

La superestructura de cumplimiento de la norma UNE-ISO 37301:2021 *versus* el cumplimiento cosmético. Efectos jurídico-penales*

The superstructure compliance programs according to the UNE-ISO 37301:2021 standard *versus* a make-up-compliance. Criminal legal effects

Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado
Universidad de Oviedo
ORCID 0000-0002-1371-0613
fortesregina@uniovi.es

Cita recomendada:

Fonseca Fortes-Furtado, R. H. (2023). La superestructura de cumplimiento de la norma UNE-ISO 37301:2021 *versus* el cumplimiento cosmético. Efectos jurídico-penales. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 367-371
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7677>

Recibido / received: 16/01/2023
Aceptado / accepted: 09/03/2023

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo realizar una aproximación a los efectos jurídico-penales derivados de la adopción de un sistema de *compliance* certificado según el estándar UNE-ISO 37301:2021, denominado superestructura de *compliance*, en contraste con la eventual adopción por las empresas de un programa de cumplimiento meramente cosmético.

Palabras clave

Programas de cumplimiento, UNE-ISO 37301, superestructura de cumplimiento, eximente de cumplimiento, programas de cumplimiento cosméticos.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto I+D+i La imputación subjetiva en el Derecho Penal económico (PID2020-115863GB-I00/ AEI/10.13039/501100011033), de la *Universitat Pompeu Fabra*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Abstract

The objective of this article is to make an approximation to the criminal legal effects related to the adoption of a compliance system certified according to the Spanish standard UNE-ISO 37301:2021 called compliance superstructure in contrast to the eventual adoption of a make-up-compliance by companies.

Keywords

Compliance programs, UNE-ISO 37301, compliance superstructure, compliance penal exemption, make-up-compliance.

SUMARIO. 1. Consideraciones preliminares. 2. Métodos de análisis de la adecuación y eficacia de los programas de cumplimiento. 3. El estándar de la norma UNE ISO 37301/2021: la superestructura de *compliance*. 4. Superestructura de cumplimiento *versus* *make-up-compliance*: efectos penales. 5. Breve conclusión. Bibliografía.

1. Consideraciones preliminares

La gestión y control de los riesgos penales mediante una estructura de prevención de delitos en las empresas se hace, en general, a través de la adopción de los denominados programas de cumplimiento o *compliance programs*, que desempeñan un rol decisivo en la responsabilidad penal empresarial y que se adoptaron en España importados de los modelos estadounidenses de responsabilidad penal corporativa (Villegas García, 2016). Suelen utilizarse como fundamento de la atribución de responsabilidad penal, como circunstancia eximente (Silva Sánchez, 2018, p. 235) o, finalmente, como atenuante de la pena en los términos de lo dispuesto en los apartados 2º y 4º del artículo 31 *bis* del Código Penal.

En los estrechos márgenes de este trabajo, analizaremos, en primer lugar, cuál es el método utilizado para el análisis de la adecuación y eficacia de los programas de cumplimiento a fin de que puedan desplegar efectos penales para, enseguida, conceptualizar la nueva superestructura de cumplimiento de la norma UNE-ISO 37301:2021 y, a partir de ahí, realizaremos una breve aproximación a los efectos jurídico-penales que pueden darse teniendo en cuenta el tipo de programa de cumplimiento de que se trate.

2. Métodos de análisis de la adecuación y eficacia de los programas de cumplimiento

Para analizar la adecuación y eficacia de los programas de cumplimiento se pueden utilizar dos métodos (Boehler y Montiel, 2022, p. 36): el tradicional y el abreviado. El método tradicional se caracteriza por exigir al aplicador del derecho una labor más o menos ardua, consistente en estudiar si el sistema de *compliance* en cuestión resulta adecuado y eficaz; en el abreviado, la certificación sería un indicador absolutamente fiable de que el programa de cumplimiento de que se trate satisface las condiciones necesarias para ser considerado adecuado y, aunque se pueden llevar a cabo matizaciones de este último modelo, a los efectos de este estudio no quedaremos con esta definición.

En el ámbito internacional se ha experimentado un importante avance de la autorregulación regulada en un entorno estandarizador y, en el plano nacional, cabe

mencionar que España abandonó, a partir del año 2017, la estructura clásica de normalizadores-certificadores en un mismo órgano y la desdobló en dos entidades jurídicas diferentes: la UNE, que es la Asociación Española de Normalización¹, que, como su nombre indica, se ocupa de las funciones de normalización, y la Aenor Internacional², sociedad mercantil cuyo objeto social fundamental es la verificación, inspección y certificación, es decir, opera como prestadora de servicios de evaluación de la conformidad.

Pese a la evolución de los sistemas de certificación, en España se adopta el método tradicional de evaluación³ de los programas de *compliance* y, para verificar si satisfacen las condiciones legales, el órgano judicial o la fiscalía deben efectuar un análisis caso a caso y, a partir del mismo, determinar su eficacia o ineficacia, tratándose de una evaluación discrecional que no cuenta previamente con parámetros objetivos y externos sobre los elementos genéricamente descritos en la norma penal. La evaluación, por lo tanto, no aporta criterios objetivos y externos fijados *ex ante* y, por eso mismo, no aporta la necesaria seguridad jurídica.

Con el objetivo de proponer algunas pautas para efectuar el juicio de eficacia y adecuación de los programas de cumplimiento de forma más objetiva y concreta, vamos a conceptualizar los nuevos tipos de programas de *compliance* que se encuentran a disposición de las empresas. Se trata, en resumen, de evitar que todos los programas de cumplimiento merezcan el mismo tratamiento para, así, poder detectar los «falsos positivos», es decir, los programas «maquillados».

3. El estándar de la norma UNE ISO 37301/2021: la superestructura de *compliance*

Como hemos visto, a efectos prácticos y para implementar una estructura de prevención del delito es bastante común que las empresas acudan a estándares internacionales. El estándar UNE-ISO 37301:2021 nace del marco de regulación nacional e internacional como un sistema de gestión de *compliance* con requisitos de orientación para su uso, que sustituye a la famosa UNE-ISO 19600:2015, que ya tenía una clara utilidad procesal de cara a acreditar de manera tangible la existencia de una cultura de cumplimiento en la empresa (Montaner, Fortuny, 2018 p. 14), y va un paso más allá al contener *requisitos y obligaciones* a respetar.

De esta manera se dejan atrás las directrices no obligatorias de la ISO 19600 y se comparte la Estructura de Alto nivel de las normas de sistemas de gestión internacionales ISO, con lo que se abre la posibilidad de integración con otros sistemas y, lo más importante, que a la implementación de estos sistemas de gestión de *compliance* puede seguirle una auditoría de tercera parte que evalúe la conformidad del sistema implementado en relación, precisamente, con lo contenido en el texto del estándar, es decir, permiten que no nos encontremos ante meros modelos cosméticos o de copia-pegar (González Hurtado, 2021, p. 4).

¹ Nótese que se trata del único organismo de normalización en España y como tal ha sido designado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad ante la Comisión Europea. Disponible en: [UNE - Asociación Española de Normalización](https://www.unenorm.com/) (último acceso: 11/03/2023).

² Disponible en: [AENOR Internacional](https://www.aenor.com/) (último acceso: 11/03/2023).

³ Como se puede deducir de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado donde expresamente se afirma que: «las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más, de la adecuación del modelo, pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial».

Se trata del primer estándar mundial de *compliance* transversal con pretensiones de poder aplicarse a *organizaciones de todos los sectores y tamaños* y que está dotado de requisitos medibles para hacerlo efectivo. La gran novedad del estándar ISO 37301 es que no establece un área concreta de obligaciones de cumplimiento a integrar bajo su estructura, sino que puede adaptarse a varias áreas a la vez.

Esta es su seña de identidad pues, mientras cada estándar de sistema de gestión delimita un área o proceso al que va destinado, el estándar ISO 37301 sirve para gestionar el *compliance* y cada empresa puede incluir las concretas áreas en las que operará, de manera que empresas del mismo sector pueden priorizar los riesgos de cumplimiento de diferente manera y por eso cabe hablar de una superestructura de *compliance* integradora de lo que serían las pequeñas «islas» o «reinos» de cumplimiento, que deberán orbitar en torno a la misma cultura -y estructura- de *compliance*. Otro efecto interesante es que se podría acoger bajo su metodología de buenas prácticas un área para la que aún no hay un estándar específico; por ejemplo, el *compliance* de la competencia.

4. Superestructura de cumplimiento *versus make-up-compliance*: efectos penales

Es posible, por lo tanto, ubicar los programas de *compliance* certificados y los programas meramente cosméticos en dos extremos que se distancian cada vez más. De este modo, se puede intuir que los programas de cumplimiento meramente cosméticos equivalen a la no adopción de un programa de *compliance*, pues no tienen un mínimo necesario para que considerarlos verdaderos programas de cumplimiento; son, en definitiva, meros programas «de papel».

Hemos visto que la norma ISO 37301 hace de comodín a la hora de establecer un entorno de control para un ámbito concreto para el que no existen otras herramientas en la normativa o en la autorregulación empresarial. Las empresas no tienen que esperar a que ISO o los normalizadores nacionales elaboren un estándar particularizado, con lo cual podemos distinguir dos casos diferenciados de exclusión de la imputación de la empresa (Cigüela Sola, 2015, pp. 350/351)⁴: en el primero el *compliance* niega la existencia de defecto estructural alguno y la acción delictiva es un producto individual que ha ocurrido a pesar de la correcta organización colectiva; aquí es donde ubicaríamos dos supuestos: a) los programas de *compliance* certificados a través de la ISO 37301, es decir, las superestructuras de *compliance*; b) los estándares específicos de un determinado ámbito, siempre y cuando el delito se cometa en dicho ámbito (por ejemplo, *compliance* tributario en relación a un delito de esa naturaleza).

Por otro lado, también se excluye la imputación en los supuestos en que, a pesar de existir un correcto *compliance*, se ha producido igualmente un fallo estructural que ha influido en el delito. En este caso también se debe excluir la imputación de la empresa en la medida en que habría cumplido *ex ante* la expectativa de una correcta organización, pues no se ha infringido ningún deber, de modo que el fallo organizativo sería interpretado o bien como riesgo permitido o bien como incontrolable. En suma, se considera que la empresa ha hecho todo lo posible, en términos estructurales, para la prevención de delitos e incluiríamos aquí tres supuestos: a) que se cometa un delito estando la certificación ISO 37301 en transición (aquí no importa el ámbito, pues, como hemos visto, puede incluso ser uno aún no

⁴ En concreto, se trata de «la imputación en el modelo de responsabilidad estructural relativa en el que la relevancia del *compliance* es similar al de la culpabilidad por el hecho, si bien el fundamento de la responsabilidad de la empresa y su imputación son diversas».

estandarizado); b) que se cometa un delito en un ámbito distinto del de un *compliance* específico certificado; c) se trate de un delito cometido por una empresa que tenga un *compliance* no certificado, pero hecho a la medida. En todo caso, el *compliance* cosmético quedaría fuera, pues como hemos visto, equivale a un *no-compliance*.

5. Breve conclusión

Para tratar de dar coherencia al sistema de prevención de delitos a través del *compliance* y que la empresa tenga un incentivo para buscar siempre el más elevado estándar de prevención a través de sistemas certificados, contar con ellos debería ser condición suficiente para que opere un riesgo permitido o incontrolable, o para la exclusión del defecto estructural empresarial. De no ser así, se podría decir que hemos sustituido el sistema de *sticks and carrots* por un sistema de *all sticks and no carrots*, pues siempre habrá la posibilidad de que la empresa no pase los filtros genéricos de los criterios legales por más que invierta en la prevención de delitos.

Bibliografía

- Cigüela Sola, J. (2015). *La culpabilidad colectiva en Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad de la empresa*. Marcial Pons.
- Gimeno Beviá, J. (2016). *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters.
- González Hurtado, J.A. (2021). ISO 37301: el estándar comodín de *compliance*. *Diario La Ley*, 5. https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAC2NQWvDMAyFf818GYwkl2QXXdlcyxhb6F2xhWNwrc6Ws-bfV2sreEgPfdL7rZT3ma4CII3w_HqhhNGUPXHazzDnSkZwKdC8DLZVdQatVlwTW-j6fxM2mnGBxnB2IMddJ2HB-E0F2rbvTVn57xO34FECpxHz421wDqa50XrvPoZuMBvlogCcgqckZNbg16NKHnwhzHb9Qk-g4fWsDL9huVyfm7GK6PUi6efujY3aJxQ6YKTknrk3Cga65PIAAAA=WKE
- González Sierra, P. (2014). *La imputación penal de las personas jurídicas*. Tirant lo Blanch.
- Montaner Fernández, R. y Fortuny, M. (2018). La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación jurídico-penal vs. UNE 19601. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 132.
- Montaner Fernández, R. (2020). ¿El *compliance* como termómetro de la diligencia penalmente exigible a las empresas?. *La Ley Compliance Penal*, 1.
- Ragués i Vallès, R. y Robles Planas, R. (dirs.) (2018). *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*. Atelier.
- Silva Sánchez, J.M. (2018). La eximente de 'modelos de prevención de delitos'. Fundamento y bases para una dogmática. En R. Ragués i Vallès y R. Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial* (669-692). Atelier.
- Silva Sánchez, J.M. (2022). *El riesgo permitido en Derecho penal económico*. Atelier.
- Villegas García, M.A. (2016). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*. Thomson Reuters Aranzadi.