unas *multas proporcionales* al “perjuicio causado”, atendiendo asimismo, a la pena de la persona física. En concreto cuando en atención al *perjuicio* causado “...la cantidad resultante fuese más elevada”. Es decir, en los casos en que la cantidad a pagar por el daño causado, excediera de la cantidad que hay que pagar por la multa conforme al citado sistema de días-multa. En definitiva, se distingue:

- Si el delito cometido por la persona física tenía prevista una pena de más de dos años de prisión (art.328.a) CP), procede imponer a la persona jurídica una multa del doble al cuádruple del perjuicio causado, cuando la cantidad a pagar por éste fuera superior a la de la multa de uno a tres años.

- Si el delito cometido por la persona física tenía prevista una pena de menos de dos años de prisión (art. 328 b) CP), se impondrá a la persona jurídica una multa del doble al triple del perjuicio causado, si la cantidad a pagar por dicho daño fuera superior que la que corresponde por la multa de 6 meses a 2 años.

Es importante destacar que dichas multas proporcionales atienden al *perjuicio causado al medio ambiente* o, en su caso, a alguno de los recursos naturales que lo integran y no así a otros criterios como el beneficio obtenido por el delito.<sup>169</sup>

Adicionalmente, jueces y tribunales, con carácter facultativo, “pueden” imponer las *penas más severas* del art. 33.7 b) a g) CP, conforme a las reglas del art.66 bis) CP. La más grave de dichas penas sería la *disolución de la persona jurídica*, que, como es sabido, comporta “...la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita”. No obstante, en relación con determinados delitos contra el medio ambiente relativos a la comisión de *actividades contaminantes* (v.gr. el citado delito del art.326 bis) CP) resultan más apropiadas, medidas como la *suspensión de las actividades de la persona jurídica* por un plazo no superior a 5 años o la *clausura* por el mismo tiempo, de sus locales y establecimientos.<sup>170</sup> En otro orden de cosas, téngase en cuenta

<sup>166</sup> GÓRRIZ ROYO, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, pp. 1048 ss.

<sup>167</sup> DE LA MATA BARRANCO, «Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea», en *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, 2015, p. 31, marginal 1424. MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRIN/GARCIA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal ambiental*, 2013, p. 281.

<sup>168</sup> Este régimen puede considerarse más gravoso para los delitos del art. 325 CP, según, MARQUÉS I BANQUÉ, «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código penal Español*, t. II, 2016, p. 829.

<sup>169</sup> El legislador atiende al beneficio obtenido por el delito, en la multa proporcional alternativa (a la multa determinada por el sistema de días multa) prevista en los delitos del art. 319.1 y 2 CP (*vid.* art.319.4 CP).

<sup>170</sup> Además, el art. 33.7 CP prevé la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, pudiendo ser una prohibición definitiva o temporal por menos de 15

además que, junto a estas *penas*, parece posible que jueces y tribunales impongan a costa de las personas jurídicas, las *medidas* del art. 339 CP, cuando sea necesario *restaurar* el equilibrio ecológico perturbado, o adoptar una *medida cautelar para proteger* el medio ambiente (v.gr. suspensión provisional de actividades).<sup>171</sup> Por último, en el caso en que se exonere de responsabilidad penal a una persona jurídica dada la prueba de la adopción, en su seno, de un *compliance* ambiental eficaz *ex ante*, pero del delito ambiental cometido se hubiera derivado responsabilidad civil, *cabría* plantear su exigencia conforme al art.120.4 CP (*vid.* STS 316/2018, de 28 de junio, FD 8<sup>o</sup><sup>172</sup>).

### 3.6. ¿Pueden imputarse las prevaricaciones ambientales del art. 329 CP a las personas jurídicas?

La reforma de 2010 no llegó a extender la responsabilidad penal de las personas jurídicas al ámbito de las prevaricaciones específicas del art. 329 CP. De modo que, sin lugar a duda, no cabía imputar aquellos delitos a las personas jurídicas, antes de la entrada en vigor de la reforma de LO 1/2015 (hasta el 1 de julio de 2015). Sin embargo, es cuestionable si, a partir de la vigencia de dicha ley de reforma, una persona jurídica puede ser imputada por aquellas prevaricaciones, pues la actual cláusula del art. 328 CP se refiere a “los delitos recogidos en este capítulo..” (*sic.* III). No obstante, esta interpretación literal plantea complejos problemas prácticos. De entrada porque estamos ante *delitos especiales*, de modo que solo pueden ser cometidos por *funcionarios públicos o autoridades* a los efectos penales, es decir, *ex art.* 24 CP. Parece, en principio, difícil admitir que una persona física pueda imputar a una persona jurídica, en su conjunto, uno de los delitos del art.329 CP pues ambas personas deberían cumplir con los requisitos para ser consideradas *autoridad o funcionario público* (art.24 CP). Puede no, obstante, plantearse que una Administración u órgano administrativo (como v.gr. un ayuntamiento, o consellería) cometa una prevaricación del art. 329 CP (piénsese, por ejemplo, en el pleno de un ayuntamiento), si bien no cabría castigar a dicho organismo público conforme al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas porque el art. 31 *quinquies*). 1 CP, explicita que las disposiciones de dicho régimen no se aplicarán, entre otros sujetos, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales. Pudiera ser que la referencia del art. 328 CP debiera interpretarse de modo que no quepa abarcar a los delitos del art. 329 CP, respondiendo su inclusión a un nuevo *lapsus* del legislador penal de 2015, dada la incompatibilidad del castigo de personas jurídicas públicas con el art. 31 *quinquies*). 1 CP. La exclusión de las prevaricaciones ambientales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sería además coherente con la de otras prevaricaciones específicas, en particular, la de los delitos del art.320 CP. No obstante, este entendimiento no cierra por completo todos los problemas que se pueden plantear en la práctica como, en particular, puede suceder si una persona física que dirige o administra una persona jurídica, por cuenta y beneficio de ésta en los términos del art. 31 bis) 1º a) CP, coopera o induce a uno de los sujetos cualificados (autoridad, funcionario público o inspector

---

años. También cabe imponer inhabilitaciones para obtener subvenciones y ayudas públicas, por un plazo inferior a 15 años y puede proceder la intervención judicial para salvaguardar derechos de los trabajadores o acreedores por tiempo que no superior a 5 años.

<sup>171</sup> La naturaleza resarcitoria de estas medidas reparadoras o cautelares, hace que no sean incompatibles con las penas previstas para las personas jurídicas, siendo además muy conveniente su imposición. GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, 2015, pp. 439 ss.

<sup>172</sup> MAGRO SERVET, «Viabilidad de la pericial de *compliance* para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas», *Diario La Ley*, (9337), p. 9.

ambiental) a cometer algún delito del art. 329 CP.<sup>173</sup> Pese a ser un “*extraneus*” no es impensable que la persona física que responda a título de partícipe o inductor, pueda transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica. Pues bien, aunque los delitos del art. 329 CP no puedan imputarse a personas jurídicas, a título de autoras, se evidencia así que la corrupción, como riesgo empresarial, tiene muchas otras aristas.<sup>174</sup>

### 3.7. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos ambientales imprudentes?

Una de las cuestiones más importantes que plantea la redacción del actual art. 328 CP es si, dada la amplitud del ámbito de aplicación que delimita, también afecta a la cláusula del art. 331 CP que prevé el castigo de los delitos del Capítulo III –a salvo de la prevaricación ambiental– en su modalidad *imprudente*. La cuestión no es, en absoluto, desdeñable pues de su respuesta depende la posibilidad de imputar responsabilidad penal por delitos ambientales en su modalidad *imprudente* a las personas jurídicas<sup>175</sup>, lo que implica ampliar el ámbito de dicha responsabilidad y, a su vez, también condiciona el contenido que pueda darse a los *compliance programs*. Para valorar si es posible, hay que partir de nuevo del tenor literal del art. 328 CP, referido a los “delitos recogidos en este capítulo”. Si adoptamos una interpretación basada en la literalidad del precepto, cabe percatarse de que alude a la persona jurídica responsable de alguno de los “delitos” recogidos en este capítulo. Pues bien, realizando una interpretación estricta, el art. 331 CP no prevé ningún delito sino una cláusula de extensión de la responsabilidad penal por los delitos del Capítulo III Título XV cometidos por *imprudencia grave* (en coherencia con el art.12 CP), de modo que, conforme a este criterio, el art. 331 CP no quedaría incluido en lo previsto por el art. 328 CP. Ello implicaría, como es obvio, excluir el posible castigo de las personas jurídicas, para todo el vasto campo de los delitos ambientales cometidos imprudentemente por una persona física e imputables a aquéllas.<sup>176</sup>

Como alternativa a dicha interpretación, cabe plantear un entendimiento más apegado al principio de vigencia, que tenga en cuenta el cambio legislativo efectuado por LO 1/2015<sup>177</sup> y que además favorezca una más eficaz tutela del bien jurídico protegido, *medio ambiente*. En este sentido, aunque, en efecto, el art.331 CP no prevé “delitos”, sí faculta a que el resto de los incluidos en dicho Capítulo

<sup>173</sup> En el caso en que una red corrupta se extendiera en un órgano encargado de gestionar aspectos medioambientales dentro de una administración (v.gr. la concejalía de un Ayuntamiento), de modo que, utilizara aquella organización para cometer algún delito del Capítulo III, Título XVI, la única opción acorde a la legislación vigente, sería enjuiciar qué personas físicas podrían responder como funcionario público o autoridad a efectos penales (art.24 CP). Y ello sin perjuicio de que la responsabilidad penal se pueda extender ahora a las *sociedades mercantiles públicas* en los términos del art. 31 *quinquies*).2 CP. Estas cuestiones evidencian que también las técnicas de buen gobierno (v.gr. *Public corporate compliance program*) pueden desplegar eficacia preventiva en las Administraciones competentes en materia ambiental.

<sup>174</sup> NIETO MARTÍN, «La prevención de la Corrupción», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de Cumplimiento penal en la empresa* (dir.), 2015, p. 310.

<sup>175</sup> Bajo la LO 5/2010, QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal ambiental*, 2013, p. 89.

<sup>176</sup> Así, por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y 2//2015*, (dirs.), 2015, p.179.

<sup>177</sup> DE LA MATA BARRANCO, quien advierte del cambio que, en este sentido, comporta la nueva cláusula del art. 328 CP, en «Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea», en *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, 2015, pp. 189 ss., marginales 1420 ss.

III puedan castigarse en su modalidad imprudente (excepto los del art.329 CP<sup>178</sup>). De modo que nada impide incluir el grupo de delitos ambientales imprudentes que se castigan conforme al art. 331 CP y que sí pueden cometer personas físicas, entre los delitos que cita el art.327 CP para poder ser imputados a personas jurídicas, probadas las circunstancias del art. 31 bis) 1 CP. De lo contrario podría darse la paradoja de desproteger el bien jurídico frente a imprudencias muy frecuentes en la práctica, imputables a personas jurídicas, que ponen en peligro y/o causan daños graves al medio ambiente.<sup>179</sup> Más aún, las medidas preventivas a adoptar en un *compliance* pueden ser especialmente eficaces para evitar la comisión imprudente de unos delitos ambientales que -no huelga recordarlo- son accesorios del Derecho administrativo, y por ello, el cumplimiento de la normativa ambiental puede reforzarse, asociándose al incentivo de que la persona jurídica vea su responsabilidad penal excluida o atenuada en la vía penal.

#### 4. *Environmental compliance y reponsabilidad penal de las personas jurídicas bajo el “US approach”*

##### 4.1. Prolegómenos

La inclusión de los delitos ambientales en las diversas listas de delitos que cabe imputar a las personas jurídicas en los distintos ordenamientos de países de nuestro entorno jurídico, es una constante en tiempos recientes que cabe advertir tanto en los sistemas con listas de “*numerus clausus*” como en aquellos otros en que no existe formalmente una responsabilidad de personas jurídicas en *leyes penales* (v.gr. el sistema italiano<sup>180</sup> o brasileño<sup>181</sup>), o aquellos de tradición anglosajona, como sucede en EEUU. A este respecto, es obvio que si algún sistema ha impulsado la expansión de la responsabilidad penal corporativa (CCL) entrado el s. XX, ha sido el del *common law*. Y ello aún cuando, históricamente, no fue este sistema jurídico el que, en un principio, admitió la CCL, sino que la misma se conoció con carácter previo, en el sistema de *civil law*, antes del s. XIX, de donde pasó al derecho anglosajón.<sup>182</sup> En la actualidad, es indudable la influencia del modelo en EEUU en esta materia, a partir del contexto teórico que, para ello, brindaron algunas doctrinas para admitir la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, prácticamente desde la revolución industrial.<sup>183</sup> Así las cosas, dicha responsabilidad fue aceptada a principios del s. XX en EEUU y

<sup>178</sup> Por la exigencia de que los delitos allí previstos (apdo.1º y 2º) se cometan “a sabiendas”. GÓRRIZ ROYO, «Prevaricaciones ambientales: función inspectora, omisión e informes favorables a tenor del art. 329 CP apdo.1º», *RGDP*, 2014, (22), p.13

<sup>179</sup> En este sentido, QUINTERO OLIVARES, destaca la importancia de los supuestos de responsabilidad penal por delitos imprudentes, entre los que incluye, los delitos contra el medio ambiente, en «La reforma del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas», en *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte general*, 2015, p. 83; EL MISMO, *Derecho penal ambiental*, 2013.

<sup>180</sup> SEMINARA, «Compliance y Derecho penal: la experiencia italiana», en MIR PUIG/CORCOYBIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de empresa y compliance*, 2014, p. 128.

<sup>181</sup> *Vid.* Ley brasileña, nº 9605 de 12 febrero de 1998, (Presidencia de la República; [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)) arts.2 a 4, sanciones penales y administrativas a personas jurídicas por lesiones ambientales.

<sup>182</sup> MARINUCCI, «La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzostorico-dogmatico», *Riv. it. dir.proc. pen.*, 2007, (1), pp. 450 ss.

<sup>183</sup> Suele señalarse que, en aquella época, se traslada la teoría de la responsabilidad vicarial (*vicarious liability*) del *Civil law*, al sistema penal estadounidense. A partir de los años 60 del s.XX, se acepta el standard del “*respondeat superior*” en el sistema penal federal norteamericano. PIETH/IVORY, «Emergence and convergence: corporate criminal liability principles in overview», en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal liability. Emergence, convergence and risk*, 2011, p.9.

hace poco más de un siglo por parte del *US Supreme Court*.<sup>184</sup> En contraste con ello, en el ámbito europeo, solo recientemente algunas directivas tratan de armonizar los ordenamientos jurídicos de los estados de la UE en esta materia, exhortando a exigir esta clase de responsabilidad respecto a concretos delitos.<sup>185</sup>

En todo caso, en aquellos ordenamientos jurídicos en que se opta formalmente por prever dicha responsabilidad penal y además por regular el instituto del *criminal compliance* éste sería, en términos genéricos, un instrumento que evidencia que un ente legal se ha provisto de la mejor organización empresarial posible,<sup>186</sup> en tanto cuenta con un sistema de normas y procesos<sup>187</sup> dirigidos a evitar riesgos jurídico-penalmente relevantes, y respetar la legalidad vigente. Sin duda el sistema jurídico estadounidense, es el que mayor experiencia acumula en la tradición y aplicación práctica de los *compliance programs*, toda vez que dicho ordenamiento jurídico es uno de los que más avances ha experimentado para *afrentar la problemática ambiental causada por las empresas*, a través de *environmental compliance programs*.<sup>188</sup> Por todo ello, se precisa un breve estudio introductorio para, en primer término, aclarar el origen y rasgos elementales de todo *corporate criminal compliance* y, en un segundo momento, aproximarnos a los caracteres esenciales del *environmental compliance*. Se tratará de advertir además si el modelo de nuestro CP, comparte rasgos -en la naturaleza y eficacia-, con el estadounidense para, sobre estas premisas, en el último apartado, analizar el contenido básico o principales herramientas para elaborar las medidas preventivas de un modelo de organización y gestión ambiental, según el art. 31 bis) CP, apartados 2 a 5.

#### 4.2. Sobre el fundamento teórico de los corporate criminal compliances

La aplicación de los llamados *modelos de organización y gestión* al ámbito del medio ambiente, a raíz de lo previsto en el art. 31 bis) CP y art. 328 CP, se inserta en la tendencia iniciada en los países anglosajones de donde, originariamente, procede el instituto de los *criminal compliance*, como expresión de la idea más genérica de los *compliance programs*. Pese a su similitud, aquellos términos no son coincidentes, pues este último se remonta a la pretensión más amplia de la *cultura del cumplimiento* que, en aquellos países forma ya parte del mundo empresarial donde se trata de hacer prevalecer el ideal de *conformidad normativa*,<sup>189</sup> que trasciende el ámbito penal, y se refiere a las medidas -de carácter estructural- dirigidas a gestionar, minimizar y prevenir el riesgo de cualquier incumplimiento normativo con la finalidad de evitar eventuales responsabilidades.<sup>190</sup> En nuestro país, la ejecución de programas de prevención de riesgo en general, es una realidad en la *gestión*

<sup>184</sup> MILLER/JUSTICE, «Organizational Liability for Environmental Crimes in Civil and Common law Systems», en *Compliance and Enforcement in Environmental law. Toward more Effective Implementation*, 2011, pp. 178 ss.

<sup>185</sup> V.gr. *vid.* la Directiva europea 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, en materia de terrorismo, que determina, por primera vez, a todos los estados miembros a imponer sanciones penales a personas jurídicas, si bien solo respecto a delitos terroristas, algunos de los que, por cierto, pueden afectar a recursos naturales. Vid. art. 3.1 h) de dicha Directiva.

<sup>186</sup> COCA VILA, remitiéndose a KIETHE, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 55.

<sup>187</sup> PALMA HERRERA/AGUILERA GORDILLO, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 2017, p. 102.

<sup>188</sup> VERCHER NOGUERA, «La persona jurídica y el sistema de compliance en el Código Penal. Su aplicación en el contexto ambiental», en *Diario La Ley*, (8833), p. 2.

<sup>189</sup> O, de actuación conforme a Derecho vigente. ROTSCH, «Criminal compliance», *InDret*, (1), 2012, p.2.

<sup>190</sup> HAUSCHKA, «Corporate compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen» Aufl., (2), 2010, p. 4.

*empresarial diaria*<sup>191</sup>. En particular, el desarrollo de *corporate criminal compliances* sería una concreción de esa tendencia general hacia un cumplimiento normativo, cuyo control viene privatizándose y estandarizándose, a través de normas y medidas -no necesariamente jurídicas- y también de procedimientos.<sup>192</sup> Conviene delimitar brevemente su *fundamento*, pues la elaboración y desarrollo de *compliance programs* suele sustentarse en la moderna tendencia hacia la descentralización del control de riesgos<sup>193</sup> y la “autorregularización normativa”,<sup>194</sup> pudiendo además entenderse como una expresión más de la estrategia de “*enforcement accountability*” o rendición de cuentas obligatoria, impulsada desde el sistema jurídico de EEUU.<sup>195</sup> En este sentido, el *compliance* se justifica en tanto es un instrumento normativo elaborado por la empresa para colaborar con el Estado, que sigue siendo titular de la potestad regulatoria<sup>196</sup>. Así pues, la inicial emergencia, en este contexto, del *estado regulatorio*, especialmente interesado en maximizar el control de riesgos -también los procedentes de actividades empresariales-, ha dado paso, en tiempos recientes a una tendencia a la descentralización, donde cabe ubicar el origen de la autorregulación de las personas jurídicas. Junto a ello, pueden apuntarse fundamentos de diversa índole (v.gr. económicos<sup>197</sup>, pragmáticos, etc.); en especial, la extendida tendencia, en las sociedades complejas actuales, al paradigma preventivo, a partir de la clásica formulación de la sociedad del riesgo (*Risikogesellschaft*, U. Beck 1986-1992 o *Risk society*, A. GIDDENS, 1990<sup>198</sup>). Con todo, en el ámbito penal, el auge de los *criminal compliance* se conoce a principios del s. XX, en especial, en el contexto de la *delincuencia empresarial y económica*<sup>199</sup> y -vinculada a ella-, la *medioambiental*, al compás de la mayor presión ejercida para exigir responsabilidad penal de personas jurídicas, en EEUU.<sup>200</sup> Todo ello aconseja

<sup>191</sup> Sobre el concepto amplio de gestión empresarial y sus modelos, MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, 2008, p. 55; pp.59 ss.

<sup>192</sup> ROTSCHE, «Criminal compliance», *InDret*, (1),2012, p.5.

<sup>193</sup> Según SILVA SÁNCHEZ, se trata de un concepto derivado del Estado garante -sucesor del Estado prestacional-, y que parece ser el más apropiado para implementar la descentralización al aprobar leyes y al aplicarlas, así como para configurar una red de agentes privados que actúan como entes colaboradores de la Administración pública. «La existencia de modelos de prevención de delitos», en *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, pp. 397 ss.

<sup>194</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, «La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad», en MONTIEL, (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿degradación o evolución?*, 2012, p. 289.

<sup>195</sup> PALMA HERRERA/AGUILERA GORDILLO, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, 2017, pp. 105 ss.

<sup>196</sup> COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 51.

<sup>197</sup> GAREGNANI, explica el empeño de los EEUU por promover un Derecho penal internacional donde se castigue la corrupción, como respuesta a los escándalos de los años 70, en aquel país, y como medio de “porre fine ad una situazione di ingiustificato squilibrio tra le imprese americane -sulle quali già pendeva la spada di Damocle di una responsabilità penale per i fatti di corruzione commessi all'estero -e le imprese degli altri Paesi portatori”, en *Etica d'impresa e responsabilità da reato*, 2008, p. 68.

<sup>198</sup> ROBINSON, «The Rise of the Risk Paradigm in Criminal Justice», en TROTTER/MCIVOR, G./MCNEIL(eds.), *Beyond the Risk Paradigm in Criminal Justice*, 2016, pp. 10 ss.

<sup>199</sup> GÓMEZ MARTÍN, quien ubica el origen de dichos programas en los años sesenta y setenta si bien le atribuye la dimensión que hoy poseen, desde 2002, a raíz de la *Sarbanes-Oxley Act* y en respuesta a determinados escándalos financieros, en «Falsa alarma. O sobre por qué la Ley orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 343.

<sup>200</sup> Sobre el origen de dichos programas, indica ORTIZ DE URBINA GIMENO, que a partir de la década de los sesenta se ampliaron los ámbitos de regulación que involucraban a empresas, abarcando temas sociales, como la protección del medio ambiente, en «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: the American way», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN(dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, 2014, p.47.

prestar atención a los rasgos de los *environmental criminal compliance* en el sistema norteamericano, sin desconocer otros antecedentes en el ámbito internacional.<sup>201</sup>

### 4.3. Rasgos básicos del *environmental compliance*, conforme al US approach

En derecho ambiental de EEUU, el estudio de los *environmental compliances* constituye prácticamente una materia específica de aquel sistema jurídico,<sup>202</sup> porque es evidente que, entre los clásicos “*corporate risks*”, los ilícitos ambientales ocupan un lugar preeminente, toda vez que, a diferencia de otros ámbitos en que impacta la actividad empresarial, el medio ambiente responde a los rasgos de un *sector regulado*.<sup>203</sup> De modo que, como luego veremos, en EEUU existe toda una superestructura administrativa dirigida a fijar los estándares del riesgo permitido, que facilita la tarea de configurar aquellos modelos de prevención de delitos. Otro factor coyuntural que pudo influir en visibilizar la necesidad de los *environmental compliance*, fue la creciente sensibilidad de la sociedad norteamericana por desastres ecológicos causados por empresas, como el caso del petrolero *Exxon Valdes* (Alaska, 1989)<sup>204</sup> o el de *BP Oil Spill*, la plataforma petrolera de BP en el Golfo de México (*Deepwater Horizon*) que, en 2010, causó la mayor marea negra por vertido de petróleo de la historia de EEUU.<sup>205</sup> Casos como éstos acrecentaron la animadversión hacia las personas jurídicas contaminantes -en especial empresas petroleras- y propiciaron la expansión de una legislación ambiental muy severa, si bien la adopción de *environmental compliance programs* sirvió de *directriz (guideline)*, entre otros factores a tener en cuenta por el juez, para evitar el procesamiento penal. Dado que el *compliance* en medio ambiente, puede participar de los rasgos generales de los *criminal compliance*<sup>206</sup> es necesario, en primer término, volver la vista a los orígenes de éstos en Estados Unidos, a partir de los años 90 del s.XX, una vez aceptado previamente-a mitad de dicho siglo-, el sistema de responsabilidad de personas jurídicas por los hechos con relevancia penal cometidos por un empleado en el ámbito de su trabajo.<sup>207</sup> Premisa para ello fue la admisión,

<sup>201</sup> Al respecto, cabe aludir a los llamados *sistemas de gestión medioambiental*, surgidos a partir de la creación de normas técnicas internacionales ISO de carácter voluntario y sobre todo referido a normas de calidad y de seguridad. MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, 2008, p. 213 ss.

<sup>202</sup> WOLF, *Organized Environmental Crime*, 2009, pp. 48 ss.

<sup>203</sup> SILVA SÁNCHEZ, «La exigencia de modelos de prevención de delitos», en *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, p. 409.

<sup>204</sup> COHEN, «Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statutes», *Journal of Criminal law and Criminology*, (82), Issue 4 Winter, article 14, pp. 1058 ss.

<sup>205</sup> STEFAN, *In Search of Corporate Accountability. Liability of Corporate Participants*, 2015, pp. 12 ss.

<sup>206</sup> COHEN, «Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statutes», *Journal of Criminal law and Criminology*, (82), Issue 4 Winter, article 14, pp. 1058 ss.

<sup>207</sup> El inicio de la vigente doctrina dirigida a exigir responsabilidad penal a personas jurídicas, acogida por el *US Supreme Court*, suele marcarse en 1909, con el caso *NY Central & Hudson River RR Co. v. United States*, (212, US 481, Feb. 23th., 1909) a partir del cual el TS estadounidense extendió la aplicación de los principios por los que una sociedad se sometía a responsabilidad civil por los hechos de sus agentes. Ello comportó admitir que una empresa era capaz de articular una intención con relevancia penal (*criminal intent*) y así “podía ser responsable penal por determinados ilícitos en los que la intención específica podía ser un elemento necesario”. El fundamento político-criminal de esta doctrina partía de que “siendo que la gran mayoría de transacciones empresariales en tiempos modernos, están dirigidas por empresas” las mismas deben ser responsables. Sin embargo, en el mismo pronunciamiento se destacaba que “hay algunos delitos, que por su naturaleza, no pueden ser cometidos por personas jurídicas”. NANDA, «Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?», en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal liability. Emergence, convergence and risk*, 2011, p. 67.

en sede judicial, desde los años 50 del siglo pasado, de la doctrina de la responsabilidad vicarial.<sup>208</sup> El ámbito de aplicación de esta doctrina jurisprudencial se trató de acotar a través de sucesivas propuestas, bien apelando a un entendimiento restrictivo de la doctrina del “*respondeat superior*”, bien a través de iniciativas legislativas plasmadas en el propio *Model Penal Code* (1962),<sup>209</sup> bien por la reclamación de los derechos constitucionales de las personas jurídicas. En tiempos recientes, hay que destacar las notables diferencias que existen entre la forma más estricta de entender la doctrina de la responsabilidad vicarial en las leyes federales y la menos rígida, en las leyes y tribunales de los estados,<sup>210</sup> así como advertir que los requisitos de la doctrina de la “*vicarious criminal liability*” se interpretan por los tribunales en sentido expansivo.<sup>211</sup> En todo caso, para ambos niveles estatales, es posible imponer sanciones penales a personas jurídicas a través de un modelo que no es ajeno a la evolución del sistema de determinación individual de la pena de personas físicas. En resumen, puede decirse que el *approach* que ofrece el *sistema estadounidense* de la responsabilidad penal corporativa se identifica con la doctrina del “*strict respondeat superior doctrine*” que, sin embargo, se ha ido flexibilizando gracias a iniciativas como la plasmada en el MPC.<sup>212</sup> A ello hay que unir la incidencia que tienen las citadas *US Sentencing Guidelines for Organizations*, asumidas a nivel federal por el Ministerio de Justicia (*US Department of Justice*, en adelante DOJ<sup>213</sup>), y previstas en el capítulo conocido como “*Chapter Eight*”, añadido al *US Sentencing Guidelines Manual*<sup>214</sup> (en adelante USSG), en vigor el 1 de noviembre de 1991.<sup>215</sup> Dicho capítulo enumera cuatro factores<sup>216</sup>, a considerar para imponer la pena en concreto a las empresas. Interesa reparar en que el castigo de las personas jurídicas puede ser *atenuado* por referencia a dos aspectos: de un lado, la existencia de un *compliance* eficaz y de un programa ético; de otro lado, la prueba de auto-denuncias, cooperación y aceptación de la responsabilidad. Con posterioridad a la introducción de estas directrices, se han ido

<sup>208</sup> Esta doctrina fue introduciéndose en las instrucciones a los jurados, por mor de diversos pronunciamientos del *US Supreme Court*, que, guiados por el precedente del caso *NY Central & Hudson River RR Co. v. United States*, (1909), condenaban como penalmente responsables a empresas por actos de empleados que incluso pertenecían a niveles inferiores de la empresa y a pesar de que la misma hubiera desarrollado políticas específicas para prevenir y desincentivar los hechos delictivos.

<sup>209</sup> Destaca la labor del *American Law Institute* que, tras años de deliberación sobre el tema de la “*corporate criminal liability*” en 1962, propuso un borrador oficial del *Model Penal Code* (en adelante, MPC) que adoptaba el standard del “*respondeat superior*”. Así quedó plasmado en el artículo 2.07 (1) del MPC, donde, bajo el título de “*Liability of Corporations, Unincorporated Associations and Persons acting, or under a Duty to act in their Behalf*”, cabe imputar a una empresa un delito cometido por un agente actuando dentro del ámbito de su trabajo, y en nombre de la empresa, cuando exista claramente un propósito legislativo de imponer dicha responsabilidad. NANDA, «Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?», en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal liability. Emergence, convergence and risk*, 2011, pp. 70 ss.

<sup>210</sup> PIETH/IVORY, *Corporate Criminal liability. Emergence, convergence and risk*, 2011, p. 23.

<sup>211</sup> Según NANDA, dicha interpretación expansiva hace que se relaje tanto el requisito de que el empleado actúe dentro del ámbito de su competencia real o aparente, como que el acto del empleado beneficie a la empresa, en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal liability. Emergence, convergence and risk*, 2011, p.2.

<sup>212</sup> NANDA, en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal liability. Emergence, convergence and risk*, 2011, pp. 86 ss.

<sup>213</sup> Antes de los años noventa, la *US Sentencing Commission* redactó, otras directrices para la determinación individual de la pena para las personas físicas (“*Federal Sentencing Guidelines*”) en vigor desde el 1 de noviembre de 1987. MARQUÉS I BANQUÉ, «La certeza del Derecho y la individualización de la pena en el “*Commonlaw*”», *EPC*, 2017, (37), p. 153.

<sup>214</sup> Inicialmente, la *US Sentencing Commission* recopiló las directrices para los jueces a fin de determinar la pena, en la *Individual Sentencing guidelines* (en vigor desde el 1 Nov., 1987), componiendo los capítulos 1 a 7 del *US Guidelines Manual*.

<sup>215</sup> En este trabajo se considera la publicación del *U.S. Sentencing Commission Guidelines Manual* de 2018 (vid. <https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual>, última visita: 20-04-2019).

<sup>216</sup> En concreto: la tolerancia o participación en la actividad criminal; el historial anterior de la asociación; las infracciones previas por parte de la empresa y la obstrucción a la justicia por parte de la empresa.

elaborando sucesivos *memoranda* que han ido especificando la política criminal en materia de CCL<sup>217</sup>, de modo que se ha podido transitar desde la exigencia de responsabilidad penal a raíz de la doctrina civil de la “*vicarious liability*” hacia un sistema de responsabilidad penal por falta de control o “estado de descontrol” dentro de la empresa. Así, desde 2004, la observancia de la *diligencia debida* para prevenir conductas delictivas y el fin de promover una *cultura organizativa*, son requisitos exigidos a las empresas, para que éstas vean reducida su responsabilidad penal.<sup>218</sup>

Además, puede hacerse valer la adopción de un *compliance program* eficaz en el seno de la empresa, a efectos de poder beneficiarse de los instrumentos judiciales del aplazamiento de la persecución (*Deferred Prosecution Agreement*, DPA) o de la renuncia a la persecución (*Non Prosecution Agreement*, NPA)<sup>219</sup>. Ahora bien, dado que estos acuerdos van, ante todo, dirigidos a poner el foco de la responsabilidad penal -o su exención-, en la *persona jurídica*, no puede descartarse que, hasta al menos 2015, ello haya favorecido una postergación de la persecución penal del posible responsable (persona física).<sup>220</sup> Esta tendencia empezó a revertir desde 2015, a través de directrices dadas a los fiscales americanos en el *Yates Memo*<sup>221</sup> para dirigir la investigación hacia la *persecución del responsable último, persona física*. No obstante, a partir de 2017, esta orientación parece ponerse en entredicho desde sectores financieros que critican que, con este *memo*, la persecución penal y civil se centre en ejecutivos y directivos de las empresas, objetando la discrecionalidad de los fiscales y las altas cuantías de las multas.<sup>222</sup>

Respecto al papel de los *compliance programs* en este sistema puede concluirse destacando su *función* como *herramienta negociadora* dado que sirven para que la empresa muestre su cooperación y poder así favorecer un acuerdo de no acusar (*non-prosecution agreement*), dadas las amplias facultades

<sup>217</sup> Entre los más destacables, en 1999, el Deputy Attorney General, Eric Holder dictó el llamado “Holder memorandum”, titulado “*Bringing Criminal Charges Against Corporations*”, a fin de centralizar las directrices que había que impartir a los fiscales federales en esta materia. Pese a que dicho *Memo*, fomentó la persecución de personas jurídicas, también enfatizó la cooperación y el *compliance* como criterios clave para que los fiscales decidieran si procesar o no a una entidad. A partir de entonces, la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran acceder voluntariamente a adoptar un *compliance program*, se convirtió en un aspecto central de cualquier decisión del DOJ para procesar a personas jurídicas, sin perjuicio de que cada concreto fiscal dispusiera de amplia discrecionalidad. ANDERSON/WAGGONER, *The Changing role of Criminal law in controlling corporate behaviour*, 2014, p. 50 ss.

<sup>218</sup> Dichos requisitos fueron introducidos en la modificación de 2004, del *Chapter Eight* (vid. §8B2.1) del *USGM*, de las Directrices junto. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Cultura del cumplimiento y exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *R.I.T.L.*, (6), 2018, p. 2.

<sup>219</sup> Con el colapso de Enron en 2001, la Administración Bush aumentó la presión sobre el *white-collar crime*, apoyando, entre otras estrategias, el *Memorandum Thomson* en 2003 –adoptado por aquel *Deputy Attorney General*– que sustituyó al *Memo Holder*. Aunque con ello se fomentó una táctica más agresiva contra la delincuencia empresarial, también se sugería la “*pre trial diversion*” como herramienta para que los fiscales modificaran la conducta de las empresas, a través, ante todo, de dos componentes claves: DPAs y NPAs. ANDERSON/WAGGONER, *The Changing role of Criminal law in controlling corporate behaviour*, 2014, p. 51. Estos mecanismos volvieron a incentivarse a partir del *Memo McNulty* (2006), pues se moderó la presión contra las empresas, y en especial, desde 2008, con el *Memo* del Deputy Attorney General, M.R. Filip.

<sup>220</sup> SILVA SÁNCHEZ, «Epílogo: The Yates Memorandum» en *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, p. 423.

<sup>221</sup> *Yates Memorandum “Individual Accountability for Corporate Wrongdoing”*, p. 4, donde se asume que las empresas solo actúan a través de individuos y que “...investigar la conducta de los individuos es la forma más eficiente y efectiva de determinar los hechos y la extensión de cualquier acción ilícita de la empresa”.

<sup>222</sup> BORK, quien critica la tendencia del DOJ a tácticas “anti-business” y la estrategia de “fine-hungry” en “Time to revisit the Yates Memo?” en revista *Forbes*, 21 de abril 2017 ([www.forbes.com](http://www.forbes.com): última visita, 15 de junio 2018). Vid. LYNCH, «Justice Department mulls changing corporate prosecution policy», *Reuters*, Sept., 14th., 2017, ([www.reuters.com](http://www.reuters.com); última visita: 31 julio de 2018).

discrecionales de los fiscales para acusar o negociar la condena (*plea bargain*).<sup>223</sup> No obstante, también pueden servir para determinar algunas penas, según las “*guidelines*”, y, puesto que éstas gozan de naturaleza *consultiva*,<sup>224</sup> ha de entenderse que también la referencia al *compliance* la posee, toda vez que, su adopción eficaz y ejecución no se considera una “*defense*” de *iure* para eximir de responsabilidad penal a las empresas.<sup>225</sup> Además, ante los tribunales federales, parece primar el *criterio expansivo* de imputar a personas jurídicas incluso cuando un empleado con un rango bajo dentro de la empresa, cometa un acto delictivo en beneficio de ésta y haya implantado un *compliance program* efectivo.<sup>226</sup> Lo anterior no excluye que, *de facto*, la adopción de un *compliance program* efectivo en el seno de una empresa norteamericana, eventualmente, conduzca a eximir la responsabilidad penal.<sup>227</sup> Más aún, en la doctrina especializada sorprende la similitud entre la función de los *compliance programs* que se ofrece adoptar a las empresas para eliminarlos problemas que motivaron su investigación en el ámbito federal, con la tradicional *finalidad rehabilitadora de la pena*<sup>228</sup>. Conviene reparar en este entendimiento para relacionarlo con la eficacia predicable de un *environmental compliance*, a tenor de la legislación penal española.

#### 4.4. Environmental compliance y delitos contra el medio ambiente

En la doctrina penal estadounidense, la mayoría de delitos ambientales se incluyen dentro de los llamados *white-collar crimes*,<sup>229</sup> y se entiende que los ataques más graves contra el medio ambiente son, precisamente, los delitos ambientales de empresa (*corporate environmental crimes*<sup>230</sup>). Asimismo, las principales leyes federales relativas al medio ambiente se consideran leyes vinculadas a la tutela del bienestar público,<sup>231</sup> de modo que, por lo general, se justifica la prevención de delitos ambientales en la tutela de la salud humana y el medio ambiente<sup>232</sup>. Excedería de los límites de este trabajo reproducir los principales delitos ambientales castigados en EEUU, puesto que, además de existir dos niveles territoriales, el legislador federal los sistematiza en multitud de leyes relativas a

<sup>223</sup> HUSAK, *Overcriminalization. The limits of the Criminal Law*, 2008, p. 21.

<sup>224</sup> El *US Supreme Court*, en la capital resolución *U.S. v. Booker*, 125 S. Ct. 738 (2005) determinó, frente al criterio del Congreso que pretendía que dichas directrices (o “*Guidelines*”) fueran obligatorias, que las mismas tuvieran carácter consultivo (*advisory*) y no “*mandatory*” para los jueces. De modo que la aplicación *obligatoria* de dichas directrices, en una sentencia, vulneraría el derecho a un juicio con jurado de la Sexta enmienda de la Constitución Americana. Según MARQUÉS I BANQUÉ cabe hablar de una era *post-Booker*, «La certeza del Derecho y la individualización de la pena en el “*Commonlaw*”», *EPC*, 2017, (37), pp.156, 157. Así, dicha naturaleza *consultiva* se hizo evidente, pues el *US Supreme Court* eliminó de la “*Sentencing Reform Act*” (1984) la disposición referida a la obligatoriedad de las directrices, estableciendo que “los jueces “considerarán” las directrices...”

<sup>225</sup> ARLEN, «Corporate criminal liability: theory and evidence», *Law and Economics Research Paper Series*, working paper 11-25, (2012), p. 147.

<sup>226</sup> Según NANDA, en dichos casos no importa lo genuino y efectivo que el *compliance program* de la empresa puede haber sido en otros casos para disuadir la conducta criminal, pues aún así la empresa será responsable, en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal liability. Emergence, convergence and risk*, 2011, p. 65.

<sup>227</sup> SILVA SÁNCHEZ, «La eximente de “modelos de prevención de delitos»», en *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, pp. 386 ss.

<sup>228</sup> ANDERSON/WAGGONER, *The Changing role of Criminal law in controlling corporate behaviour*, 2014, p. 50.

<sup>229</sup> *Vid.* el tradicional debate abierto en la doctrina americana acerca de considerar los delitos ambientales como una categoría de delitos de cuello blanco y que reproduce CLIFFORD, en *Environmental Crime. Enforcement, Policy and Social Responsibility*, 1998, pp. 6 ss.

<sup>230</sup> BURNS/LYNCH, *Environmental Crime. A Sourcebook*, 2004, p. 16.

<sup>231</sup> CARR, *Environmental criminal liability. Avoiding and Defending Enforcement Actions*, 1995, p. 135.

<sup>232</sup> La protección de dichos intereses (*human health and environment*) es, de hecho, la más importante misión de la principal agencia administrativa de tutela ambiental: la US-EPA, como luego veremos. *Vid. Working Plan, Fiscal Years 2018-2022. US EPA. Strategic Plan* February 2018, p. 2.

los distintos recursos naturales y no así en un código. Derivado de lo anterior, en relación, entre otros, con estos delitos, desde los años 90, se percibe en aquel país el fenómeno de “overcriminalization”<sup>233</sup>, de modo que al aumentar tanto las “offences” es muy difícil no sancionar con penas, delitos nimios o insignificantes, toda vez que la ley penal tiende a trivializarse. En la actualidad, el *U.S. Sentencing Guidelines Manual* (USSG) prevé, en su *Second Chapter* (versión de 2018), la responsabilidad penal por delitos ambientales (*offences involving the environment*),<sup>234</sup> de los que pueden ser responsables las personas jurídicas conforme al *Eight Chapter* de dicho manual. A nivel federal, la cifra de condenas a empresas por delitos ambientales ha ido en aumento<sup>235</sup>, de modo que, en 2017, se sitúan entre los delitos cometidos de modo más común<sup>236</sup>. Frente a ello, como luego se detallará, en EEUU, las políticas ambientales, desarrolladas a nivel federal ante todo por la EPA, ponen énfasis en la *prevención* de estos delitos a través de instrumentos de cooperación e incentivos. En especial, cuando el infractor una persona jurídica, la adopción de *environmental compliance programs* se considera un instrumento básico, por diversas motivaciones. En primer lugar, dada la complejidad de la normativa ambiental en vigor en EEUU, percibida como rígida y ardua para las empresas, su cumplimiento resulta complejo sin disponer de medidas dentro de un planificado programa de prevención.<sup>237</sup> Con la adopción *compliance programs* se trata de controlar la aplicación de la normativa ambiental<sup>238</sup>. En segundo lugar, el enfoque regulatorio de los *compliance programs* permite -a diferencia de las clásicas sanciones penales-, aplicar la ley de manera prospectiva, a través de medidas preventivas frente a eventuales incumplimientos. Se entiende que dichas medidas pueden hacer cambiar la conducta de las empresas en muchos casos, logrando así, algunos de los objetivos de las sanciones penales.<sup>239</sup> Con el arraigo del sistema de *compliance programs* en Derecho ambiental estadounidense, el interés por la eficacia del castigo basado en el tradicional fin retributivo de la pena, ha pasado a un segundo plano, ganando terreno un sistema basado en incentivos y premios, en el que prevalece conseguir *ex ante* el objetivo de hacer cumplir la legalidad.<sup>240</sup> En tercer lugar, la posibilidad de eludir la responsabilidad penal con *compliances* eficaces, incentiva a las empresas a invertir en *medidas* para evitar daños ambientales que, de otro

<sup>233</sup> HUSAK, *Overcriminalization. The limits of the Criminal Law*, 2008, pp. 4 ss. En especial, respecto a delitos ambientales, COHEN, «Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statutes», *Journal of Criminal Law and Criminology*, (82), Issue 4 Winter, article 14, pp. 1102 ss.

<sup>234</sup> *Vid.* “Part Q -Offenders involving the environment” en *US Sentencing Commission Guidelines Manual 2018*, (*vid.* §2Q1.1.-§2Q1.6.). Téngase en cuenta que el Eight Chapter se aplica a empresas condenadas por “*felony or Class A misdemeanor*” de modo que, por lo general, los delitos ambientales cometidos por una empresa serán sentenciados conforme a reglas distintas a las de este capítulo, como luego se indicará.

<sup>235</sup> Dicho crecimiento de condenas a empresas contaminantes se inicia a finales del siglo pasado, a raíz de sonados desastres ecológicos, lo que puso en evidencia, el interés por perseguir, a nivel federal, delitos ambientales. *Vid.* NANDA, en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal liability. Emergence, convergence and risk*, 2011, p. 86.

<sup>236</sup> Según un informe publicado en julio de 2018 por la U.S. Sentencing Commission (*Quick Facts Organizational Offenders*; see [www.ussc.gov](http://www.ussc.gov)) durante 2017 se condenaron a 131 empresas por delitos federales. De ellos, un 28,2% fueron delitos ambientales, solo superados por “*frauds*” (29,0%), y por delante de delitos relacionados con alimentos y drogas (6,1%).

<sup>237</sup> STAHL, «Doing What’s important: setting priorities for Environmental Compliance and Enforcement Programs», en *Compliance and Enforcement in Environmental Law*, 2011, p. 159.

<sup>238</sup> CARR, *Environmental criminal liability. Avoiding and Defending Enforcement Actions*, 1995, p.140.

<sup>239</sup> MILLER/JUSTICE, «Organizational Liability for Environmental Crimes in Civil and Common law Systems», en *Compliance and Enforcement in Environmental law. Toward more Effective Implementation*, 2011, p. 181.

<sup>240</sup> DOREMUS, «Environmental Enforcement», en DOREMUS/LIN/ROSENBERG/SCHOENBAUM, *Environmental Policy Law: problems, cases and readings*, 2012, pp. 3 ss. (capítulo 12). Agradezco a la autora permitirme consultar la actualización de su obra.

modo, ocurrirían como parte normal de su actividad.<sup>241</sup> Es decir, los costes de adoptar medidas preventivas son menores, para las empresas, que aquellos para sufragar un proceso penal, de modo que al priorizar un *environmental compliance*, evitan las consecuencias de las *sentencing guidelines*<sup>242</sup>.

Con respecto al *contenido* de un *environmental compliance program*, éste varía según el concreto ámbito de actividad industrial y objetivos de la empresa. Sin embargo, como mínimo, deben proporcionar información sobre las *leyes ambientales aplicables y los procedimientos necesarios para cumplirlas*. Al respecto, suele considerarse el *Memorandum* redactado, en 1991, por el DOJ (sección *Environment and Natural Resources Division*, en adelante, ENRD), indicando ciertos factores para decidir el inicio de un proceso penal por infracciones ambientales, en caso de que el infractor realice, notablemente, un cumplimiento voluntario o esfuerzos para descubrir la infracción (*"Factors in Decision on Criminal Prosecutions for Environmental Violations in the context of significant voluntary compliance or disclosure efforts by the violator"*, July 1st., 1991). Dichos factores, que ofrecen a los fiscales federales criterios para ejercer su facultad discrecional de acusar o no a una empresa, son<sup>243</sup>: a) *la revelación voluntaria, puntual y completa del suceso investigado*. b) *Completa y temprana cooperación, bien en el contexto de la denuncia voluntaria, bien después de que se haya tenido noticia por vías distintas, de una infracción*. c) *Medidas preventivas y compliance programs*.

Estas *guidelines* pueden ser tenidas en cuenta por el fiscal, de modo que, en especial con respecto a la directriz o factor relativo al desarrollo de *compliance programs* internos, se suele especificar, desde mediados de los años noventa, determinados *requisitos conceptuales* que integrarían un *environmental compliance*, a fin de poder beneficiarse de dicho tratamiento más benigno o favorable,<sup>244</sup> entre otros: 1) contar con procedimientos de auditoría interna y externa regularizada; 2) ofrecer garantías para la integridad de la auditoría; 3) realizar una evaluación completa de todas las fuentes de contaminación; 4) desarrollo puntual de las recomendaciones de auditoría; 5) recursos necesarios adecuados para la auditoría y su seguimiento; 6) incorporación de los criterios ambientales en las evaluaciones del funcionamiento general de la compañía; 7) adopción de medidas de control más allá de las existentes en la ley, como modo de garantizar la prevención de casos de incumplimiento; 8) política institucional estricta para cumplir con los requisitos ambientales; 9) firme compromiso para corregir las infracciones reveladas en la auditoría; 10) mecanismos anónimos o confidenciales para que los empleados puedan denunciar presuntas infracciones sin temor a ser reprimidos por ello; 11) que los empleados reciban un adecuado entrenamiento y formación.

<sup>241</sup> ARLEN, «Corporate criminal liability: theory and evidence», *Law and Economics Research Paper Series*, working paper (11-25), 2012, p. 144.

<sup>242</sup> STARR/KELLY, «Environmental Crimes and the Sentencing Guidelines: The Time Has Come...and It Is Hard Time», *The Environmental Law Reporter*, (20), 10096, 1990, p. 15/15 ([www.elr.info/news-analysis/20/10096](http://www.elr.info/news-analysis/20/10096))

<sup>243</sup> COHEN, «Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statutes», *Journal of Criminal law and Criminology*, (82), Issue 4 Winter, article 14, pp. 1070 ss.

<sup>244</sup> CARR, *Environmental criminal liability. Avoiding and Defending Enforcement Actions*, 1995, p.141. COHEN criticó que el requisito de *compliance programs* parecía favorecer solo a las grandes empresas que podían permitirse auditorías y evaluaciones de empleados, y no a las pequeñas, en «Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statutes», *Journal of Criminal law and Criminology*, (82), Issue 4 Winter, article 14, p.1104.

Aquellos factores fueron especificados en posteriores *Memorandum*, como el publicado en marzo de 2018, dirigido a la ENRD, bajo el título de "*Enforcement Principles and Priorities*" que, en resumen, anima a las empresas a revisar sus *compliance programs*, para delimitar mejor los "*environmental risks*", realizar "*compliance audit*" y revisar que sus políticas y procedimientos son adecuados<sup>245</sup>.

Si a pesar de los esfuerzos para evitar incumplimientos en el sentido de estos *Memos*, se comete un delito en el seno de una empresa, la prueba de la existencia un *programa de compliance* efectivo, puede permitirle gozar de un tratamiento más indulgente por parte del fiscal, que el que éste dispensaría a una empresa que no invirtió esfuerzo en cumplir con la legalidad.<sup>246</sup> No obstante, si la persona jurídica es finalmente *condenada* por un delito ambiental, entre las penas más comunes a imponer por un tribunal, está la *multa*, cuya cuantía habrá que *determinar*. Al respecto, la *Guidelines Commission*, inicialmente, excluyó del *Chapter Eight* del *USSG*, la posibilidad de determinar la pena de multa respecto a los delitos ambientales<sup>247</sup>, pese a la crítica y propuestas en contra de los expertos<sup>248</sup>. Así pues, las *Organizational Sentencing Guidelines* ofrecen a los jueces dos mecanismos para determinar la multa: el primero de ellos, es el que, por lo general, se emplea para concretar la cuantía de la multa por delito ambiental y remite a unas reglas generales, previstas en el art. 18 *U.S. Code* (en adelante, *USC*)<sup>249</sup>, que permiten mayor discrecionalidad al tribunal sentenciador para el cómputo de la multa por delito ambiental<sup>250</sup>. El segundo mecanismo va dirigido a determinar la pena de multa conforme a las reglas del *Eight Chapter* del *USSG*<sup>251</sup>. En este caso, la cuantía de la

<sup>245</sup> Vid. [www.justice.gov/enrd](http://www.justice.gov/enrd). Este *Memo* -firmado por Jeffrey H. Wood (Acting Assistant Attorney General)-, proporciona directrices a los fiscales federales para aplicar las leyes ambientales en la esfera civil y penal, destacando la "integridad" que han de revestir los *compliance programs* (Enforcement Priority #2, p.10). El DOJ persigue así aplicar aquella normativa pero se reserva la acción penal para los casos de infracciones más graves y aquellos que implican proporcionar falsa información al gobierno.

<sup>246</sup> En la doctrina se entiende que las penas son algo evitable si, con antelación, se ejecuta eficazmente un *compliance program*. DOREMUS, «Environmental Enforcement», en DOREMUS, LIN, ROSENBERG, SCHOENBAUM, *Environmental Policy Law: problems, cases and readings* 6<sup>th</sup>. Ed., Foundation Press, 2012, p. 4.

<sup>247</sup> Vid. *Eight Chapter*: § 8C2.1. Pese a que los delitos ambientales se incluyen en el *Sentencing Guidelines Manual* (*Chapter Two, Section Q*), la *US Sentencing Commission* estableció un sistema por el que, por lo general, las multas pecuniarias para las empresas que cometen estos delitos, no se determinan conforme a dicho *Eight Chapter*. La razón principal de su exclusión habría sido que la dificultad para cuantificar el perjuicio económico (*monetary harm*) y las pérdidas o ganancias ("*loss/gain calculation*") en delitos ambientales, lastaban la determinación de la pena. CARR, *Environmental criminal liability. Avoiding and Defending Enforcement Actions*, 1995, p. 1105; Vid. ALLENBAUGH, «What's Your Water Worth? Why We Need Federal Fine Guidelines for Corporate Environmental Crime», *American University Law Review*, vol.48, (4), 1999, pp. 937 ss.

<sup>248</sup> Diversos académicos, fiscales y expertos en medio ambiente constituyeron el llamado *Advisory Work Group* (AWG) que, en febrero de 1994, presentó una propuesta oficial a la *Sentencing Commission* para la reforma de las *Organizational guidelines*. Pese a que ésta no se envió al Congreso, constituye una de las principales referencias para delimitar "*environmental sentencing guidelines for business organizations*", dando relevancia al papel de los *environmental compliance programs*. FIORELLI/ROONEY, «The Environmental Sentencing Guidelines for Business Organizations: Are There Murky Waters in Their Future?», *Boston College Environmental Affairs Law Review*, vol.22, Issue 3, 1995, p. 482.

<sup>249</sup> Y ello porque el *US Sentencing Guidelines Manual*, en su § 8C2.10 remite al tribunal a considerar los factores establecidos en el 18 U.S.C. §§ 3553 and 3572.

<sup>250</sup> DOYLE, «How the Federal Sentencing Guidelines work: an overview», *Congressional Research Report*, July, 2015, p. 38 ([www.crs.gov](http://www.crs.gov)); COHEN, «Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statutes», *Journal of Criminal law and Criminology*, (82), Issue 4 Winter, article 14, p. 1102.

<sup>251</sup> De las *USSG, Chapter Eight* se deducen tres principios: a) las organizaciones condenadas deben remediar el daño causado por el delito; 2) las empresas condenadas deben pagar una multa que refleje la ganancia económica obtenida con el delito, multiplicada por el "grado de culpabilidad" de dicha empresa; 3) la sociedad condenada debe tomar medidas para "reducir la posibilidad de futuros delitos". MILLER/JUSTICE, «Organizational Liability for

multa habrá de reflejar la ganancia económica conseguida por la empresa con el delito,<sup>252</sup> realizándose un cálculo en el que se multiplica aquella cantidad por una “puntuación de culpabilidad” (*culpability score*), que aún debe tener en cuenta hasta seis factores.<sup>253</sup> Dos de dichos factores pueden restar puntuación, en concreto la prueba de un sistema de *compliance* efectivo y de un programa ético y la auto-denuncia de la infracción junto con la cooperación en la investigación y la aceptación de la responsabilidad<sup>254</sup>. Así pues, si la empresa es condenada, la presencia o ausencia de un *compliance* y de código ético, es un factor significativo para determinar la multa impuesta por el delito. De hecho, si la empresa condenada carece de un *compliance* y “*ethic program*” eficaces, el juez sentenciador ordenará un periodo de “*probation*” para que desarrolle dichos programas.<sup>255</sup>

La determinación de las multas por delitos ambientales conforme al primer mecanismo, no excluye por completo la consideración de *environmental compliance programs* en el cómputo de la correspondiente multa, si bien a discrecionalidad del tribunal<sup>256</sup>. En todo caso, su adopción efectiva en las empresas, se fomenta, en el ámbito federal, para, ante todo, evitar la persecución y la condena penales por delito ambiental, aspectos que parecen más relacionados con el *merecimiento de pena*. Para advertir su importancia práctica en este sentido, es preciso aproximarnos a la agencia reguladora que más los ha incentivado, es decir, la *US Environmental Protection Agency* (en adelante, EPA), sobre todo por su papel negociador o “*role of bargaining*” respecto a los sujetos -personas físicas y jurídicas- implicados en la tutela ambiental.

---

Environmental Crimes in Civil and Common law Systems», en *Compliance and Enforcement in Environmental law. Toward more Effective Implementation*, 2011, p.180.

<sup>252</sup> Los tribunales determinan la multa teniendo en cuenta tres aspectos: 1) una cantidad establecida en una tabla de las *Guidelines* dependiendo del nivel de ofensa del delito; 2) la ganancia final obtenida por la organización con el delito; 3) la pérdida económica ocasionada a otros con el delito. MILLER/JUSTICE, «Organizational Liability for Environmental Crimes in Civil and Common law Systems», en *Compliance and Enforcement in Environmental law. Toward more Effective Implementation*, 2011, p.180.

<sup>253</sup> Dicha “culpabilidad” se calcula a partir de una escala de puntos (de cero a diez), de modo que a la empresa, inicialmente, se le asigna una calificación de cinco puntos que se puede corregir al alza o a la baja, dependiendo de seis factores: cuatro de ellos agravan la responsabilidad: (b) participación o tolerancia del delito, (c) historial de la entidad (d) infracción del mandato judicial y (e) obstrucción a la justicia). Vid. *U.S. Sentencing Commission, Guidelines Manual, Chapter 8, (Nov.1, 2018)*, vid. § 8C2.5. *Culpability Score*.

<sup>254</sup> Según la §8C2.6, a cada escala de la culpabilidad hay que aplicar un multiplicador máximo y otro mínimo, de modo que, las cantidades resultantes se multiplican por la multa base y se obtiene los rangos entre los que el juez concretará la pena. FIORELLI/ROONEY, «The Environmental Sentencing Guidelines for Business Organizations: Are There Murky Waters in Their Future?», *Boston College Environmental Affairs Law Review*, vol.22, (3), 1995, pp. 488 ss. Según ORTÍZ DE URBINA, una buena “puntuación de culpabilidad” es decisiva para las empresas y para desarrollar *ex ante, compliance programs* Vid. MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, 2014, p. 58.

<sup>255</sup> Vid. §8D1.1. a) 3) USSG. Según MILLER/JUSTICE, el programa ha de aprobarse por el tribunal, quien enviará un “*probation officer*” para inspeccionar las instalaciones de la empresa e interrogar a sus empleados para determinar su aquél se cumple, en «Organizational Liability for Environmental Crimes in Civil and Common law Systems», en *Compliance and Enforcement in Environmental law. Toward more Effective Implementation*, 2011.

<sup>256</sup> De hecho, se consideró más beneficioso para las empresas este mecanismo, que determinar la multa por delito ambiental según el borrador de “*Proposed Guidelines*” (1994), por la rigidez de las atenuantes allí previstas y escasa rebaja de pena ante la prueba de un *compliance*. Vid. LEMKIN, «Detering Environmental Crime through flexible Guidelines», *California Law Review*, vol.84, Issue 2, 1996, p. 334.

#### 4.5. La US Environmental Protection Agency (EPA) y el cumplimiento de la normativa ambiental

A fin de delimitar brevemente el papel de la EPA para lograr un eficaz cumplimiento de la normativa ambiental y fomentar *compliance programs* en el seno de las empresas,<sup>257</sup> conviene remontarse a su creación, en 1970, para advertir que fue resultado de los esfuerzos del estado federal por fortalecer su posición para regularla protección ambiental, frente a las amplias facultades de los estados.<sup>258</sup> Con la eclosión, durante la llamada “*environmental decade of 1970s*”<sup>259</sup>, de la preocupación ambiental en la sociedad norteamericana, diversos *lobbies* influyeron en el Congreso a fin de legislar en la protección del medio ambiente a nivel federal, lo que legitimó al Gobierno a asumir más funciones a este respecto, esta vez, a través de la EPA.<sup>260</sup> Desde entonces, básicamente, su principal misión es alcanzar los objetivos de cumplimiento de la legislación ambiental y de cooperación, en primera instancia, a través de procesos civiles,<sup>261</sup> si bien además otra de sus importantes funciones es, en su caso, promover la persecución penal de *environmental offences*.<sup>262</sup> Para impulsar esta persecución, las iniciativas de la EPA en los años 70 coincidieron con el incremento de los esfuerzos para aplicar la legislación ambiental en el seno del DOJ, de modo que, inicialmente, ambos organismos se dirigieron, ante todo, a combatir ilícitos relativos a los residuos peligrosos.<sup>263</sup> Pese a la drástica reducción de presupuesto durante los años 80<sup>264</sup>, la EPA perfeccionó su perfil disuasorio, desarrollando inspecciones rigurosas del cumplimiento de la normativa e involucrando al DOJ en la tarea de hacer cumplir con la normativa ambiental.<sup>265</sup> Así en 1981, la División del Territorio y Recursos Naturales del DOJ, creó una unidad especial dentro de su Sección ambiental, denominada Unidad de Delitos ambientales (*Environmental Crimes Unit*), casi a la vez que se puso en marcha la EPA’s *Office of Criminal Enforcement*, de modo que actuaban de manera coordinada, siendo aquella Unidad la que recibía los informes de la EPA, que

<sup>257</sup> Vid. ampliamente [www.epa.gov/compliance](http://www.epa.gov/compliance).

<sup>258</sup> BURNS/LYNCH, *Environmental Crime. A Sourcebook*, 2004, p. 69. Tras varios intentos previos de fortalecer dicha posición, a través de leyes federales relativas a recursos naturales (v.gr. *Water Pollution Control Act*, 1956; *Air Quality Act*, 1967), bajo la presidencia de Nixon, se creó la EPA como agencia independiente. WISMAN, “EPA-History. Background: why EPA was established”, Nov. 1985 (vid. [www.archive.epa.gov/epa/aboutepa/epa-history-1970-1985](http://www.archive.epa.gov/epa/aboutepa/epa-history-1970-1985)).

<sup>259</sup> KRAFT/VIG, «Environmental Policy in the Reagan Presidency», *Political Science Quarterly*, Vol. 99, (3), 1984, pp. 415 ss.

<sup>260</sup> BURNS/LYNCH, «The Environmental Protection Agency», 2004, p. 70 ss.; p. 119.

<sup>261</sup> BURNS/LYNCH, *Environmental Crime. A Sourcebook*, 2004, p. 70 ss.; p. 119.

<sup>262</sup> Por otra parte, se le encomienda poner a disposición del público en general, la información sobre la aplicación de la legislación ambiental. A este último respecto, la EPA incluso incentiva el cumplimiento normativo, dotando de información y asistencia para el *compliance*, mediante *Web sites*. Vid. [www.epa.gov](http://www.epa.gov) (última visita: 14 marzo 2019).

<sup>263</sup> Al respecto en 1978 se creó un Grupo de trabajo de Residuos y el Gobierno fomentó las persecuciones penales. Vid. BURNS/LYNCH, *Environmental Crime. A Sourcebook*, 2004, p. 116.

<sup>264</sup> Bajo la Administración Reagan las competencias profesionales de esta agencia reguladora (EPA) se redujeron notablemente, debido a recortes en el presupuesto, plantilla y funciones, pese a lo cual, en su seno trató de fomentar la persecución de delitos en el ámbito federal, en vez de acudir a la vía civil. KRAFT/VIG, «Environmental Polcity in the Reagan Presidency», *Political Science Quarterly*, Vol. 99, (3), 1984, pp. 424 ss.; pp. 437 ss.

<sup>265</sup> Tanto es así que, en esta década, un fiscal del DOJ, (Peter Beeson) fue nombrado director de la Oficina de persecución penal de la EPA (EPA’s *Office of Criminal enforcement*), creada en 1981. A dicha oficina se le atribuyó la función de perseguir penalmente y mejorar la efectividad de los programas dirigidos a aplicar la regulación. Vid. BURNS/LYNCH, *Environmental Crime. A Sourcebook*, 2004, p. 116.

supervisaba el procesamiento por delito<sup>266</sup>. Desde entonces la EPA, consciente de su capacidad para fomentar el cumplimiento voluntario, incentivó *compliance programs* más activos y basados en la perspectiva penal. Esta tendencia pudo verse reforzada con la aprobación, en la década de los 80, del *US Federal Sentencing Guidelines* para la determinación individual de las penas y a partir la entrada en vigor, en 1991, de las “*Sentencing Guidelines for Organizations*” (*Eight Chapter*), pues el DOJ anunció una política que incentivaba a las personas jurídicas a desarrollar *environmental compliance* voluntarios y programas de investigación, como medios de reducir las posibilidades de persecución penal. No obstante, en un principio, la EPA no recomendaba la persecución de personas jurídicas, sino que se centró en la *persecución de individuos*.<sup>267</sup> A mediados de los 90, la EPA cambió de estrategia de modo que, desde entonces, la mayoría de delitos ambientales cometidos por empresas que llegaban a los fiscales federales eran a través de la EPA, que, por lo general, tenía conocimiento de ellos a través de “*whistleblowers*”. Para ello, desde 1995 hasta entrado el s. XXI, la EPA implementó una política de auto-denuncia (*self-policing*),<sup>268</sup> muy vinculada a propuestas autorreguladoras (*self-regulation*), que suele asociarse con la mejora de los niveles de ejecución en los *environmental compliance*.<sup>269</sup> Entrado este siglo, la EPA, junto con el DOJ, ha reforzado su labor en incentivar los *compliance programs* dentro de las empresas,<sup>270</sup> requiriendo auditorías ambientales y proponiendo prácticas para ejecutar dichos *compliances*, a través de estrategias tendentes a fijar prioridades,<sup>271</sup> en la línea del enfoque llamado “*problem-oriented approach*”,<sup>272</sup> así como ofreciendo, entre otros, “*compliance monitoring programs*” e información de los procesos penales iniciados a resultas de sus investigaciones sobre delitos ambientales.<sup>273</sup> Esta tendencia a reforzar incentivos, fue revisada en la política de la EPA denominada “*Audit Policy*” (2000)<sup>274</sup>, dirigida a reducir las sanciones civiles y a declinar remitir al DOJ la persecución penal, si entre otras condiciones, la empresa descubre infracciones a través de auditorías ambientales y *compliance programs*, y las revela con prontitud, al gobierno.<sup>275</sup> No obstante, las competencias reguladoras de la EPA han sufrido la

<sup>266</sup> COHEN, «Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statutes», *Journal of Criminal law and Criminology*, (82), Issue 4 Winter, article 14, p. 1056.

<sup>267</sup> FARBER/FINDLEY, *Environmental law in a nutshell*, 2010, pp. 264 ss.

<sup>268</sup> Recogida en el documento “Incentives for Self-Policing: Discovery, Disclosure, Correction, and Prevention of Violations”. *Federal Register* 22 de diciembre 1995, vol.60, (246), pp.1 ss.

<sup>269</sup> STRETESKY/LYNCH, «Does Self-Policing Improve Environmental Compliance?», en *Compliance and Enforcement in Environmental Law*, 2011, pp. 223 ss.

<sup>270</sup> Vid. el documento “*Working Plan, Fiscal Years 2018-2022. US EPA. Strategic Plan*” February 2018, pp. 37 ss., relativo a *civil and criminal enforcement programs*, para personas físicas y corporaciones.

<sup>271</sup> STAHL, «Doing What’s important: setting priorities for Environmental Compliance and Enforcement Programs», en *Compliance and Enforcement in Environmental Law*, 2011, p. 161.

<sup>272</sup> Se trata de una estrategia propuesta por SPARROW, M.K., que aplicada a los *compliance*, permite orientarlos a seleccionar e intervenir frente al grupo más importante de riesgos, amenazas e infracciones (pautas de *non-compliance*). Se tiende así a fomentar los llamados “*regulatory compliance programs*” usando un modelo de resolución de problemas específicos (*problem-solving*), de cada empresa, para que el esfuerzo se canalice en identificar de forma proactiva los problemas, controlarlos con intervenciones frecuentes, así como dedicar un amplio número de recursos a solucionarlos. Vid. *The Regulatory Craft: Controlling risks, solving problems, managing compliance*, 2000, p. 137 ss.

<sup>273</sup> Vid. <https://www.epa.gov/enforcement/summary-criminal-prosecutions> (última visita 23 de julio 2018).

<sup>274</sup> Dicha política se plasma en el documento “Incentives for Self-Policing: Discovery, Disclosure, Correction and Prevention of Violations”, *Federal Register* / Vol. 65, No. 70 / Tuesday, April 11, 2000.

<sup>275</sup> Entre las nueve condiciones que, según el punto D de la “*Policy Audit*” 2000 (p. 19621), se exigen para que una “*regulated entity*” -o empresa sometida a las leyes ambientales- evite la remisión de las actuaciones por delito ambiental al DOJ, destaca que la infracción de la normativa ambiental haya sido descubierta a través de (a) una auditoría ambiental o de un (b) “*compliance management system*”.

mayor reducción en sus casi cuarenta y ocho años de existencia, bajo la Administración Trump, percibiéndose incluso, en el seno de dicha agencia, el fenómeno denominado “*regulatory capture*”<sup>276</sup>.

Así las cosas, es obvio que el esquema de ejecución y supervisión por la EPA, de *environmental compliance programs* en EEUU, no es fácil de exportar, si bien pueden trasladarse algunos métodos del mismo a otros sistemas jurídicos. Ante todo, aquellos que, basados en la tendencia a la *autorregulación* voluntaria, dotan de mayor eficacia preventiva a los programas de cumplimiento, de modo que también la Administración pública –estatal, autonómica o local- en nuestro país, podría desarrollarlos. En suma, la experiencia de la EPA en la implementación de *environmental compliances*, invita a reflexionar sobre la conveniencia de un *organismo público* que, de manera homogénea, fomente políticas de incentivos y supervise la efectiva adopción y ejecución de mecanismos de autorregulación y *compliances penales*, toda vez que *coopere y se coordine con la Fiscalía de Medio Ambiente*. Aún cuando en nuestro país organismos como la inspección ambiental, pudieran ejercer aquella supervisión, es difícil atribuirle el resto de funciones. Estas dificultades pueden dejar paso a otras propuestas como, en especial, garantizar a través de *certificados*, la *eficacia* de los *compliance programs*.<sup>277</sup>

## 5. Criminal compliance en derecho penal ambiental español

### 5.1. Fundamento, eficacia y contenido esencial de los compliance ambientales

Sentados los rasgos más destacables del *compliance programs*, a la luz del sistema jurídico en donde se originaron, y evidenciada la naturaleza consultiva de las “*sentencing guidelines*” -no vinculantes para el juez-, y, por ende, de los *compliance* -como parte de aquéllas- a la hora de determinar penas como la de multa, conviene ante todo reparar en que en el ámbito anglosajón dichos programas de prevención también pueden desplegar eficacia para evitar la acusación o persecución penal.<sup>278</sup> Aunque ciertamente tal cosa no es posible en un sistema regido por el sistema de legalidad procesal, lo cierto es que en el ordenamiento jurídico español *latu sensu*, los programas de cumplimiento despliegan, de facto una eficacia similar, si bien su previsión en el Código penal parece que implica una mayor vinculación para el juzgador. Por lo que toca al medio ambiente, en nuestro país los *compliance programs* adquieren pleno sentido no solo con respecto a las grandes empresas sino también para las medianas y pequeñas, puesto que, al ser un ámbito tan específico, todas ellas vienen ya obligadas, por el Derecho administrativo ambiental, a instaurar sistemas de

<sup>276</sup> Vid. DILLON, L. *et alri*, critican este fenómeno -definido por teorías económicas (STIGLER, G.T., 1971) y sociológicas (Carpenter, D., 2014)-, y percibido, desde que S. Pruitt es administrador de la EPA, como un cambio de orientación en la agencia hacia una “*pro-business direction*” pues, por influencia del sector industrial, se sustituye la tutela de intereses públicos por la de, paradójicamente, los intereses privados que debería regular, en “The Environmental Protection Agency in the Early Trump Administration: Prelude to Regulatory Capture”, *American Journal Public Health*, vol.108, Suppl. 2 (online, 2018 April), pp. 89 ss.

<sup>277</sup> Al respecto, MAGRO SERVET propone aportar como prueba documental ante el juez (de instrucción) el Certificado UNE 19601 Sistema de Gestión de Compliance penal, acompañado de un informe pericial del experto en compliance. Y si no se archivan las diligencias, podría alegarse como prueba documental, en el escrito de defensa. Vid. «Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas», *Diario La Ley*, (9337), 15/01/19, p.9.

<sup>278</sup> MILLER/JUSTICE, «Organizational Liability for Environmental Crimes in Civil and Common law Systems», en *Compliance and Enforcement in Environmental law. Toward more Effective Implementation*, 2011, p.180.

control.<sup>279</sup> Es decir, el medio ambiente sería el caso paradigmático de sector donde las empresas pueden asumir programas de autorregulación normativa<sup>280</sup>, como los *compliance programs* ambientales, en un contexto muy predeterminado por la legislación administrativa ya existente. Así, desde la regulación pública puede fomentarse una nueva correlación de responsabilidades en la gestión y minimización de riesgos ambientales, de modo que los poderes públicos persigan una implicación efectiva de las empresas en la tutela del ambiente a través de técnicas de autorregulación<sup>281</sup>, de carácter persuasivo o de cooperación (v.gr. protocolos de actuación, buenas prácticas o estrategias de autocontrol de los procesos internos industriales).<sup>282</sup> Mediante la técnica administrativa de la *autorregulación regulada*,<sup>283</sup> se garantizaría un método *indirecto*<sup>284</sup>, de intervención pública.<sup>285</sup> De hecho, como demuestra la experiencia estadounidense, la adopción de *compliance programs* -como modalidad de autorregulación normativa-, ha ido asentándose en las empresas bajo la presión ejercida por la Administración y como reacción a los grandes desastres ecológicos, vinculados a la criminalidad de empresa, que hicieron aumentar la aversión hacia las corporaciones<sup>286</sup>. En nuestro país, la adopción de *criminal compliances ambientales* puede entenderse como una estrategia indirecta de regulación pública de los autocontroles establecidos en la empresa para evitar incurrir en el riesgo de cometer delitos ambientales,<sup>287</sup> desde el momento en que el Código penal ofrece la opción de eximir o atenuar la responsabilidad penal a aquellos entes que adopten “modelos de organización y gestión”.<sup>288</sup> Desde esta perspectiva, el *fundamento* del

<sup>279</sup> NIETO MARTÍN, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en Derecho penal», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO(eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, 2013, p. 27. FERNÁNDEZ TERUELO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas al art. 31 bis 1 b) CP español», *RECPC*, (21-03), 2019, p. 5.

<sup>280</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, «La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad», en MONTIEL, (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, p. 296.

<sup>281</sup> Como indica MONTANER FERNÁNDEZ, la autorregulación técnica abarca instrumentos como el sistema de gestión ambiental, que sobre todo comenzaron a implantarse a partir de la creación de las normas técnicas internacionales ISO, en *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, 2008, p. 214.

<sup>282</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, «Autorregulación y medio ambiente. El sistema comunitario de ecogestión y auditoría ambiental», en *Derecho del Medio Ambiente y Administración local*, 2006, pp. 327 ss.

<sup>283</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, *Derecho Administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada* (tesis doctoral), Universitat de Girona (consultada en línea: [www/dugi-doc.udg.edu/](http://www/dugi-doc.udg.edu/)), 2003, pp. 174 ss.

<sup>284</sup> Según DARNACULLETA I GARDELLA, así se sustituiría a las clásicas técnicas de regulación de policía (inspección, autorizaciones, sanciones), en *Derecho Administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada* (tesis doctoral), Universitat de Girona (consultada en línea: [www/dugi-doc.udg.edu/](http://www/dugi-doc.udg.edu/)), 2003, pp. 179 ss.

<sup>285</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, «La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad», en MONTIEL, (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, p. 295.

<sup>286</sup> STRETESKY/LONG/LYNCH, *The treadmill of crime. Political economy and green criminology*, 2013, p. 79.

<sup>287</sup> MONTANER FERNÁNDEZ/FAKHOURI GÓMEZ/LLOBETANGLÍ, «El delito ecológico como Ley Penal en Blanco y su adaptación a los Espacios de Riesgo en los que impera la Técnica», *Derecho & Sociedad*, (34), 2010, *Asociación Civil*, pp. 223 ss.

<sup>288</sup> Entre otras razones que motivarían a las empresas a sujetarse a programas de autorregulación en medio ambiente estaría el interés por dar imagen de compromiso social (responsabilidad social empresarial), mejorar la reputación empresarial, dar mayor satisfacción al cliente u obtener una posición de ventaja competitiva en el mercado (v.gr. con etiquetado ecológico, designación eco-eficiente). El empleo de alguna de dichas técnicas incluso permitiría eludir una mayor intervención pública. No obstante, esta última razón ha sido objeto de crítica por el proceso de desregulación en las áreas del derecho administrativo y privado emprendido al que conduce. *Vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, «El plano político-criminal en la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en VVAA MATA LLÍN EVANGELIO (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, 2018, p. 98.

*compliance ambiental* radicaría en dicha tendencia de las empresas a autorregularse<sup>289</sup>, viniendo además ello prescrito y supervisado por la regulación administrativa y/o penal. Así, la *naturaleza híbrida* del *compliance ambiental* –en tanto concilia las tendencias *autorreguladoras* y *heterorreguladoras*–, explicaría la existencia de estos programas de prevención, al servicio de fines públicos. El régimen penal del *compliance* en nuestro país evidencia que esta forma de autorregulación viene *incentivada* o *premiada*, pues su adopción eficaz *ex ante* puede eximir o atenuar la responsabilidad penal de personas jurídicas. Conviene pues proyectar el sistema español de *criminal compliance* diseñado en el art. 31 bis) CP,<sup>290</sup> apartados 2 (condición 1ª), 4 y 5, a los delitos contra el medio ambiente (arts. 325 a 331 CP), dadas las penas previstas en el art. 328 CP. El objetivo de este análisis se acota, no obstante, a las principales herramientas para configurar el *contenido básico necesario* de un *compliance* penal en medio ambiente,<sup>291</sup> con el que evitar o atenuar la responsabilidad penal. Así pues, asumiendo para ello, como aspecto formal básico, su plasmación en un documento escrito,<sup>292</sup> y sentado que el juez deberá comprobarlas condiciones del art.31 bis) 2 a 4 CP<sup>293</sup>, entre las que se encuentra la exigencia temporal de demostrar la adopción y ejecución eficaz de un *compliance*, *antes de la comisión del delito ambiental*<sup>294</sup> (art.31 bis) 2, 1ª y 4 CP), la tarea a abordar se ciñe al estudio del primer *requisito* que deben verificar. Esto es, el previsto en el art. 31 bis) apartado 5º, condición 1º CP, referido a la necesaria *identificación de “...las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos”*. La delimitación de dichas actividades es un paso esencial pues, en todo caso, ha de comprobarse para admitir la eficacia tanto eximente como atenuante de un *compliance ambiental*,<sup>295</sup> teniendo en cuenta que además la misma dependerá de la adaptación real de cada modelo de organización y gestión, a la concreta empresa.<sup>296</sup> Pero es que además la identificación de dichas actividades es una tarea fundamenta la efectos de demostrar la capacidad

<sup>289</sup> Ello no se contradice con un modelo de heterorresponsabilidad de personas jurídicas, pues también el fin de éste es generar autorregulación. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, p.112.

<sup>290</sup> Respecto al modelo diseñado por la LO 5/2010, *vid.* MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRIN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal ambiental*, 2013, p. 281; SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, 2012, pp. 169 ss.; GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, 2015, p. 334.

<sup>291</sup> Como se adelantó excede de los fines de este trabajo, el estudio de los aspectos organizativos que todo *compliance ambiental* ha de conllevar, o requisitos relativos, entre otras, a la figuras del *compliance officer* o a los *códigos éticos* que se deban desarrollar, u otras exigencias previstas en el art. 31 bis) 5º CP, como los protocolos para la formación de la voluntad, modelos de gestión de recursos financieros, canales de denuncia o de *whistleblowing*. Pese a su evidente importancia de figuras como la del *compliance officer*. (*vid.* MAGRO SERVET, «Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas», *Diario La Ley*, (9337), 15/01/19, p. 6 ss. su estudio requeriría una investigación *ad hoc* que excede de los objetivos aquí perseguidos.

<sup>292</sup> Además, como todo programa de prevención, los *compliance ambientales* han de ser claros y precisos. *Vid.* Circular FGE 1/2016, p. 43. El documento elaborado deberá obrar en poder del consejo de dirección u órgano directivo y, según MAGRO SERVET, también de sus empleados. *Vid.* «Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales», en *La Ley digital*, (19156), 2011, p.7 ss. Así pues, en su caso, puede constituir una prueba documental en un proceso penal.

<sup>293</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, «¿Sobre qué han de decidir los jueces penales?», ponencia del curso “Tratamiento penal de la persona jurídica”, *CEJ*, 2018, p. 27.

<sup>294</sup> Por su parte, respecto de este requisito, MAGRO SERVET distingue dos situaciones: “si ese programa se hubiera implantado antes, operaría la exención, y si se aplica antes del juicio oral será atenuante”, en «Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas», *Diario La Ley*, (9337), p. 7 ss.

<sup>295</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, pp.188 ss.

<sup>296</sup> Al respecto la Circular FGE 1/2016 (p.43) indica que no basta un programa de cumplimiento por completo que sea, sino que éste debe estar perfectamente adaptado a la empresa y a sus concretos riesgos.

preventiva de los protocolos o medidas de vigilancia y control del concreto *compliance*<sup>297</sup>. Es decir, a fin de probar la *idoneidad* o *adecuación* de las medidas para prevenir delitos ambientales o para reducir “de forma significativa” el riesgo de su comisión.

Sentadas estas premisas y asumiendo que alguna de aquellas condiciones son graduables y han de valorarse por el juez, cabe diferenciar -como ya se adelantó- varios escenarios a fin de delimitar la eficacia atenuante o eximente de un *criminal compliance ambiental*: en primer lugar, puede que la empresa tan solo cuente formalmente con dicho programa, de modo que conforme a los criterios de necesidad de pena en el caso concreto, antes referidos, parece que ello permitiría aplicar, a lo sumo, una atenuación de la pena a la persona jurídica<sup>298</sup>. Distinto es el caso en que el *compliance ambiental* se instala en una empresa y a demás sus medidas ya están siendo adoptadas, pese a que una persona física haya cometido un delito ambiental. Tanto este supuesto como, en especial, aquel en que el *compliance ambiental* ha sido ejecutado y garantiza el cumplimiento de los deberes de control, supervisión y vigilancia de forma continuada, e incluso ha comportado detectar algún otro delito ambiental, permiten apelar al efecto eximente, pues no parece que haya necesidad de pena en concreto.<sup>299</sup> Analizadas, en esencia, dichas pautas con repercusión en el proceso penal, procede abordarla cuestión jurídica de cómo *identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos contra el medio ambiente (gap analysis)*.<sup>300</sup> Su importancia radica en que es la *actividad preventiva básica de todo compliance ambiental*, que permite concretar el resto de sus elementos así como controlar y mejor gestionar la actividad de la empresa<sup>301</sup>. Por lo general, implica utilizar una metodología sistemática de evaluación y gestión de riesgos, por lo que cabrá realizar un *mapa y un análisis de riesgos*, para completar las fases de identificación, cuantificación, control y comunicación de éstos.<sup>302</sup> La finalidad de dichos métodos de análisis es confeccionar las medidas preventivas de todo *criminal compliance*, y en definitiva, dar a conocer aquellas conductas susceptibles de constituir un ilícito ambiental con relevancia penal y que, por ende, la persona jurídica ha de evitar y no

<sup>297</sup> GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, 2017, pp. 132 ss.

<sup>298</sup> En tal caso, se cumple lo exigido, formalmente en el art.31 bis) 2 y 5 CP, pero la decisión de otorgar *efectos atenuantes* habrá de adoptarla el juez, a la luz del concreto programa y de la eficacia preventiva de sus medidas. Según MAGRO SERVET habrán de ser peritos expertos los que informen al juez sobre los parámetros de eficacia e idoneidad o el carácter “cosmético” del *compliance*, en «Viabilidad de la pericial de *compliance* para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas», *Diario La Ley*, (9337), 15/01/19, p. 7.

<sup>299</sup> SILVA SÁNCHEZ, para quien la exigencia de plena adecuación y ejecución con eficacia del modelo adoptado para prevenir o reducir significativamente delitos, equivale a un modelo que, a través de su implantación, prolongada en el tiempo, permita neutralizar el defecto de organización o revertirlo en una estructura “virtuosa” de modo que el delito individual aparezca como un “incidente aislado”. Vid. «La eximente de “modelos de prevención de delitos», en *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, pp. 410 ss.

<sup>300</sup> COCA VILA, «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 57.

<sup>301</sup> A tal efecto, se podrá considerar la metodología introducida por el estándar de regulación UNE-ISO 31000:2010 (sobre gestión de riesgo) o una metodología tradicional de *risk assessment*. Pero puesto que no son vinculantes, en su confección habrá de predominar la *perspectiva jurídica* que, en concretos aspectos, podrá requerir del complemento de un *análisis criminológico*.

<sup>302</sup> PIÑA ROCHEFORT, *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, 2012, pp. 40 ss.

puede tolerar, partiendo de la base de que las personas que trabajan para ella, incluidos los cargos de administración o dirección, pueden no ser conocedores del contenido de dichos delitos.<sup>303</sup>

## 5.2. Análisis de riesgos

El análisis y evaluación *-risk assessment-*, de riesgos, son tareas básicas a realizar, pues la empresa ha de estar en condiciones de detectar, de manera *pormenorizada y periódica*, los riesgos ambientales con relevancia penal en que puede incurrir, por la actuación de directivos y/o empleados<sup>304</sup>. En dicho análisis habrá que clarificar cuáles son sus puntos “débiles”,<sup>305</sup> en particular, cuáles son las actividades con las que se corre el riesgo de incurrir en delitos ambientales<sup>306</sup>, y por tanto, cuáles son las *obligaciones legales* que la empresa ha de observar en materia ambiental. Para ello cabe emplear una metodología dirigida a acotar o minimizar aquellos puntos débiles o principales riesgos de incurrir en delito ambiental. Dicha tarea puede resultar compleja y difícil de abarcar, en Derecho penal del medio ambiente pues, como es sabido, es el ámbito por excelencia donde se generan multitud de riesgos cuyo origen es, a menudo, difícil de demostrar o incluso incierto. Pero la cuantificación de riesgos relativos a un *criminal compliance ambiental* ha de transitar del plano genérico de delimitación de riesgos<sup>307</sup>, al ámbito específico del análisis de cuáles son los principales delitos contra el medio ambiente en que cabe incurrir. Para ello habrá que abordar, básicamente, dos tareas: de un lado, un estudio de la actividad que desarrolla la empresa; de otro lado, un análisis de los concretos delitos ambientales en que puede incurrir. Por tanto, un *criminal compliance ambiental*, ha de preocuparse de determinar cómo la actividad de determinada empresa impacta en el ambiente y, en ese contexto, qué delitos de entre los previstos en los arts. 325, 326, 326 bis (art. 327), 330 y 331 CP pueden ser cometidos por sus directivos y/o empleados e imputados a la persona jurídica.

Esto sentado, en un segundo momento, el riesgo de incurrir en delito ambiental ha de ser *valorado*<sup>308</sup>, es decir, habrá que estimar la probabilidad de que con su actuación, la concreta empresa, a través de su personal, incurra en un riesgo que, a la postre, se materialice en un delito ambiental y, en su caso, si éste conlleva daños, habrán de ser evaluados. Esta estimación de riesgos ha de atender no solo a la *específica actividad* que realiza la empresa sino a *cómo* la lleva a cabo.<sup>309</sup> Además, dicha evaluación de riesgos en la concreta empresa, puede realizarse a través de mecanismos de *control interno* o mediante enfoques más novedosos como el citado “*problem-oriented*

<sup>303</sup> DE LA MATA BARRANCO/BILBAO LORENTE/ALGORTA BORDA, «La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo», *La Ley Penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, (87), 2011, pp. 5 ss.

<sup>304</sup> MAGRO SERVET, «Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales», *La Ley*, (19156), 2011, pp. 7 ss.

<sup>305</sup> NIETO MARTÍN, «El cumplimiento normativo», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de Cumplimiento penal en la empresa* (dir.), 2015, p. 26.

<sup>306</sup> ECHEVARRÍA BERECIARTUA, «Aspectos básicos de los planes “compliance”», *La Ley*, (9191), 2018, pp.13 ss.

<sup>307</sup> Así, pueden emplearse, entre otras, la metodología de la probabilidad e impacto respecto de la comisión de delitos. ABIA GONZÁLEZ/DORADO HERRANZ, *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento compliance management system*, 2017, p. 49.

<sup>308</sup> COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p.57.

<sup>309</sup> NIETO MARTÍN, «Código ético, evaluación de riesgos y formación», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, p. 154.

*approach*". Como resultado de dicha evaluación, ha de ser posible ofrecer un "ranking" de delitos ambientales en los que la empresa puede incurrir. Es decir, habrá que priorizar en un listado, los delitos que, de forma más común, puedan imputarse a una empresa dada. Más aún, una empresa no puede responder por aquellos delitos cuyo riesgo de aparición sea valorado como bajo.<sup>310</sup> El *procedimiento* de evaluación de riesgos puede atender a los siguientes aspectos:

a) *Especificar el concreto sector de la actividad al que pertenece la empresa*, las fuentes de riesgo para el ambiente que, en su caso, gestiona y el impacto de su actividad sobre concreto/s recurso/s natural/es. Así, es relevante concretar la ubicación geográfica de la empresa, así como el tiempo (años, meses, etc.) que está constituida y realiza dicha actividad. Otros factores más genéricos serían<sup>311</sup>: la complejidad de la actividad social, su estructura empresarial, la posible adopción previa de programas preventivos -indicadores de riesgos interno-; posibles riesgos en que hayan incurrido empresas del mismo sector -indicadores de riesgo externo-; si el entorno de la empresa requiere una especial cualificación o tecnologías concretas y el nivel de formación de los empleados.

b) La delimitación antecedente de la actividad de la empresa facilitará identificar cuál/es de los delitos de los artículos 325 CP, 326, 326 bis) (art. 327), 330 y 331 CP, es previsible imputar a la persona jurídica<sup>312</sup>. Esto sentado, el proceso de evaluación de riesgos ha de continuar, identificando las posibles *infracciones administrativas*, previstas en las leyes extrapenales de complemento de aquella/s norma/s penal/es. Y ello porque aquellos delitos se construyen, en su mayoría, sobre una estructura típica altamente *normativizada*, con remisiones o incluso reenvíos en blanco a la normativa administrativa sectorial donde, por lo general, ya se prevén requisitos tasados para el control de riesgos por la Administración.<sup>313</sup> Ello facilita, de un lado, la delimitación de los mayores riesgos de comisión de determinadas conductas, atendiendo al dato de si, como mínimo, se cuenta con los requisitos administrativos previos (por lo general, autorizaciones o licencias). De otro lado, aquella accesoriadad del derecho administrativo, también puede facilitar el diseño de las *medidas correctoras* y preventivas con las que conjurar aquellos riesgos. Para ello una tarea básica a realizar en un *criminal compliance ambiental*, consistirá en revisar las relaciones que la concreta empresa deba entablar con la Administración competente en el sector, cerciorándose de si, en su caso, el directivo o empleado competente cumplió, con obligaciones, como, v.gr., realizar las oportunas *comunicaciones* o solicitar y obtener las *autorizaciones o licencias requeridos para la concreta actividad con impacto en medio ambiente*, además de que las mismas sean válidos y estén en vigor. De no proveerse del correspondiente permiso cuando así sea preceptivo o incluso de todos ellos, aumentaría el

<sup>310</sup> NIETO MARTÍN, «Código ético, evaluación de riesgos y formación», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, p. 153. Según DOPICO GÓMEZ-ALLER, tampoco cabe imputar responsabilidad por conductas que la dirección no pueda evitar o controlar, en *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, p. 132.

<sup>311</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, pp. 188 ss.

<sup>312</sup> Vid. *infra* el apartado referido al "mapa de riesgos".

<sup>313</sup> Sobre el debate acerca de si la remisión a "disposiciones de carácter general" reenvía no solo disposiciones de naturaleza reglamentaria sino a normas extrajurídicas, como normas y reglas técnicas y decantándose finalmente por excluirlas. MONTANER FERNÁNDEZ/FAKHOURI GÓMEZ/LLOBET ANGLÍ, «El delito ecológico como Ley Penal en Blanco y su adaptación a los Espacios de Riesgo en los que impera la Técnica», en *Derecho & Sociedad*, (34), 2010, *Asociación Civil*, pp. 225 ss.; MONTANER FERNÁNDEZ, «La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad», en MONTIEL, (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, pp. 312 ss.

riesgo de cometer un concreto delito ambiental.<sup>314</sup> Así, por ejemplo, habrá que considerar las infracciones y sanciones de, entre otras, la Ley de Aguas, las leyes de contaminación atmosférica, la ley del Suelo, o las leyes sobre ruidos. Y no solo aquellas vigentes en el ámbito estatal sino, allí donde existan, también en el ámbito autonómico o incluso local como, con frecuencia, sucederá en relación con la contaminación acústica. En efecto, la causación de ruidos puede ser uno de los riesgos que comporten mayores dificultades para su prevención, pues la contaminación acústica se regula, por lo general, en una plétora de normativas administrativas (de ámbito autonómico y municipal), a veces, difíciles de desentrañar y dirigidas a un amplio espectro de empresas (desde las del sector servicios -v.gr. restauración u hostelería- hasta el industrial). No en vano, una de las primeras condenas a una persona jurídica (SL) trae causa en la condena a la persona física que la regentaba, por la comisión de un delito de contaminación acústica del art. 325.1 *in fine* CP (con agravantes del art. 326 b) y d); *vid.* SAP de 19 de febrero de 2014, (nº155/2014), Secc.8ª).

Por otra parte, en el caso en que una concreta empresa desarrolle una actividad productiva con impacto en medio ambiente al amparo de autorizaciones o licencias, deben comprobarse los niveles de contaminación permitidos que en ellas se establezcan (v.gr. caudal de emisión de aguas permitido por día/hora; cantidad de gases que pueden emitirse a la atmósfera, horario para ello etc..).

c) En la evaluación y gestión de riesgos desempeñan un papel esencial, los *controles* que pueda realizar la empresa respecto a cada riesgo, así como otras herramientas que permitan una detección subjetiva de riesgos (v.gr. realización de encuestas o entrevistas a trabajadores y directivos, sobre el grado de cumplimiento). La evaluación de los riesgos deberá *revisarse* periódicamente -ante todo si se han detectado infracciones ambientales- y realizarse de *forma continuada* para que, si aparecen nuevos riesgos o se intensifican los existentes, la empresa lo pueda detectar y prevenir.<sup>315</sup>

d) Para completar la evaluación de riesgos, es preciso tener en cuenta otros aspectos como, en esencia, determinar cómo la aparición del riesgo afectaría a los  *fines económicos* o estratégicos a alcanzar por la empresa,<sup>316</sup> cuál es la utilidad social de la actividad realizada por la empresa, así como cuál es la importancia que, en su seno, se da a la protección del medio ambiente, como interés que muestre su compromiso social.

e) Tras concluir con la evaluación del riesgo, puede diseñarse una estrategia para, en su caso, *reducir los riesgos* que hayan podido producirse sobre la base de concretos criterios (plasmados v.gr. en un plan de desarrollo o en una hoja de ruta).

---

<sup>314</sup> Por ejemplo, una empresa que vierte líquidos a un acuífero, además de licencias de actividad o, en su caso, permisos de apertura deberá proveerse de una autorización de vertidos. Si no posee ninguno de estos permisos o solo alguno de ellos, la empresa infringiría la normativa ambiental y aunque no cometería aún un delito de v.gr. el art.325.1 CP, ha de hacerse constar que se eleva el riesgo de que así suceda.

<sup>315</sup> COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 57.

<sup>316</sup> NIETO MARTÍN, «Código ético, evaluación de riesgos y formación», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, p. 156.

### 5.3. Mapa de riesgos

La técnica del *risk mapping* permite exponer de forma detallada cuáles son todos y cada uno de los riesgos de infringir la norma penal medioambiental, como consecuencia de realizar la concreta actividad empresarial. Dicho “*mapa de riesgos*”, o “*matriz de riesgos*”<sup>317</sup> presupone *inventariar* aquellos riesgos que sean más comunes en una empresa dada<sup>318</sup>, a través de una suerte de autoevaluación, que responde a la idea de “*conócete a ti mismo*”, debiendo confeccionarse como paso previo a la adopción de posibles medidas correctoras.<sup>319</sup> Deberá plasmarse en un documento que, normalmente, habrá de dirigirse al órgano de dirección de la empresa (para que, eventualmente, adopte decisiones sobre cómo gestionar los riesgos). En dicho documento habrá que analizar, de manera cualitativa, los riesgos que se pueden producir, no solo en el seno de la propia empresa, sino, en su caso, en el de las de aquella/s que sea filial o matriz y, si es relevante, se plasmará su relación con proveedores o clientes que puedan generar riesgos.<sup>320</sup> No obstante, la tarea fundamental del mapa consistirá en jerarquizar, el “*ranking*” de riesgos que una empresa ha de afrontar, a la vista de la evaluación de los mismos que se haya realizado. Como se ha indicado, los riesgos ambientales pueden ser inabarcables, si bien la confección de un *criminal compliance ambiental* obliga a acotarlos, pues solo habrá que considerar los que implican comisión de los delitos del Capítulo III, Título XVI. Es decir, en la tarea de “*risk mapping*” para confeccionar un *compliance penal*, no se trata de delimitar *cualquier* riesgo contra el medio ambiente,<sup>321</sup> sino con precisión, solo aquellos que la empresa tiene que controlar, para que su actividad productiva se mantenga en el ámbito de lo permitido y evite incurrir en ilícitos ambientales con *relevancia penal*.

De ahí que sea necesario un estudio, desde la perspectiva jurídica, de los delitos ambientales en que la entidad puede incurrir. Al propio tiempo, en relación con cada delito ambiental, cabe distinguir entre: *riesgos objetivos* o referidos a la comisión del ilícito ambiental que la persona jurídica debe prever y controlar, para no responder penalmente; *riesgos subjetivos*, relativos a las personas de la concreta empresa que pueden responder por los mismos; y los *circunstanciales*, que se generarían por actuaciones puntuales que merecerían especial atención.<sup>322</sup> Con respecto a los objetivos, habrá que acometer una suerte de “*desnormativización*” del contenido de los tipos delictivos, a fin de reconducirlos a “*modalidades comisivas fácticas*”<sup>323</sup>, es decir, a la esencia de aquellos hechos que sean soporte de la acción típica (v.gr. contaminación por ruidos, vertidos, emisiones, etc.). Ello permitirá, posteriormente, analizar el nivel -alto, medio o bajo- de que su

<sup>317</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 198.

<sup>318</sup> NIETO MARTÍN, quien alude al llamado “*liability inventory*”, en «Código ético, evaluación de riesgos y formación», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, pp. 152 ss.

<sup>319</sup> SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español tras la reforma de 2015: un esbozo», en *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, p. 375.

<sup>320</sup> SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español tras la reforma de 2015: un esbozo», en *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, p. 375.

<sup>321</sup> La delimitación de todos los posibles riesgos ambientales desborda el contenido que ha de tener un *compliance ambiental penal*. Para ello cabe acudir a otros instrumentos más genéricos. PUYOL, *Criterios prácticos para la elaboración de un Código de compliance*, 2016, pp. 148 ss.

<sup>322</sup> GALÁN MUÑOZ, «Compliance penal ante la corrupción: luces y sombras» en VVAA, en *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, 2018, p. 69.

<sup>323</sup> SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español tras la reforma de 2015: un esbozo», en *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2016, p. 375.

perpetración pueda cometerse en el seno de la empresa analizada. En la tarea de delimitar conductas típicas, revierte especial importancia el deslinde de los delitos de los apartados 1º y 2 art. 325 CP tras la reforma de LO 1/2015, pues allí se prevé el tipo básico contra el medio ambiente y las principales clases de contaminación relevantes penalmente: entre otras, la polución atmosférica, hidráulica, la de suelos y la contaminación acústica. En todo caso, más allá de delimitar exhaustivamente todas las conductas relevantes, será decisivo relacionar la concreta actividad de la empresa con una o alguna de ellas. A modo de pautas genéricas, cabe señalar que las *actividades en cuyo ámbito pueden cometerse delitos ambientales serán aquellas consistentes en provocar o realizar, directa o indirectamente, los siguientes actos:*<sup>324</sup>

-*Vertidos* a las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido la alta mar, con incidencia incluso en espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas.

-*Cualquier tipo de emisiones a la atmósfera o al aire*, por lo general, en forma de gases.

-Radiaciones y propagación de energía bajo forma de ondas y partículas materiales (o incluso ondas no sonoras como radiaciones electromagnéticas, lumínicas y nucleares)

-Extracciones de tierra o excavaciones o aterramientos en el suelo o subsuelo y, en especial, en zonas húmedas.

-*Ruidos o vibraciones*, es decir, movimientos trémulos e irregulares propagados, por lo general, por ondas.

-*Inyecciones*, o introducción a presión de un fluido, gas o líquido.

-*Gestión de residuos* (en relación con los delitos del art. 326 CP): pueden ser típicas actuaciones peligrosas de *recogida, transporte, valorización, transformación, eliminación, aprovechamiento o traslado de residuos.*<sup>325</sup>

-*Explotación de instalaciones* en que se realicen *actividades peligrosas o el almacenamiento o utilización de sustancias o preparados peligrosos* que causen o puedan impactar en la calidad de recursos naturales básicos (aire, suelo, agua, animales o plantas) o incluso personas. Dichas acciones son relevantes a los efectos del art. 326 bis) CP<sup>326</sup>.

- *Daños graves* a alguno de los elementos que hayan servido para calificar a un espacio natural protegido, como tal.<sup>327</sup> Estas acciones pueden ser típicas a tenor del art.330 CP.

---

<sup>324</sup> Para una más completa caracterización de estas acciones, *vide* SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, 2012, pp. 34 ss.; QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal ambiental*, 2013, p. 124 ss.; MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRIN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal ambiental*, 2013, pp.255 ss.; GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, 2015, p. 70.

<sup>325</sup> Sobre estas acciones SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, 2012, pp. 194 ss.; GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, 2015, pp. 309 ss.

<sup>326</sup> GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, 2015, pp. 298 ss.

<sup>327</sup> MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRIN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal ambiental*, 2013, pp.296 ss.; GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, 2015, p. 412.

Junto a lo anterior, será necesario concretar el específico *recurso natural* en el que la actividad de la empresa pueda impactar. Así, a los efectos de prevenir y evitar la comisión de los delitos del Capítulo III, Título XVI, habrá que concretar si –y en qué medida– la actividad empresarial afecta, ante todo, a alguno de los siguientes recursos naturales: *agua* (terrestres, subterráneas o marítimas, incluyendo el alta mar y espacios transfronterizos), *suelo*, *subsuelo*, *atmósfera* y *ambiente* (en el sentido de entorno libre de ruidos). Por último, habrá que verificar el correcto funcionamiento y estado de las *concretas fuentes de riesgo* para dichos recursos naturales (v.gr. depuradoras, vertederos, depósitos de residuos, etc.) para evitar que se desencadene un curso causal que desemboque en el daño o el *peligro típico* –ya sea abstracto, hipotético o concreto– conminado en los delitos del Capítulo III Título XVI CP.

Como resultado del *análisis de riesgos* y del *mapa* de los mismos, es esperable que se obtenga un *diagnóstico* sobre cómo prevenir los concretos riesgos penales en una empresa.<sup>328</sup> Sobre la base de éste, cabrá asignar objetivamente concretas *medidas preventivas y correctoras*, para contener cada riesgo<sup>329</sup>, integrando todas ellas-junto al resto de requisitos del art. 31 bis) 5 CP–, el concreto *criminal compliance ambiental*.

## 6. A modo de conclusión

El estudio realizado evidencia que la puesta en marcha en nuestro ordenamiento penal de *compliance programs* ambientales, a raíz de la nueva regulación del art. 31 bis) 2-5 CP, no está exenta de dificultades interpretativas y aplicativas. Ante todo, éstas derivarían del arriesgado ejercicio de importación que el legislador penal español realizó del sistema de los *criminal compliance programs*, de otros modelos jurídicos –en concreto, el sistema estadounidense del *Commonlaw*– así como de otros más próximos –el ordenamiento italiano–. Dicha importación no fue automática sino que pasó por el tamiz del Derecho comunitario que, a través de varias directivas, indicó la conveniencia de trasponer, entre otros, a nuestro país, sanciones a personas jurídicas, destacando la importancia de conjurar, entre otros, “*corporate risks*”, aquéllos que, causados por personas jurídicas, amenazan el *medio ambiente*. Debido, entre otras, a aquellas directivas referidas al medio ambiente, se introdujo la responsabilidad penal de personas jurídicas en el art.31 bis) CP por LO 5/2010; regulación que, con la LO 1/2015, fue ampliada ante todo a raíz del extenso régimen que el actual art.31 bis) apdos.2 a 5 CP, contiene de los “modelos de organización y gestión”. Las importantes modificaciones que esta última reforma planteó en los arts.325 a 328 CP, suscitan, ante todo, la cuestión del castigo de los delitos ambientales en modalidad *imprudente*, opción que aquí se considera plausible.

Junto a esta primera conclusión, otra relevante cuestión abordada en este trabajo es la operatividad eximente o atenuante de los “modelos de organización y gestión” en medio ambiente, pudiéndose considerar un aspecto común a todo *corporate criminal compliance*, que en nuestro país se plantea a la vista de la regulación art. 31 bis) 2 (4) y 4 *in fine* CP. De modo que, en esta investigación, se ha analizado a la luz del fundamento y naturaleza de todo *compliance*, concluyendo, a tal efecto, que

<sup>328</sup> Según ECHEVARRÍA BERECIARTUA, las medidas de prevención habrán de adoptarse por los responsables del plan *compliance* o “*compliance officer*”, en «Aspectos básicos de los planes “*compliance*”», *Diario La Ley*, (9191), 2018, pp.13 ss.

<sup>329</sup> COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 57.

la prueba de la adopción *ex ante* de un *compliance program* eficaz, determina al juez a ponderar la *exención o atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, a la vista de la prueba de las condiciones (art.31 bis) 2 a 4 CP) y requisitos comunes (art.31 bis) 5 CP) y otros aspectos (tiempo de implantación del programa, estructura del mismo, etc.) que permiten diferenciar diversos escenarios. En todo caso, es esencial la prueba de aspectos valorativos como *adecuación* de dicho programa o la *idoneidad* de sus medidas para prevenir delitos ambientales, que habrá de ponderarse en términos abstractos y, además, en el caso concreto; al igual que la alternativa de reducir *significativamente* el riesgo de cometer dichos delitos. En todo caso, si la *ineficacia* de un *compliance* o su falta de *adecuación* o *idoneidad* se revelan controvertidas, habrán de analizarse *en el juicio oral*. Si esto es así, no parece descabellado sostener que, conforme a nuestra regulación, los *compliance programs* atañen a la cuestión sobre el *merecimiento de la pena* y comparten una naturaleza próxima a la de las *excusas* o semi-excusas -también llamadas “causas de levantamiento de la pena” (*Strafaufhebungsgründe*)-, en los casos en que, tras la comisión de un delito ambiental en el seno de una persona jurídica, y constatada la necesidad abstracta de pena, ésta se excluya o atenúe la falta de necesidad de pena en el caso concreto.

A esta segunda conclusión, relativa a la eficacia de un *compliance program* para evitar el castigo, se ha podido llegar, además, a partir de algunos aspectos similares detectados con la eficacia atribuida a los *environmental compliance programs* desde el llamado *approach* del sistema jurídico norteamericano. Y ello aún cuando, como se ha podido destacar, los delitos ambientales fueron excluidos del sistema para determinar la pena de multa conforme a las *Organizational guidelines*, si bien los *environmental compliances* son herramientas cuya prueba permite lograr acuerdos para evitarla acusación o el procesamiento penal de personas jurídicas. Además, el *approach americano* revela que –a semejanza de la hipertrofia de delitos ambientales que se conoce en nuestro país tras la reforma penal de 2015– el fenómeno de “*overcriminalization*” en la delincuencia económica y ambiental no solo comporta un incremento innecesario de delitos nimios que conculca el postulado de “*ultima ratio*”, sino que diluye la eficacia preventivo-general de las penas a ellos asociadas. Ello ha podido ser uno de los motivos para que las empresas desarrollen *environmental compliance*, entre otras razones, para aclarar la normativa ambiental aplicable y así no incumplir la, pues prevalece la idea de que resulta más económico invertir en medidas preventivas que incurrir en los altos costes de un proceso penal. Además la adopción *environmental compliance programs* se refuerza en el sistema americano gracias a un organismo regulatorio –EPA–, que garantiza la coordinación del cumplimiento voluntario de la normativa ambiental y la efectividad de las medidas preventivas, decidiendo sobre la remisión de los casos más graves de delito al instancias judiciales. Pese a que las competencias y funciones de semejante agencia reguladora son difíciles de *importar* a nuestro sistema de protección ambiental, como tercera conclusión, cabe destacar su utilidad para garantizar la eficacia de un *criminal compliance* y así prevenir la comisión de delitos ambientales o, a la postre, remitir su conocimiento a la autoridad judicial. Y aunque la puesta en marcha de un organismo semejante sería deseable lo cierto es que, en el corto plazo, se revela compleja. De modo que, dadas las peculiaridades de la materia ambiental en nuestro modelo de estado, parece que podría abrirse paso la vía de emitir *acreditaciones o certificados* sobre la *eficacia, idoneidad o adecuación* de un *compliance program* ambiental a fin de asesorar al concreto juez penal en su labor de determinar la eficacia *exonerante o atenuante* de éste.

No obstante lo anterior ha de descartarse que la *eficacia* de un concreto *compliance ambiental* pueda quedar acreditada por una mera certificación, como si de un mero formalismo se tratara. Al dotarle de esta importancia, se correría el riesgo de invertir la carga de la prueba, e incluso podría así evidenciarse la necesidad de volver a un modelo consistente en depurar responsabilidades individuales, como sucedió en el sistema penal norteamericano. Pese a que el legislador penal español incluyó a los delitos ambientales entre aquellos que pueden derivar responsabilidad penal a las empresas (arts.325-331 CP), merced la vigente cláusula del art.328 CP, ello no implica que para acudir a la exención o atenuación regulada en el art. 31 bis) 2 a 5 CP, baste demostrar la adopción de cualquier *compliance ambiental*. Para apelar a estos beneficios, en este trabajo se destaca, como cuarta conclusión, que, tanto quienes enjuicien los *compliance ambientales* como quienes los confeccionen, incidan en la identificación de actividades en cuyo ámbito se pueden cometer los delitos ambientales que deban prevenirse. Ello conlleva, asimismo, delimitar con la mayor precisión posible del *mapa de riesgos* y el *análisis y evaluación* de éstos para cada empresa. Dichos métodos preventivos son los más básicos para dotar de eficacia a un *compliance program*, porque, conforme a las actividades y riesgos consignados, será posible determinar si las medidas de vigilancia y control adoptadas son “idóneas” o el concreto programa “adecuado” para prevenir delitos ambientales, o para reducir *significativamente* el riesgo su comisión. Además, la adopción y ejecución de un *compliance ambiental* pasa por visualizarlo como un instrumento que se adecúe, de forma efectiva y mantenida en el tiempo, a la concreta estructura de la empresa, toda vez que se someta a revisiones periódicas, de modo que ésta pueda asegurarse de que la normativa ambiental se va a cumplir, que las infracciones y delitos ambientales se pueden prevenir o, en su caso, descubrir y sancionar.

En definitiva, en un ámbito como el del Derecho penal ambiental, donde predomina el enfoque preventivo en la protección del bien jurídico, es de esperar que el despliegue de *compliance programs ambientales* eficaces en el seno de las personas jurídicas redunde, a la larga, en beneficio de la propia tutela penal del *medio ambiente*.

## 7. Tabla de jurisprudencia

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC 08.06.1981	18/1981	L. Díez Picazo
STC 16.01.2003 (Pleno)	2/2003	M.E. Casas Baamonde
STS, 2ª, (Pleno) 29.02.2016	154/2016	J.M. Maza Martín
STS, 2ª, 16.03.2016	221/2016	M. Marchena Gómez
STS, 2ª, Secc.1ª, 19.07.2017.	583/2017	A. Del Moral García
STS, 2ª, 21.06.2017	455/2017	J. Saavedra Ruiz
STS, 2ª, Secc.1ª, 11.10. 2017	668/2017	M. Marchena Gómez

STS, 2ª, Secc.1ª, 28.06.2018	316/2018	V. Magro Servet
STS, 2ª, Secc.1ª, 18.07.2018	365/2018	V. Magro Servet
STS, 2ª, 07.02.2019	742/2018	L. Varela Castro
STS, 2ª, 13.02.2019	746/2018	A. Del Moral García
SAP de Barcelona, Secc.8ª, 19.02. 2014	155/2014	J.M. Barrientos Pacho
SAP Valencia, Secc.2ª, 27.12. 2017	814/2017	S. Camarena Grau
Sentencia TJUE, Gran Sala, 13.09. 2005	asunto 176/03	R. Schintgen
Sentencia TJUE, Gran Sala, 23.10.2007	asunto 440/05	R. Schintgen
<i>US Supreme Court. United States v. NY Central &amp; Hudson River RR Co.</i> , 23.02.1909	212, 509, US	Justice Day
<i>US Supreme Court. United States v. Booker</i> , 12.01. 2005	125 S. Ct. 738	Justice Stevens

### Bibliografía

ALLENBAUGH (1999), «What's Your Water Worth? Why We Need Federal Fine Guidelines for Corporate Environmental Crime», *American University Law Review*, vol.48, (4), pp. 926 ss.

ANDERSON/WAGGONER (2014), *The Changing role of Criminal law in controlling corporate behaviour*, Rand, California.

ARLEN (2012), «Corporate criminal liability: theory and evidence», *Law and Economics Research Paper Series*, (11-25), N.Y. University School of Law, pp. 144 ss.

AYALA GONZÁLEZ (2019), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.

BAUCELLS LLADÓS (2019), «Tentativa inacabada de protección penal del medio ambiente», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, (10:1), pp. 1 ss.

————— (2007), *Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia de medio ambiente*, Atelier, Barcelona.

BORK (2017), «Time to revisit the Yates Memo?», *Revista Forbes*, 21 de abril, (www.forbes.com).

CARBONELL MATEU (2010), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010», *Cuadernos de Política Criminal*, (101), pp. 5 ss.

CARR (1995), *Environmental criminal liability. Avoiding and Defending Enforcement Actions*, Bureau of National Affairs, Washington, D.C.

CIGÜELA SOLA (2014), *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de empresa*, Tesis Doctoral, UPF, Barcelona, (identificador: <http://hdl.handle.net/10803/284236>)

COCA VILA (2013), «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona.

COHEN (1992), «Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statutes», *Journal of Criminal law and Criminology*, (82-4), pp. 1054 ss.

DARNACULLETA I GARDELLA (2006), «Autorregulación y medio ambiente. El sistema comunitario de ecogestión y auditoría ambiental», en ESTEVE PARDO (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración local*, Ed. Fundación Democracia y gobierno, pp. 325 ss.

————— (2003), «Derecho Administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada» (tesis doctoral), Universitat de Girona (consultada en línea: [www/dugidoc.udg.edu/](http://www.dugidoc.udg.edu/)).

DE LA MATA BARRANCO (2013), «El cumplimiento por el legislador español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas», en DELA CUESTA (dir.)/DE LA MATA (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, Madrid, pp. 198 ss.

————— (2014), «Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español», *Revista Penal*, (33).

————— (2015), «Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea», *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Lefebvre, Madrid, pp. 30 ss.

————— (2018), «El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones», LH-JUAN M<sup>a</sup>. TERRADILLOS BASOCO, *Liber Amicorum*, Valencia.

DE MAGLIE (2011), «Societas Delinquere Potest? The Italian Solution», en PIETH, IVORY (eds.), *Corporate Criminal liability. Emergence, convergence and risk*, Londres-Nueva York, pp. 262 ss.

DE SIMONE (2012), *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, ETS, Pisa.

DEL ROSAL BLASCO (2015), «Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», en *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, pp. 84 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS (2012), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.

DILLON (2018), «The Environmental Protection Agency in the Early Trump Administration: Prelude to Regulatory Capture», *American Journal of Public Health*, Suppl. 2, (108:2), pp. 89 ss.

DOREMUS (2012), «Environmental Enforcement», en DOREMUS/LIN/ROSENBERG/SCHOENBAUM, *Environmental Policy Law: problems, cases and readings*, Foundation Press, Nueva York. pp. 3 ss.

DE LA MATA/DOPICO/LASCURAIN/NIETO (2018), *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid.

FARBER/FINDLEY (2010), *Environmental law in a nutshell*, Thomson, US.

FEIJOO SÁNCHEZ, (2016), «Replica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la FGE 1/2016 y STS 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), pp. 1 ss.

————— (2015), *El delito corporativo en el Código penal español*, Cizur Menor, Navarra.

FERNÁNDEZ TERUELO (2019), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas al art. 31 bis 1 b) CP español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (21-03), pp. 1 ss.

FIGIELLI/ROONEY (1995), «The Environmental Sentencing Guidelines for Business Organizations: Are There Murky Waters in Their Future?», *Boston College Environmental Affairs Law Review*, vol.22, (3), pp. 481 ss.

GALÁN MUÑOZ (2017), *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, p. 119 ss.

————— (2006), «¿Societas delinquere nec punire postest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, (18), pp. 229 ss.

GAREGNANI (2008), *Etica d'impresa e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano.

GARCÍA CAVERO (2014), *Criminal Compliance*, Palestra, Pirua.

GIMENO BEVIÁ (2016), *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, Madrid.

GÓMEZ-JARA DÍEZ (2018), «Compliance y delito corporativo: a propósito del autor de 11 de mayo de 2017 del juzgado central de instrucción número cuatro (Caso Bankia)», *Diario La Ley*, (9018), (<http://diariolaley.laley.es>; última visita 24 julio 2018).

————— (2017), *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Cizur Menor, Navarra.

————— (2014), *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico. Parte general y especial*, Editorial B de f, Madrid.

————— (2010), *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial B de f, Argentina.

————— (2010), *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial B de f, Argentina.

- (2005), *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- GÓMEZ MARTÍN (2015), «Art. 31 bis) CP», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios la Código penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 177 ss.
- (2012), «Falsa alarma. O sobre por qué la Ley orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 335 ss.
- GÓMEZ TOMILLO (2016), *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2015), *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed. Cizur Menor, Madrid.
- GONZÁLEZ CUSSAC (2018), «¿Sobre qué han de decidir los jueces penales?», ponencia del Curso “Tratamiento penal de la persona jurídica”, *CEJ*, Madrid, (24-26), pp.1 ss.
- (2015), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quater y quinquies)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 197 ss.
- GÓRRIZ ROYO (2015), «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, (arts. 325, 326, 326 bis), 327 y 328 CP)», en GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1012 ss.
- (2015), *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2014), «Prevaricaciones ambientales: función inspectora, omisión e informes favorables a tenor del art. 329 CP apdo.1º», *Revista General de Derecho Penal*, (22).
- (2008), «Límites a la justificación y a la culpabilidad penales», en CARBONELL MATEU (dir.), *La justificación penal: balance y perspectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2004), «Sentido y alcance del Ne bis in ídem respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (en especial STC 2/2003)», *Estudios Penales y Criminológicos*, (14), pp. 191 ss.
- GRACIA MARTÍN (1997), «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en ROMEO CASABONA (ed.), *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Universidad Tenerife.
- HAUSCHKA (2010), «Corporate compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen», *Aufl.*, Berlín, (2).
- HORTAL IBARRA (2017), «La expansión del Derecho penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El delito ecológico como ejemplo», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de Derecho penal*, LH-SANTIAGO MIR PUIG, B de f, Montevideo-Buenos Aires, pp. 1083-1085.

HUSAK (2008), *Overcriminalization. The limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford-New York.

JAROLÍMKOVÁ, «Enforcement of Environmental Protection through Criminal law», *Common Law Review*, ([www.commonlawreview.cz](http://www.commonlawreview.cz)).

KRAFT/VIG (1984), «Environmental Policy in the Reagan Presidency», *Political Science Quarterly*, (99:3), pp. 415 ss.

KUHLEN (2013), «Cuestiones fundamentales: Compliance y Derecho penal», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 51 ss.

————— (1993), «Umweltstrafrecht- auf der Suche einer neuen Dogmatik», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (105: 4), pp. 697-726.

LEMKIN (1996), «Deterring Environmental Crime through flexible Guidelines», *California Law Review*, (84:2), pp. 307 ss.

MAGRO SERVET (2019), «Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas», *Diario La Ley*, (9337), pp. 1 ss.

————— (2011), «Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales», *La Ley digital*, (19156), pp. 1 ss.

MARINUCCI (2007), «La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzostorico-dogmatico», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 445 ss.

MARQUÉS I BANQUÉ (2017), «La certeza del Derecho y la individualización de la pena en el “Common law”», *Estudios Penales y Criminológicos*, (37), pp. 123-178.

————— (2016), «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en QUINTERO OLIVARES (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código penal Español*, tomo II, 7ª ed., Aranzadi, Madrid, pp. 329 ss.

MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ (2010), en VVAA, *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial*, 2010, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp.593 ss.

MILLER/JUSTICE (2011), «Organizational Liability for Environmental Crimes in Civil and Common law Systems», *Compliance and Enforcement in Environmental law. Toward more Effective Implementation*, Wolf, Massachusetts, pp. 178 ss.

MIR PUIG (2004), «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (6-1), pp.1 ss.

CORCOY BIDASOLO (2011), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MONTANER FERNÁNDEZ (2015), «El Criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones», *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), pp. 733 ss.

————— (2012), «La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, pp. 289 ss.

————— (2008), *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona.

MONTANER FERNÁNDEZ/FAKHOURI GÓMEZ/LLOBET ANGLÍ (2010), «El delito ecológico como Ley Penal en Blanco y su adaptación a los Espacios de Riesgo en los que impera la Técnica», *Derecho & Sociedad*, (34), pp. 221 ss.

MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRIN (2013), *Manual de Derecho penal ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia.

NIETO MARTÍN (2015), «Código ético, evaluación de riesgos y formación», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 154.

————— (2015), «El cumplimiento normativo», en NIETO MARTÍN *et alri* (dir.), *Manual de Cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 30 ss.

————— (2008), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid.

ORTIZ DE URBINA GIMENO (2018), «Cultura del cumplimiento y exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista internacional de transparencia e integridad*, (6), pp. 1 ss.

————— (2014), «Ni catástrofe ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Boletín de Estudios Económicos*, (211), pp.95 ss.

————— (2014), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: the American way», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Montevideo-Buenos Aires, pp. 47 ss.

PALMA HERRERA/AGUILERA GORDILLO (2017), *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, Aranzadi, Navarra.

PASTOR MUÑOZ (2006), «Organizaciones culpables», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), Barcelona, pp. 1 ss.

PIÑA ROCHEFORT (2012), *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.

PUYOL (2016), *Criterios prácticos para la elaboración de un Código de compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SEMINARA (2014), «Compliance y Derecho penal: la experiencia italiana», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de empresa y compliance*, Edisofer, Madrid, pp. 128 ss.

STRETESKY/LYNCH (2011), «Does Self-Policing Improve Environmental Compliance?», en *Compliance and Enforcement in Environmental Law*, Edward Elgar, Northampton, USA.

PRESTON (2011), «Principle Sentencing for Environmental Offences», *Compliance and Enforcement in Environmental Law. Toward more Effective Implementation*, Massachusetts, pp. 313 ss.

QUINTERO OLIVARES (2013), *Derecho penal ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RAMÓN RIBAS, en «Art.327», en *VVAA Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 282 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2016), «El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español tras la reforma de 2015: un esbozo», en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, pp. 404 ss.

——— (2016), «La eximente de “modelos de prevención de delitos”, Fundamento y bases para una dogmática», en EL MISMO *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa* (colab. MONTANER FERNÁNDEZ/VARELA), 2ª ed., Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, pp. 381 ss.

——— (2016), «Epílogo: The Yates Memorandum», en MONTANER FERNÁNDEZ/VARELA (colab.), *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Montevideo-Buenos Aires, 2º ed., 2016.

——— (2008), «La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas», *Derecho Penal y Criminología*, (86-87), Colombia, pp.129 ss.

——— (2013), «Deberes de vigilancia y compliance empresarial», en KUHLEN, MONTIEL, ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Madrid, p. 109 ss.

——— (1998), «¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español», *Actualidad Penal*, (23), pp. 437 ss.

SPARROW (2000), *The Regulatory Craft: Controlling risks, solving problems, managing compliance*, Washington, D.C.

STAHL (2011), «Doing What’s important: setting priorities for Environmental Compliance and Enforcement Programs», *Compliance and Enforcement in Environmental Law*, Edward Elgar, Northampton, pp. 178 ss.

TERRADILLOS (1987), *Delitos societarios. El Derecho Penal en las Sociedades Mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Akal, Madrid.

VERCHER NOGUERA (2016), «La persona jurídica y el sistema de *compliance* en el Código penal: su aplicación en el contexto ambiental», *Diario La Ley*, (8833), pp. 1 ss.

——— (2016), «Algunas notas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el contexto penal ambiental comunitario», *Diario la Ley*, nº 8805, 18 de julio 2016, pp.1 ss.

ZUGALDÍA ESPINAR (2008), *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (1980), «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “societas delinquere non potest», *Cuadernos de Política Criminal*, (11), 1980, pp. 67 ss.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ (2000), *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ª ed., Elcano, Navarra.

VIVES ANTÓN (2011), *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

WASSMER, «Delitos contra el medio ambiente (*Environmental crimes*)», BENITO SÁNCHEZ (traduc.), *Revista penal*, (35), 2015, pp. 261 ss.

WISMAN (1985), *EPA-History. Background: why EPA was established*, Nov. 1985 (vid.[www.archive.epa.gov/epa/aboutepa/epa-history-1970-1985](http://www.archive.epa.gov/epa/aboutepa/epa-history-1970-1985)).