

Revista

---

ISSN 2007-4700

Temal  
MÉXICO

Número 19

julio - diciembre 2021

## Responsabilidad administrativa y penal de las personas jurídicas en materia de lavado de dinero

Juan Carlos Ferré Olivé  
Isabel Morón Pendás

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Huelva  
Magistrada en lo contencioso administrativo  
Profesora de la Universidad Isabel I°*

**RESUMEN:** El artículo analiza la posible doble persecución penal y administrativa de las personas jurídicas en materia de lavado de dinero. Se estudian temas fundamentales, como el non bis in idem o el criminal compliance.

**PALABRAS CLAVE:** Lavado de dinero, responsabilidad penal de las empresas, non bis in idem, criminal compliance.

**ABSTRACT:** The article discusses the possible double criminal and administrative prosecution of legal persons in the field of money laundering. Fundamental topics such as non bis in idem or criminal compliance are studied.

**KEY WORDS:** Money laundering, company crime, non bis in idem, criminal compliance.

**SUMARIO:** 1. Aproximación. 2. Responsabilidad de las personas jurídicas en el plano administrativo. 3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y lavado de activos. 4. Bibliografía.

Rec: 10/02/2021 | Fac: 14/04/2021

## 1. Aproximación

Entre los innumerables problemas que afrontan las sociedades democráticas contemporáneas se encuentra el mal uso del dinero, concretamente, aquel que proviene de actividades delictivas —lavado de dinero— o que va dirigido a la comisión de determinados hechos delictivos, en concreto a financiar delitos relacionados con el terrorismo. Esta particular y nebulosa parcela, que genera indudables daños al conjunto de la sociedad, recibe un tratamiento jurídico por partida doble. Por una parte, los “aspectos preventivos” — con sus correspondientes espacios sancionatorios— han sido encargados al derecho administrativo, que al hilo de disposiciones de organismos internacionales (ONU, GAFI o FATF, *Financial Action Task Force on Money Laundering*,<sup>1</sup> Unión Europea, etcétera) y de las consecuentes autoridades nacionales (en España, el SEPBLAC, la Unidad de Inteligencia Financiera, etcétera) genera un marco jurídico complejo y, en ocasiones, sorprendente. Por otra parte, aparecen otros específicos “aspectos represivos” más contundentes, a través de preceptos sancionatorios penales, a los que se aplican todos los parámetros de la teoría general del delito y que prevén responsabilidades dolosas y culposas, con penas a menudo draconianas, siempre en la esfera del derecho penal. Este panorama de doble persecución administrativa y penal se complica aún más porque pretende conciliar lo difícilmente conciliable, es decir, el lavado de dinero (legitimar dinero de origen delictivo para darle apariencia de limpieza, es decir, una mirada al pasado), con la financiación del terrorismo (aportar dinero de cualquier origen para financiar actividades terroristas, es decir, una mirada al futuro).

<sup>1</sup> El GAFI es el organismo internacional con mayor influencia en estas materias, pues realiza estudios que se plasman en cuarenta recomendaciones especiales contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Creado en 1989 por el G7, sus recomendaciones son periódicamente renovadas y no tienen fuerza ejecutiva, pero poseen una enorme trascendencia real que deriva de su rigurosa incorporación a las Directivas Europeas y a la legislación de los países o regiones miembros del GAFI/FAFT y sus zonas internacionales de proyección. Las cuarenta recomendaciones originales aparecieron en 1990 como una iniciativa para combatir el mal uso del sistema financiero que facilita el blanqueo de dinero proveniente del narcotráfico. En 2001 se formularon ocho recomendaciones nuevas y complementarias para luchar contra la financiación del terrorismo. En 2012 se aglutinaron cuarenta recomendaciones con un tratamiento unitario y uniforme para el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Sobre esta temática cfr. Ferré Olivé, J. C. (2018: 57 y sig.)

Nos encontramos ante dos líneas políticas, una preventiva y represiva (administrativa), la otra criminal (penal). Entre ellas debería existir una coordinación plena, que es difícil de lograr en el mundo real. La línea administrativa se traza en España desde las autoridades económicas y judiciales (Ministerio de Economía, SEPBLAC, Jurisdicción Contencioso, Administrativa, etcétera) mientras que la criminal debería ser dirigida desde el Ministerio de Justicia, institución que resulta de hecho subordinada a los vaivenes de las autoridades económicas y aplicada por la justicia penal. En todo caso, tratándose de temas penales, algunas decisiones poco atinadas de la administración logran neutralizarse por los jueces a través de la aplicación de los principios constitucionales que disciplinan la materia penal, que deben tomarse en cuenta en todas y cada una de las oportunidades en los que se pretende aplicar el delito de lavado de dinero.

Para interpretar la actitud política del Estado en materia de lavado de dinero y financiación del terrorismo no podemos dejar de mencionar las más recientes corrientes filosóficas que nos hablan de un “nihilismo jurídico” que nos conduce, ni más ni menos, a una proliferación normativa, a la instrumentalización del derecho y, en síntesis, a una legalidad sin sentido. Como sostiene A. Pereira Menaut, en particular en el ámbito punitivo, nos encontramos ante un derecho penal “más orientado al servicio de lo político y del control social, menos garantista, más regulador (*id est*, criminalizador) de todo lo criminalizable (las acciones criminalizadas por la legislación penal actual abarcan un abanico indebidamente amplio) y más punitivo”.<sup>2</sup> Este razonamiento es plenamente trasladable al lavado de dinero y a la financiación del terrorismo, en la medida en que sobre estos ámbitos se provoca un alarmismo, en ocasiones exagerado, sobre el que se plasman inconfesables objetivos de naturaleza política o económica. La legislación internacional y nacional contra el lavado de dinero y la financiación del terrorismo (Disposiciones de Naciones Unidas, GAFI, múltiples directivas europeas, Código Penal y otras leyes nacionales) serían una muestra evidente de nihilismo jurídico, objetivos políticos y financieros absolutos, ausencia de *prudentia iuris*, sería afección a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ausencia infinita de tolerancia, etcétera.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Cfr. Pereira Menaut, A. C. (2019: 103 y sig.)

<sup>3</sup> Cfr. Pereira Menaut, A. C. (2019: 114 y sig.). Destaca este

En este complejo espacio preventivo y sancionador cobra fundamental relevancia la responsabilidad de las personas jurídicas. Porque son las personas jurídicas en general y las que intervienen en el ámbito financiero en particular las principales destinatarias de muchas de estas amenazas de sanción por lavado de dinero. Deben extremar su deber de cuidado, deben generar mecanismos de *compliance*, deben evitar caer en infracciones administrativas o penales que suponen normalmente multas millonarias que, paralelamente, afectan a su reputación ante el Estado, los mercados y la sociedad en su conjunto.

## 2. Responsabilidad de las personas jurídicas en el plano administrativo

En el derecho administrativo sancionador no han existido los tradicionales reparos que con fundamento en el principio de personalidad de las penas y la dificultad de admitir su capacidad de acción y de culpabilidad se plantearon en el derecho penal a la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas. La posibilidad de sancionar administrativamente a la persona jurídica es muy anterior a la admisión de su responsabilidad penal, que en el ordenamiento español solo se introdujo en 2010. De ahí que se haya invertido la tendencia habitual en todo lo relativo a la teoría general del derecho sancionador, siendo en este punto el derecho penal el que se inspira en el modelo del derecho administrativo,<sup>4</sup> aun cuando la elaboración doctrinal aparece más completa cuando, siquiera para rechazarla, se aborda la cuestión desde la perspectiva del derecho penal.

Sin embargo, el ordenamiento administrativo general, se limita a reconocer la posibilidad de sancionar a la persona jurídica por hechos constitutivos de infracción administrativa en los mismos términos que a la persona física, en cuanto resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa. Aclara con ello el legislador, a través del artículo 28.1 de la Ley 40/2015 del 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, la tradicional polémica que se había generado al

autor que aquí no se protege al hombre, sino a la “integridad del sistema financiero”.

<sup>4</sup> En esta línea Gómez Tomillo, M. (2017: 60) destaca, sin embargo, que precisamente en Alemania, donde en el ámbito administrativo sancionador se ha desarrollado una importante teoría de la imputación de las infracciones a entidades y de la culpabilidad de estas, no se admite, pese a ello, la responsabilidad penal de la persona jurídica.

amparo de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1992, sobre la referencia a la responsabilidad “aun a título de mera inobservancia”.<sup>5</sup> No obstante —como se verá— esta cuestionada fórmula se mantiene en el ámbito de prevención del lavado de dinero.<sup>6</sup>

En cualquier caso, con la reforma operada en 2015, se ha solventado la cuestión de la posibilidad de extender la sanción, con carácter general y fuera de los sectores concretos en que ya se venía contemplando expresamente, a entes colectivos o a categorías carentes de personalidad. El mencionado artículo 28 de la ley 40/2015, del 1 de octubre, contempla ya como posibles sujetos de sanción administrativa, además de las personas físicas o jurídicas, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes, si bien se limita esa posibilidad a los casos en los que la ley les reconoce capacidad de obrar. Se marca con ello una primera diferencia respecto del derecho penal, que restringe la exigencia de genuina responsabilidad penal a las personas jurídicas en sentido estricto, manteniendo sanciones administrativas para estos entes.<sup>7</sup>

Y en el campo de sujetos responsables, concurre una segunda diferencia destacable, en cuanto el Código Penal excluye expresamente de responsabilidad a las personas jurídico-públicas,<sup>8</sup> sobre las que no existe inconveniente en proyectar a la sanción administrativa.

Otra nota distintiva respecto del régimen de responsabilidad penal y administrativa radica en que si la responsabilidad de la persona jurídica derivada de la infracción penal exige que la persona física haya

<sup>5</sup> El artículo 130.1 de la derogada Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común disponía lo siguiente: “1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”. Ello, no obstante, la Ley 40/2015 de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público en su artículo 28.1 suprime la referencia a la mera inobservancia: “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”.

<sup>6</sup> Cfr. Artículo 54 de la Ley 10/2010, de 28 de abril.

<sup>7</sup> Vid. Artículo 129 del cp que contempla a la posibilidad de imponer medidas accesorias a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis del cp.

<sup>8</sup> Vid. artículo 31 *quinquies* del cp.

actuado por cuenta de la persona jurídica y además en beneficio directo o indirecto de esta,<sup>9</sup> en modo alguno figura esa exigencia en el ámbito administrativo sancionador. En este campo basta con constatar asépticamente la comisión de la infracción sin que de ello haya de derivarse beneficio alguno para la entidad sancionada.<sup>10</sup> Ciertamente que en la comisión de una infracción administrativa y por lo que al ámbito del lavado de dinero se refiere, puede redundar quizá en un ahorro de costes para la empresa, pero dicho elemento no es tomado en consideración en la ley general a la hora de apreciar la existencia de infracción, y sí, solo en su caso, para la previsión de la sanción<sup>11</sup> a la luz del principio de proporcionalidad. No obstante, en el ámbito del lavado de dinero, la consideración del eventual beneficio se contempla como criterio de individualización de la sanción.<sup>12</sup>

Tampoco existe en el ámbito administrativo sancionador la restricción propia del derecho penal en cuanto a un catálogo cerrado de infracciones de las que puede hacerse responsable a la persona jurídica,<sup>13</sup> sino que es exigible respecto de cualquier infracción cuya naturaleza no descarte la comisión por la persona jurídica. El número de estas es limitado o insignificante. Por lo que respecta al ámbito del lavado de dinero, el sistema administrativo de prevención basado en la imposición de un conjunto de obligaciones conminadas con sanción a un elenco de sujetos en orden a evitar que su actividad empresarial o profesional pueda ser utilizada para la comisión del delito, es evidente que por naturaleza, las infracciones pueden

ser cometidas por personas jurídicas y, de hecho, son estas las principales infractoras.

El Tribunal Constitucional español ha declarado desde antiguo que el principio de personalidad de la pena o sanción, la responsabilidad por hechos propios es compatible con la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas, sin que ello suponga negar la exigencia del elemento subjetivo de la culpa, sino “simplemente que ese principio se debe aplicar necesariamente de forma distinta como se hace respecto de las personas físicas”. Y afirma que

Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (...) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma.<sup>14</sup>

Apunta, Gómez Tomillo, con acierto, que el tc parece estar equiparando capacidad infractora y culpabilidad, que no son conceptos coincidentes.<sup>15</sup>

En el plano administrativo no cabe cuestionar la capacidad infractora de la persona jurídica. Y ello en cuanto que, siendo como es, sujeto de obligaciones derivadas de las normas administrativas que disciplinan los distintos sectores de actividad, no puede serle negada la obligación de cumplir tales deberes ni, por consiguiente, la capacidad de infringirlos. Se trata, además, de una responsabilidad directa de la persona jurídica por actos propios y no una suerte de responsabilidad por el hecho ajeno atribuible a sus órganos, representantes o directivos. Siendo la persona jurídica una ficción legal que, evidentemente, necesita de personas físicas para exteriorizar su actuación, y la razón de ser de esa ficción es, precisamente, hacerla sujeto de derechos y de obligaciones, su responsabilidad radica en la infracción de esos deberes que son propios del ente y no de sus miembros, directivos o representantes, con independencia de la posibilidad

<sup>9</sup> Vid. artículo 31.bis. 1 del CP.

<sup>10</sup> En contra de esta posición Gómez Tomillo, M. (2016: 29) quien propone el traslado al campo administrativo de la posición del Código Penal, bien que en orden a la determinación de qué personas físicas pueden generar, con su actuación, la responsabilidad a la persona jurídica, y a propósito de exigir que la actuación de la persona física sea considerada un “hecho societario”, sin embargo, el traslado del sistema del Código Penal supone exigir que la actuación de la persona física se desarrolle “en provecho de la persona jurídica”.

<sup>11</sup> El eventual beneficio derivado de la infracción se configura en el artículo 29.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, como criterio de proporcionalidad a considerar al establecer las sanciones pecuniarias de suerte que la comisión no resulte rentable al infractor.

<sup>12</sup> El artículo 59.1 b) de la Ley 10/2010, de 28 de abril contempla entre las circunstancias a considerar para la graduación de la sanción los beneficios obtenidos como consecuencia de las omisiones o actos constitutivos de la infracción.

<sup>13</sup> El artículo 31 bis del CP restringe la responsabilidad penal de la persona jurídica a “los supuestos previstos en este código”, esto es, a los delitos para los que expresamente se contemple la posibilidad de hacer responsable a la persona jurídica.

<sup>14</sup> STC 246/1991, de 19 de diciembre. F. J. 2.

<sup>15</sup> Cfr. Gómez Tomillo, M. (2017:63).

que su responsabilidad directa pueda concurrir con la responsabilidad, también directa y personal, de aquellos en cuanto personas físicas.<sup>16</sup>

Se trata en todo caso de una responsabilidad propia en cuanto que de igual modo que el Código Penal<sup>17</sup> la persona jurídica ha de responder con total independencia de la persona física (aun cuando el procedimiento no se dirija contra esta, y sin que le afecten las causas de exención o modificación de la responsabilidad de la persona física).

Con todo, no cabe equiparar la capacidad de culpabilidad de las personas físicas y las personas jurídicas. Si respecto de la persona física la capacidad de culpabilidad puede requerir acreditación, en orden a excluir supuestos como los de inimputabilidad del sujeto, en el caso de la persona jurídica, siendo ella misma una creación legal, su capacidad de culpabilidad no sería un concepto natural como podría ser en la persona física que puede no existir en ciertos casos, sino que se está construyendo normativamente como una suerte de presunción *iusuris et de iure* que no precisaría ni admitiría prueba en contrario. La persona jurídica tendría así, en todo caso, capacidad de culpabilidad en relación con todo lo afectante al cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas que disciplinan cualquier aspecto de su actividad. De ello se deriva que no resultaría necesaria la constatación de una culpabilidad equivalente a la exigible para la persona física.

Una vez afirmado lo anterior, tampoco cabe duda de que la responsabilidad de la persona jurídica no puede ser concebida como una responsabilidad objetiva, quedando sujeta a la exigencia de atender a las reglas del principio de culpabilidad de igual modo que la persona física, si bien ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas.<sup>18</sup> Ahora bien, en ocasiones, a pesar de la contundencia de la proclamación del principio de culpabilidad, su aplicación práctica, cuando de personas jurídicas se trata, no se presenta tan evidente. En muchos casos, al intensificar en extremo el deber de diligencia exigible a la persona

jurídica, la jurisprudencia se aproxima a la exigencia de una responsabilidad objetiva.<sup>19</sup> Y con más frecuencia la fina línea se pone de manifiesto en el ámbito de las infracciones relativas a la prevención del lavado de dinero, en el que a pesar de proclamarse la vigencia de el principio de culpabilidad, lo cierto es que se acaba por exigir responsabilidad por la infracción consistente en el incumplimiento de una obligación, por el mero hecho de no haberla cumplido.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Sirva de ejemplo la sts de 31 de mayo de 2000 en que se sanciona a una empresa concesionaria sin apreciar como atenuante el desconocimiento de lo hecho por sus empleados con el fin de perjudicarla afirmando que “esto podría tener trascendencia a efectos de eludir responsabilidades penales, pero no en el ámbito sancionador administrativo, pues (...) responsabilidad de los concesionarios ha de extenderse a los actos realizados por sus empleados, cuya diligencia debe ser vigilada por aquéllos, lo que equivale a sancionar la responsabilidad directa de los concesionarios que deben vigilar el buen estado de los aparatos surtidores y responder de los daños que puedan producirse por la actuación de aquéllos”.

<sup>20</sup> En esta línea la STS (Sala de lo contencioso administrativo) de 23/11/2016 Sección 3 (rec. 1003/2015) en un supuesto de sanción a una entidad bancaria por el incumplimiento del deber de conservación de documentación exigida en la Ley 10/2010 afirma en su F.J.5: “Por ello, se ha de valorar, eso sí con aplicación de los citados principios de tipicidad y seguridad jurídica, si el sujeto legalmente obligado a cumplir esas obligaciones no lo ha hecho, ya sea por dolo o negligencia, pues también en este punto se ha de acreditar la culpabilidad al no ser admisible una responsabilidad objetiva por el resultado”. Sin embargo inmediatamente viene a identificar esa culpabilidad en el mero incumplimiento de la obligación de conservar la documentación, que es la acción típica, pues continúa: “Es decir, se ha de probar en este caso que la encartada no ha cumplido con esas obligaciones que para la prevención del blanqueo de capitales le exige la citada Ley, para lo cual no es requisito imprescindible que se hayan producido un concreto blanqueo de capitales porque, a “sensu contrario”, si este se ha producido, en ese momento se habría entendido que no se han cumplido con esas obligaciones”. En este caso se está equiparando la realización de la acción típica con la existencia de culpabilidad y se pretende que se está desterrando la responsabilidad objetiva por cuanto no se precisa para sancionar la infracción de la normativa sobre prevención del lavado de activos la producción de un resultado que se identifica en la existencia efectiva de un delito de lavado. Olvida ese planteamiento que la sanción se impone por infracción de la normativa administrativa de prevención del lavado, no de la normativa del Código Penal que es el que puede sancionar el delito de lavado, el resultado de la infracción que nos ocupa solo puede ser la no conservación efectiva de la documentación, no la existencia del delito de lavado, que, de concurrir, remitiría en su caso al ámbito penal. A mi entender no existe, con ese planteamiento, diferencia alguna derivada de las exigencias del principio de culpabilidad, pues supone que basta para sancionar que se haya constatado que se ha incumplido la obligación de conservar la documentación (y con ello realizada la acción típica) sin ninguna exigencia adicional. O si se quiere plantear de otro modo. Se ha dado el resultado no querido por la norma y que fundamenta la previsión de la conducta como infractora (no se ha conservado la documentación) y con ello basta para sancionar.

<sup>16</sup> En materia de lavado de activos el artículo 54 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, contempla la posibilidad de exigir ambas responsabilidades: la del sujeto obligado y la de quien ejerza cargo de administración o dirección siempre que resulte responsable a título de dolo o negligencia.

<sup>17</sup> Cfr. artículo 31 ter CP. Sobre esta cuestión *vid.* Ferré Olivé (2018: 239).

<sup>18</sup> STC 246/1991, de 19 de diciembre. F. J. 2º.

Podiera entenderse en caso de infracciones administrativas que tipifican meros incumplimientos de obligaciones formales, máxime cuando de empresas y empresarios se trata, el deber de diligencia exigible al sujeto infractor se intensifica al máximo,<sup>21</sup> imponiéndole un especial deber de conocer e informarse hasta el punto de que las exigencias derivadas del principio de culpabilidad se satisfacen entendiendo que, concurriendo el incumplimiento, solo puede evitarse la sanción en caso de que concurra una causa que excluya la culpabilidad como el error invencible.<sup>22</sup>

A esta idea de extremar la diligencia exigible al empresario responde, quizá, el mantenimiento de la polémica expresión “aún a título de simple inobservancia” en sede de lavado de dinero, aun cuando desde 2015 se suprime la cuestionada expresión en el texto general de procedimiento sancionador. El artículo 54 de la Ley 10/2010 del 28 de abril, al referir a la responsabilidad de administradores y directivos del sujeto obligado, contempla la responsabilidad de este último aún a título de simple inobservancia.

Para Huergo Lora, bajo la vigencia de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1992, la referencia que contenía a la mera inobservancia debía interpretarse atendiendo al derecho penal, como modelo sobre el que se construye toda potestad sancionadora distinta de la penal. Y de ello extraía que la expresión “mera inobservancia” no remitía a una forma de negligencia en su grado mínimo, en cuanto inobservancia equivale a incumplimiento de la norma, esto es, a la realización de la conducta típica sobre la que luego se ha de proyectar la culpabilidad. Entendía que la voluntad del legislador fue no limitar la responsabilidad sancionadora a los casos de dolo o culpa, dado que la culpabilidad es algo más que se predica de las conductas típicas, y la inobservancia es un *prius* de la culpabilidad y no una especie de ella, es el incumplimiento de la norma (la realización de la conducta típica).<sup>23</sup> En cualquier caso, la consecuencia de esta interpretación no puede llevar a la conclusión de que el mero incumplimiento de la norma, la realización de la acción típica merezca ya sanción.

Ciertamente que la mayoría de las infracciones en el ámbito administrativo se configuran como conductas de mera inobservancia de las normas, de mera actividad, generalmente omisiones. Piénsese en el catálogo de infracciones en materia de prevención del lavado de dinero y financiación del terrorismo, que prácticamente se limita a relacionar, una por una, el incumplimiento o la inobservancia de las obligaciones establecidas en la propia ley,<sup>24</sup> obligaciones que, además, en su mayoría son de carácter formal, bastando con el simple incumplimiento de la norma sin precisar la producción de un resultado para reputar cometida la infracción. El principio de culpabilidad debe suponer una exigencia adicional en orden a que aquel mero incumplimiento sea merecedor de sanción, so pena de exigir una responsabilidad objetiva.

Siguiendo de nuevo a Huergo Lora, este identifica la mera inobservancia con el establecimiento en el texto de la ley de un deber de conocer y cumplir la norma de suerte tal que de no hacerlo el sujeto actúa, al menos, con negligencia;<sup>25</sup> de modo que el legislador fija el nivel de diligencia exigible identificándolo en el simple incumplimiento<sup>26</sup>. Sin embargo, acertadamente concluye que ello no supone una presunción de culpabilidad.<sup>27</sup> Y apoya su conclusión en razones de eficacia que imponen al legislador más que una opción, una obligación de establecer que quien realiza una actividad, normalmente de riesgo debe seguir ciertas normas y de no hacerlo está actuando negligentemente.<sup>28</sup> Si bien, matiza su posición aclarando que para que este modo de tipificar se ajuste al principio constitucional de culpabilidad es necesario, en primer lugar, que ese juicio que realiza el legislador sea “sostenible”,<sup>29</sup> con lo que parece exigir que sea razonable y proporcionado, lo que supone la necesidad de un control de validez de la norma desde la perspec-

<sup>24</sup> Es de ver como, por ejemplo, el catálogo del artículo 52 Ley 10/210, de 28 de abril, al tipificar las infracciones graves refiere en las distintas letras “el incumplimiento de las obligaciones de ... en los términos del artículo...”, de suerte que a la hora de describir las conductas típicas lo hace por remisión al contenido del precepto de la propia ley que regula la obligación cuya inobservancia se sanciona.

<sup>25</sup> Cfr. Huergo Lora, A. (2007: 388).

<sup>26</sup> Cfr. Huergo Lora, A. (2007: 389).

<sup>27</sup> Cfr. Huergo Lora, A. (2007: 390).

<sup>28</sup> Cfr. Huergo Lora, A. (2007: 391).

<sup>29</sup> Pone este autor como ejemplo la exigencia de que el conductor conozca los límites de velocidad o el significado de las señales de tráfico, de suerte que la mera infracción sea sancionable, por contra no reputa “sostenible” exigir al conductor el conocimiento de normas de alto nivel técnico.

<sup>21</sup> Cfr. Bajo Fernández, M. (2011:13).

<sup>22</sup> Esta parece ser la orientación que defienden Rebollo Puig, M., Izquierdo Carrasco, M., Alarcón Sotomayor, L. y Bueno Armiño, A. (2005: 37), incluyendo además la confianza legítima como causa de exclusión de la culpabilidad.

<sup>23</sup> Cfr. Huergo Lora, A. (2007:386).

tiva del principio constitucional de culpabilidad, de modo que si no recoge la exigencia de culpabilidad, como requisito de punibilidad separado, esto es, si no admite que la conducta quede impune si no concurre dolo o culpa por exigir un nivel de diligencia excesivo, la norma resultaría inconstitucional.<sup>30</sup> Y en segundo término, deben contemplarse en las normas que establecen niveles de diligencia situaciones concretas e individuales en las que el incumplimiento no merece reproche ni sanción,<sup>31</sup> entendiendo que, en todo caso, la fuerza mayor en cuanto alude a acontecimientos no previstos e imprevisibles, queda, por definición, más allá del nivel de diligencia exigible en el cumplimiento de cualquier disposición; de suerte que la norma sancionadora que no contempla circunstancias excluyentes de la culpabilidad o solo contempla la fuerza mayor, resulta insostenible. Reclama una regulación completa de la materia, aceptando que pudiera consistir en la remisión al Código Penal, en contra de otros autores que defienden que la singularidad propia merece una regulación independizada del modelo penal.<sup>32</sup>

En general y en el orden penal está asentada la idea de hacer descansar el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica en su culpabilidad, construida en torno al déficit de organización. El debate sobre la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica, a los efectos de la sanción penal, responde a que quienes la niegan la construyen desde un punto de vista antropocéntrico, basándola en la existencia de alternativas de acción para el sujeto; y sin embargo, la persona jurídica responde —penalmente— por una culpabilidad basada en un defecto de organización.<sup>33</sup> Es por ello que, en el ámbito penal, la cumplimentación de modelos de organización y gestión permite, en unión a otros requisitos, eximir o atenuar su responsabilidad (art 31 bis 5 CP).

Ninguna razón existe para no trasladar la misma conclusión al ámbito del derecho administrativo san-

cionador y sentar el fundamento de la responsabilidad administrativa en una culpabilidad fundada en un defecto de organización. Aún con todo, ese traslado hace precisos ciertos “matices”.<sup>34</sup>

En materia de prevención del lavado de dinero y financiación del terrorismo la propia ley se estructura a modo de un esquema de modelo de cumplimiento. La ley se contrae a definir los sujetos obligados en el ejercicio de la actividad que les es propia y a establecer un entramado complejo de obligaciones que pesan sobre los mismos, su finalidad es precisamente establecer un determinado modelo de organización empresarial orientado a la prevención de aquellos delitos. Dicho modelo se pretende imponer con base en el establecimiento de una serie de obligaciones relativas al modo de hacer de la empresa, conminadas con sanción para el caso de ser incumplidas. Lo extraordinariamente peculiar de este modelo es que el sistema de *compliance* que se establece parece ir dirigido, en principio, tanto a personas jurídicas como a personas físicas, empresarios individuales, o profesionales en el ejercicio de su profesión.<sup>35</sup> De este modo, y dirigiéndose la ley a un grupo concreto de sujetos (los sujetos obligados del artículo 2º) a los que se impone incorporar a su organización todo ese entramado de obligaciones, se parte de la idea de que han de conocerlas y asumirlas en su organización; de modo tal que su incumplimiento es sancionado. La organización empresarial es responsable por incumplir la norma y sin llegar a establecer una responsabilidad objetiva en sentido propio, el sistema se aproxima mucho a ella. Y es que se entiende que ese incumplimiento es sancionable a menos que el sujeto justifique que su estructura interna está lo suficientemente organizada, de suerte que el incumplimiento no sea atribuible a ese desorden empresarial, derivando en consecuencia la ausencia de necesidad de sanción, o minimizando esa necesidad.

Si como se ha dicho, el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica debe situarse en la exis-

<sup>30</sup> Cfr. Huergo Lora, A. (2007: 392).

<sup>31</sup> Cfr. Huergo Lora, A. (2007: 393). Cita como ejemplo la infracción de los límites de velocidad cuando se transporta un enfermo a un centro sanitario.

<sup>32</sup> Cfr. Nieto García, A. (2007: 9 y 10), máximo defensor de la idea de la sustantividad propia del derecho administrativo sancionador.

<sup>33</sup> Cfr. Ferré Olive, J. C. (2018: 239). Es también la posición que sostiene Gómez Tomillo, M. (2017: 67 y 68) al situar en la omisión de las medidas de precaución exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad de la empresa, el fundamento de la culpabilidad.

<sup>34</sup> En el sentido señalado por la doctrina constitucional, STC 18/1981 de 8 de junio.

<sup>35</sup> El artículo 26 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, tras establecer con carácter general el deber de implementar un modelo de “control interno”, permite en el punto 7, que vía reglamentaria se determinen los sujetos obligados exceptuados de estos deberes. El artículo 31.1 del Reglamento aprobado por R. D. 304/2014, de 5 de mayo, exime de parte de las obligaciones de control interno a una serie de sujetos en cuanto su organización empresarial no supere las dimensiones de la microempresa.

tencia de un defecto de organización y control, debería excluirse o, al menos atenuarse, si resulta acreditada, bajo determinadas condiciones, la previsión de mecanismos de organización y control dirigidos a evitar la comisión de infracciones administrativas, al modo de lo que ocurre en el ámbito penal. En el ámbito punitivo, el derecho español admite la posibilidad de concluir la ausencia o la atenuación de la responsabilidad de la empresas cuando se acredite que se ha dotado de programas y protocolos dirigidos a definir su comportamiento ante el posible riesgo de la comisión del delito y resulten idóneos a tal fin de prevenir el delito o reducir significativamente el riesgo de su comisión, siempre que se acredite, además, que se han “ejecutado con eficacia”, aún cuando la acción típica se haya producido efectivamente, lo que supone que el mecanismo no ha funcionado adecuadamente, pero son indicativos del compromiso o la disposición de la empresa con el respeto de la norma.<sup>36</sup>

No se contempla, sin embargo, con carácter general en el ámbito administrativo un modelo similar con estos fines de atenuación o exención de la responsabilidad. De hecho, es significativo que allí donde la norma administrativa prevé un modelo de organización y control, el *compliance program* lo impone de forma obligatoria y bajo sanción, disciplinando minuciosamente su contenido sin atribuirle la mínima relevancia en orden a atenuar la responsabilidad de la persona jurídica.

Así ocurre en el ámbito de la prevención del lavado de dinero y de la financiación del terrorismo. La ley 10/2010, del 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, bajo la rúbrica de “control interno”, dedica el capítulo IV a una serie de obligaciones de naturaleza interna de autoorganización del sujeto obligado dirigidas a asegurar el eficaz cumplimiento de sus obligaciones de prevención en materia de lavado de dinero y de financiación del terrorismo que, no obstante, no son de aplicación a todos los sujetos relacionados en el artículo 2º.

El control interno impone un complejo mecanismo de programas de actuación en el ámbito doméstico del sujeto obligado en orden a garantizar el eficaz cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, información y cooperación con las autoridades y, en definitiva, a detectar diligentemente cualquier atisbo

de operación o actuación que pueda presentar indicios de mantener algún tipo de relación con el lavado de dinero o la financiación del terrorismo y comunicarla a las autoridades encargadas de la prevención, que pasa, además, por la previsión de una organización interna específica con esa finalidad.

El sistema de control interno ideado por la normativa de prevención responde al sistema de *compliance* de tradición anglosajona, pero a diferencia del carácter, por lo general, voluntario y la función que se otorga a estos sistemas en el orden penal y en relación con la responsabilidad de ese tipo exigible a las personas jurídicas, en el orden administrativo se trata de una obligación legal amenazada con sanción que no alcanza únicamente a los incumplimientos relevantes del deber de implementar en la empresa un sistema de cumplimiento, ni siquiera de respetarlo en lo esencial, sino que recae aún ante incumplimientos meramente formales referidos a aspectos en ocasiones accesorios, o sin repercusión real que, en principio, escapan a la lógica de la sanción, incluso de la administrativa.<sup>37</sup> Tampoco tiene el cumplimiento de las exigencias de control interno un efecto positivo o beneficioso concreto para quien viene obligado, más allá del de dar cumplimiento a la exigencia legal o evitar la sanción, y el eventual beneficio reputacional suponiéndole, por el contrario, importantes inversiones<sup>38</sup> sin que su eficacia esté acreditada.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Véase como ejemplo la sanción de 60.001 euros que fue impuesta a una firma de abogados por el incumplimiento de la exigencia del artículo 26.2 Ley 10/2010 en cuanto el órgano de control interno, en un acta de reunión decidió modificar la periodicidad de las reuniones, pasando de trimestral a anual, haciéndolo fuera del cauce de la modificación del manual que contiene el procedimiento de control interno, y que fue confirmada en SAN de 30 de octubre de 2019 (rec. 2375/2018). La infracción que se sanciona es la del art. 52.1. ñ) en su redacción anterior a la reforma de la Ley por el rd111/2018, esto es *El incumplimiento de la obligación de establecer órganos adecuados de control interno, con inclusión, en su caso, de las unidades técnicas, que operen en los términos previstos en el artículo 26.2.*

<sup>38</sup> Al respecto resulta interesante la alegación formulada por el Consejo General del Notariado para sostener su legitimación activa en el recurso formulado frente a la Orden/JUS/319/2018 por la que se aprueban los nuevos modelos de presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación sobre los costes a su cargo derivados de la creación del órgano centralizado de prevención, que, al margen de la inversión inicial, superan el millón de euros anual, a cuya carga se suman los costes individuales para cada uno de los notarios en medios informáticos y personal. Cfr. SAN (Sala de lo contencioso -sección tercera) de 26 de junio de 2019, (rec. 427/2018) (Ponente: García-Blanco)

<sup>39</sup> Sobre esta cuestión vid. Blanco Cordero, I (2009: 123 y ss).

<sup>36</sup> Sobre esta cuestión, en referencia al ámbito tributario, vid. Ferré Olive, J. C. (2018:243 y sig.).

En todo caso, si el sistema pretende asegurar que en la empresa se dé un adecuado cumplimiento a las obligaciones de prevención, básicamente las de diligencia debida e información, que son obligaciones conminadas con sanciones económicas y accesorias de gran calado, la principal interesada en ese adecuado cumplimiento es la propia empresa, el sujeto obligado. Y así entendido, el interés en asegurar el perfecto cumplimiento de las obligaciones de prevención es primordial en la empresa, siquiera en la más despreocupada con los objetivos finales de prevenir o detectar actividades de lavado de dinero o de financiación del terrorismo, para evitar ser duramente sancionada. Por ello cabe preguntarse si realmente resulta necesaria la imposición coactiva de estos sistemas de cumplimiento desde la perspectiva de la prevención, o lo que es igual, si la intervención administrativa en el funcionamiento de la empresa, en las decisiones sobre cómo cumplir las obligaciones legales en materia de prevención y detección de conductas sospechosas, está justificada. Y esa justificación ha de venir dada por la presencia de un interés público que tutelar frente a los intereses de la empresa de gestionar libremente, y posiblemente de una forma menos onerosa, el modo de cumplir las exigencias legales de fondo. Cabe pensar que, dado el riguroso sistema de sanciones administrativas previsto para el incumplimiento de las obligaciones básicas de prevención, pudiera no ser necesario imponer, además, la forma concreta de cumplimiento de esas obligaciones, regulándola al detalle, y quizá fuera más recomendable dejar a la propia entidad obligada la elección del modo más adecuado de cumplir con la ley, sin perjuicio de dar unas pautas o recomendaciones a modo de sugerencias, que no impuestas bajo amenaza de sanción, al modo que se hace en el artículo 31 del CP para el *compliance* penal. Aunque el Código Penal parece establecer unas reglas rigurosas y estrictas en el citado artículo, sin embargo, deja un cierto margen a la persona jurídica para que, dentro de la libertad de auto organización de la empresa, decida con cierta discrecionalidad el modelo de organización y gestión, siempre que resulte adecuado a las funciones de prevención que se persiguen, limitándose a exigir la identificación de las actividades de riesgo, la determinación de los protocolos para la toma de decisiones, los modelos de gestión de los recursos financieros adecuados al fin de prevención, los canales de comunicación y denun-

cia internos y el régimen disciplinario para eventuales incumplimientos en materia de prevención, pero sin imponer la forma concreta de dar cumplimiento a tales exigencias, y lo que es más determinante, sin anudar ninguna consecuencia sancionadora directa al incumplimiento, sino antes valorando la puesta en marcha de un modelo adecuado como mecanismo de exoneración o merma de la responsabilidad criminal. Sin embargo, la exigencia de estos sistemas de *compliance* y la minuciosa disciplina de su contenido, se ha generalizado en todos los ordenamientos que han implantado sistemas de lucha contra el lavado de dinero y financiación del terrorismo.

### 3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y lavado de dinero

La responsabilidad penal de las personas jurídicas existe en España, a partir de la reforma del Código Penal operada por LO 5/2010, del 22 de junio, y su modificación por LO 1/2015, del 30 de marzo, por lo que se trata de un sistema relativamente reciente. Podemos considerar en gran medida superado el debate referido a la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, porque es una realidad legal evidente.<sup>40</sup> Debemos destacar que el derecho penal aplicable a las personas jurídicas se desarrolla sobre bases distintas a las del derecho penal dedicado a las personas físicas y, por lo tanto, no rigen de la misma forma los principios y requisitos que se establecen por el derecho penal tradicional,<sup>41</sup> aunque esto no supone

<sup>40</sup> No podemos negar, sin embargo, la presencia aislada de voces críticas, pero al mismo tiempo solventes y razonadas. Es el caso de J.J. González Rus (2014: 40), autor que considera que “ninguna de las razones que se esgrimieron para considerar imprescindible el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas justificaba verdaderamente tal medida”. Considera incierta la imposición “por Europa”, dudas que también se aprecian por parte de la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, que no encuentra tratados ni normas internacionales que obliguen a España a incorporar este tipo de responsabilidad, considerando que siguen abiertas otras opciones, como sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras alternativas a las penas. En definitiva, González Rus no ve la necesidad político criminal de esta solución. En la misma línea se manifiesta Palma Herrera, J.M. (2014: 157 y sig.). Es importante apuntar también que existe una gran resistencia a este tipo de responsabilidad penal en Alemania, cuna de la teoría jurídica del delito, por lo que algunos autores, como Galán Muñoz (2017: 48 y sig.), hablan de “esos irreductibles germanos”. Curiosamente esta irreductibilidad también se aprecia en países cuyos Códigos Penales son de plena inspiración germana, como Paraguay.

<sup>41</sup> Cfr. Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015: 681).

que las garantías constitucionales en materia penal y procesal resulten desatendidas.

La regulación española actual permite la sanción penal para la persona jurídica y para la persona física que ha actuado en su nombre. Para poder estructurar este tipo de responsabilidad penal se exigen como requisitos que un miembro, representante o persona autorizada dentro de la empresa haya cometido un hecho delictivo, dentro del marco propio de las actividades empresariales y buscando beneficios o ventajas para la entidad. En el plano internacional existen distintos mecanismos para criminalizar a las personas jurídicas. Por una parte, existe un modelo de “responsabilidad vicarial” o de “responsabilidad objetiva” de la empresa (responsabilidad por atribución).<sup>42</sup> Posee un gran paralelismo con las responsabilidades civiles, y es el sistema vigente en distintos países como Reino Unido o Francia (*vicarious liability*). Una vez que se comprueba que en una sociedad o persona jurídica se ha cometido un delito, siempre que lo materialice un miembro de la empresa actuando dentro del marco propio de las actividades empresariales y buscando beneficios o ventajas para la entidad, parte de la responsabilidad será transferida a la empresa; de tal forma que se sancionará tanto al individuo que ha realizado el hecho como a la propia persona jurídica. Existe plena dependencia del hecho cometido por la persona física. En consecuencia, la persona jurídica responde penalmente sobre la base de una “responsabilidad objetiva”, es decir, no se exige ningún grado de “culpabilidad de la empresa”. Las consecuencias de la conducta del individuo se imputan a la empresa, sin que sea admisible la prueba que aporte la entidad, de haber desarrollado convenientemente los controles empresariales internos para evitar el delito. Este mecanismo de trasladar a la empresa una responsabilidad penal de manera objetiva ha sido cuestionado, aduciéndose una violación al principio de culpabilidad. La persona jurídica terminaría respondiendo por un hecho ajeno y no por el hecho propio. La tesis contraria, que no ve inconvenientes en mantener este tipo de responsabilidad, considera que las bases de la culpabilidad de la persona jurídica *son distintas* a las de las personas físicas y que, por lo tanto, no resulta afectado el mencionado principio por la transferencia

de culpabilidad, siempre que se respete el derecho de defensa.

El otro modelo es el de “culpabilidad de la empresa” o de autorresponsabilidad. Son los planteamientos más modernos, que no estructuran la responsabilidad trasladando la culpabilidad individual de la persona física que ha actuado hacia el ente jurídico, sino que se fundamentan sobre la base de una culpabilidad propia. Desde esta perspectiva destaca la teoría de Klaus Tiedemann que basa la culpabilidad en un “defecto de organización” (*Organisationsverschulden*) de la persona jurídica, en el sentido de una responsabilidad social.<sup>43</sup> Se caracteriza por atenuar o eximir de responsabilidad penal a la empresa si corrige esos defectos de organización, que se dará cuando adopte programas de organización y gestión (*compliance programs*) que eviten la comisión de delitos en el futuro.

No es fácil definir el modelo actualmente vigente en el derecho penal español. Esta cuestión viene siendo objeto de un amplio debate doctrinal desde la incorporación de este tipo de responsabilidades penales para personas jurídicas por LO 5/2010, del 22 de junio.<sup>44</sup> Así, un importante sector doctrinal ha venido viendo en esta regulación un modelo de responsabilidad vicarial con base en la idea de transferencia de responsabilidad y, por lo tanto, de responsabilidad objetiva de la empresa.<sup>45</sup> Sin embargo, los cambios efectuados en la regulación del Código Penal por la LO 1/2015, del 30 de marzo, van dirigidos a excluir la caracterización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como manifestación del modelo vicarial (así se manifiesta expresamente en el preámbulo de la mencionada Ley Orgánica) y, por lo tanto, procuran consagrar un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica. Podemos afirmar que no estamos ante un modelo puro, ya que la nueva regulación contiene elementos de ambos sistemas. Esta solución guarda coherencia con la pluralidad de modelos que existen en el plano internacional, donde se presentan distintas soluciones para la responsabilidad penal de

<sup>43</sup> Cfr. Tiedemann, K. (1988: 1169 y sig.). Véase también la caracterización que hace Tiedemann (1993: 232 y sig.) de la responsabilidad de la empresa. A favor de este sistema de responsabilidad por el hecho propio, cfr. García Cervero, P. (2018:265).

<sup>44</sup> Sobre este debate cfr. Martínez- Buján Pérez, C. (2016: 589 y sig.).

<sup>45</sup> Cfr. González Cussac, J.L. (2015: 162), quien sigue considerando que la regulación actual consagra un modelo vicarial. Cfr. también Palma Herrera, J. M. (2014: 158 y sig.).

<sup>42</sup> Cfr. el punto de vista de Palma Herrera, J. M. (2014: 185 y sig.).

las personas jurídicas. La originalidad del sistema español está dando pie a grandes debates doctrinales y jurisprudenciales, que intentan perfilar las características de este nuevo mecanismo de imputación penal. En todo caso, y como punto de partida, nos sumamos al sector que defiende el desarrollo de una teoría del delito peculiar y paralela a la que existe para las personas físicas, de aplicación exclusiva a las personas jurídicas (teoría específica de imputación jurídico-penal de las personas jurídicas).<sup>46</sup>

Consideramos que el modelo consagrado es de naturaleza mixta, porque no logra apartarse del todo del modelo vicarial, fundamentalmente cuando se trata de delitos cometidos por representantes legales y administradores en los que sigue vivo el criterio de la “atribución” a partir de un “hecho de conexión”. Sin embargo, no puede hablarse de responsabilidad objetiva de la empresa, ya que en nuestro derecho es inadmisibles la responsabilidad penal por un hecho ajeno. Así, la base de la responsabilidad debe también buscarse en el defecto de organización. En otros términos, debe distinguirse el presupuesto de la responsabilidad (un delito cometido o en el que han intervenido representantes legales y administradores, unido por vínculos de conexión) del fundamento de la responsabilidad, en el que prevalecen los elementos que permiten basar la responsabilidad penal en la culpabilidad de la empresa, es decir, en un modelo de autorresponsabilidad.<sup>47</sup>

El sujeto en cuestión debe obrar en nombre o por cuenta de la empresa, no a título propio e individual (art. 31 bis CP). Este requisito implica que el que actúa debe hacerlo dentro del “marco propio de actividades sociales” de la empresa. Excluye todo hecho delictivo en el que esté implicado un directivo o trabajador a título particular. Debe haber un “vínculo de conexión”, una relación entre el ilícito cometido por el miembro o representante y las actividades propias de la entidad. Debe haberse cometido un delito (art. 31 ter 1 CP), en nuestro caso encuadrable en el marco del lavado de dinero. Quien cometa el delito debe ser persona que “ostenta los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior”. Al hablarse de delito, se hace referencia a un injusto penal, es decir, a una acción típica y antijurídica —que puede ser o no cul-

pable— cometida en su nombre o por su cuenta por una persona comprendida en los términos expuestos en el artículo 31 bis del Código Penal.<sup>48</sup> Dicho delito debe quedar acreditado en el juicio correspondiente, a través de las vías probatorias oportunas.

La normativa europea ha promovido durante años la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de dinero. Así lo ha hecho el Consejo de Europa a través del Convenio de Varsovia del 16 de mayo de 2005, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, y la más reciente Directiva de la Unión Europea 2018/1673, del 23 de octubre. En el derecho español, para el lavado de dinero están específicamente previstas sanciones penales en caso de comisión por parte de personas jurídicas, en base a lo dispuesto en el artículo 302.2 del Código Penal. “En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

En el delito de lavado de dinero, las últimas reformas han llevado a perfilar responsabilidades penales amplísimas y que también afectan a las personas jurídicas. Actualmente, y en ese contexto, se sanciona el autolavado,<sup>49</sup> la mera posesión o tenencia de los bienes corruptos o el lavado culposo. Se asigna al lavado de dinero un carácter progresivo, identificándolo como un proceso segmentado en el que paulatinamente se libera a los bienes contaminados de toda sospecha de origen delictivo. La clave está, en buena medida, en la integración final de los bienes corruptos dentro de la economía lícita y sus circuitos oficiales, y de allí que el sistema financiero se convierta en una potencial y real fuente de peligro.<sup>50</sup>

Silva Sánchez, quien considera al lavado de dinero como una manifestación paradigmática de la expansión del derecho penal, ve en este delito un

<sup>46</sup> Esta teoría propugna que la responsabilidad penal de la persona jurídica se base en su propio injusto y su propia culpabilidad. Cfr. Feijoo Sánchez, B. (2012: 71).

<sup>47</sup> Cfr. De la Cuesta Arzamendi, J. L. (2014: 21).

<sup>48</sup> Cfr. De la Mata Barranco, N. y Hernández, L. (2013: 237) y Feijoo Sánchez, B. (2012: 87).

<sup>49</sup> Sobre las consecuencias de una expansión incontrolada de la figura del autolavado, véase Abel Souto, M. (2016: 132 y sig.).

<sup>50</sup> Cfr. Fabián Caparrós, E. (2015: 69 y sig.).

mecanismo que pretende desincentivar la comisión de cualquier otro delito que produzca beneficios económicos, generando una especie de “supradelito”, “que recibe penas superiores a las de los delitos base y cuya legitimidad resulta, por ello, más que discutible”.<sup>51</sup> Se ha planteado incluso la conveniencia de sancionar penalmente el lavado de bienes contaminados que provienen de infracciones administrativas, lo que supone un auténtico sinsentido que puede vulnerar la seguridad jurídica.<sup>52</sup>

El legislador ha contemplado eximentes de responsabilidad penal para las personas jurídicas, que se fundamentan en la ausencia de culpabilidad. Por lo tanto, el desorden empresarial o defecto de organización se convierte en el fundamento de la culpabilidad previéndose un régimen diferenciado si se trata de actuaciones en las que han intervenido directamente los responsables de la empresa en los términos del artículo 31 bis a.1 del Código Penal (representantes legales, administradores, cargos y mandos intermedios) o los subordinados conforme a lo dispuesto por el artículo 31 bis a.2 CP. Para alcanzar la ausencia de responsabilidad criminal la empresa debe desarrollar modelos de organización y control (*compliance*). El requisito legalmente establecido para empresas de medianas y grandes dimensiones es la comprobación de que “el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”. Los modelos de organización y gestión (organización preventiva empresarial) son protocolos de autorregulación de las empresas que procuran una mejor gestión empresarial: autovigilancia y autocontrol. Se trata de mecanismos que deben permitir reconocer con seriedad y eficacia el compromiso de la empresa en contra del delito y al cumplimiento de la Ley.<sup>53</sup> El objetivo de estos programas es, como afirma Bajo Fernández,

la creación de una cultura empresarial de fidelidad al derecho,<sup>54</sup> dejando al mismo tiempo indicios claros a los miembros y trabajadores de la persona jurídica para que conozcan cuáles son los comportamientos correctos en su ámbito empresarial de actuación.<sup>55</sup> Debemos destacar que en los últimos años esta específica materia ha provocado un ingente esfuerzo interpretativo —doctrinal y jurisprudencial—, un extraordinario número de publicaciones e infinitos cursos formativos, por lo que ya puede hablarse de la industria del *compliance*.<sup>56</sup>

Estos programas no solo deben estructurarse sobre el papel, sino que se exige que se hayan “ejecutado con eficacia”, lo que debe ser demostrado en el momento procesal oportuno. En consecuencia, se debe comprobar que las medidas desarrolladas son idóneas para prevenir delitos de lavado de dinero en el seno de la empresa, o que son aptas para reducir de forma significativa las afecciones a los bienes jurídicos tutelados. Como ha señalado González Cussac, este segundo criterio es bastante ambiguo y complejo, pues obliga al juzgador a realizar un incierto cálculo de probabilidades sin que se aprecie en realidad un método de verificación seguro y constatable.<sup>57</sup> En definitiva, son programas que tienden al cumplimiento de la legalidad y si se aprecia una clara disposición de la persona jurídica en consonancia con el marco normativo regulador del lavado de dinero, podrán verificarse las condiciones establecidas.

Un *compliance* antilavado debe dar comienzo con la determinación del mapa de riesgos. Este debe definir riesgos transversales y específicos conforme a las actividades propias de la empresa. Como riesgo transversal seguramente deberán tomarse medidas contra el delito de defraudación tributaria o la corrupción en sus distintas formas (sector público y sector privado).

<sup>54</sup> Cfr. Bajo Fernández, M. (2012: 40).

<sup>55</sup> Cfr. Feijoo Sánchez, B. (2012: 106).

<sup>56</sup> Cfr. García Caverro, P. (2018: 259). En épocas recientes se ha extendido la estandarización de los sistemas de gestión del *compliance*, a través de la incursión en esta materia de las reglas de normalización internacional de la International Standard Organization (normas iso) y en particular en España a través de las normas UNE-ENOR, como por ejemplo la norma UNE 19601: 2017 que se ocupa del sistema de gestión del *compliance* penal. Como resulta obvio, el cumplimiento por parte de la empresa de este nuevo engranaje de la industrialización del *compliance* no garantiza la eliminación del riesgo ni mucho menos la ausencia de responsabilidades penales, pero puede suponer un elemento positivo a la hora de valorar dichas responsabilidades por parte del juzgador. Cfr. Anaya Martín, F. (2018: 45 y sig.).

<sup>57</sup> Cfr. González Cussac, J. L. (2015: 184 y sig.).

<sup>51</sup> Cfr. Silva Sánchez, J. M. (2018: 180), añadiendo que la persecución del lavado de activos puede perseguir la obtención de pruebas del delito-base, cuya sanción no se requiere.

<sup>52</sup> Críticamente Blanco Cordero, I. (2015: 126).

<sup>53</sup> Cfr. De la Mata Barranco, N. (2013: 251). Como destaca García Caverro (2014: 9), el término *compliance* proviene del inglés, “to comply with” en el sentido de *cumplir con* y se ha extendido ampliamente en el mundo empresarial para significar la adopción de medidas internas para “asegurar la observancia de las leyes, estándares y protocolos”.

También es un riesgo transversal el lavado de dinero, que se convierte en riesgo específico según la actividad principal de la empresa (por ejemplo si interviene en el sector bancario). A este tipo de delitos se pueden sumar otros, como la financiación del terrorismo, los delitos societarios o los ambientales.

En los delitos aquí analizados el límite entre lo delictivo y lo lícito, el riesgo permitido y el prohibido, se traza con la ayuda de la normativa administrativa (a su vez derivada de la normativa internacional) que conforma estas materias. Sin embargo, no pueden ignorarse las disposiciones jurídicas de mayor jerarquía. En España deberán tenerse en cuenta las distintas directivas europeas reguladoras de estas materias y el Código Penal. Por las implicaciones prácticas que generan, también deberán ser atendidas las recomendaciones del GAFI/FATF. Se identifican los momentos o fases del lavado de dinero, según el GAFI/FATF. En primer término, se presenta la “introducción de los bienes contaminados” (bienes provenientes de un hecho delictivo) en el sistema financiero. En el segundo momento, se movilizan esos bienes para ocultar su origen ilícito. En el tercer momento, los bienes afloran con total apariencia de legalidad.

La administración española ha generado, a través de la Comisión de Prevención del Blanqueo de capitales e infracciones monetarias, un “Catálogo ejemplificativo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo” que identifica las operaciones peligrosas diferenciándolas según los distintos sectores: bancario, seguros, casinos, joyas y en particular sectores profesionales: abogados, notarios, registradores, asesores y auditores. No es posible abarcar toda esta casuística; sin embargo, es relevante una referencia a entidades de crédito y a determinadas actividades profesionales.

En relación con las entidades de crédito,<sup>58</sup> se consideran riesgosos los cambios inusuales y/o frecuentes en el tipo o naturaleza de los medios de pago, sin reflejo en cuenta del cliente, las operaciones atípicas con dinero en metálico, las actividades inusuales en cuentas bancarias, uso de estructuras societarias ficticias, movimientos internacionales atípicos, préstamos, líneas de crédito u operaciones de activo con o sin garantía, las actuaciones de personas con responsabilidad política que provienen de zonas de riesgo,

las carencias en los datos, falta de contacto deliberado con la oficina o despreocupación por la rentabilidad o ventajas de los productos, las cuentas de corresponsalía con entidades extranjeras insuficientemente conocidas y/o de paraísos fiscales o territorios designados y las actitudes inusuales de empleados y representantes de las instituciones financieras. La casuística tiende al infinito.

Con relación a los sectores profesionales,<sup>59</sup> los riesgos incorporan a los que se relacionan con la identificación del cliente y de personas jurídicas, actuaciones de representantes o administradores, empleados y profesionales vinculados, etcétera. Todas estas exigencias pasan en lo sustancial por exigir una adecuada identificación del cliente, comprobando su identidad —de personas físicas y jurídicas—, lo que se sintetiza en la necesidad de conocer al cliente. Debe recabarse toda la información, rechazando operaciones en las que no exista tal identificación o no se aporten las referencias requeridas. Debe indagarse el negocio concreto —seguimiento continuo— aplicando las medidas de diligencia normativamente dispuestas y, en su caso, rechazar la operación.

En el afán normalizador que guía el *compliance*, existen normas ISO específicas para la gestión de riesgos. Así, encontramos la norma ISO 31000:2018, que traza un nuevo marco de control del riesgo para organizaciones. Se marcan una serie importante de criterios que podrían ser considerados para valorar el riesgo de comisión de un delito (grado de exposición a un riesgo penal). Se trazan consecuentemente mapas de riesgos penales (altos, medios, bajos) e incluso de un riesgo penal inherente o bruto (alto grado de riesgo propio de la actividad de la corporación) y el riesgo residual o neto (el que resulta de la existencia de mecanismos de control bien diseñados; *compliance*).<sup>60</sup>

El mapa de riesgos partirá de las bases comunes: las definiciones y características de los delitos de lavado de dinero adaptados a las peculiaridades de cada empresa (su concreta actividad, número de trabajadores, procesos productivos, sistema de cobros y pagos, etcétera). También deben preverse medidas de vigilancia y control similares a las que deben adoptarse para prevenir otros delitos, ajustadas a las peculiaridades

<sup>58</sup> [https://www.seplac.es/wp-content/uploads/2018/03/cor\\_sector\\_de\\_entidades\\_de\\_credito.pdf](https://www.seplac.es/wp-content/uploads/2018/03/cor_sector_de_entidades_de_credito.pdf) (10/04/2020).

<sup>59</sup> [https://www.seplac.es/wp-content/uploads/2018/03/cor\\_profesionales.pdf](https://www.seplac.es/wp-content/uploads/2018/03/cor_profesionales.pdf) (10/04/2020).

<sup>60</sup> Cfr. Casanovas Ysla, A. (2017: 155 y sig.).

dades de los ilícitos aquí analizados (generación de canales de denuncia, mecanismos de sanciones internas, previsión de controles externos, códigos de conducta, *compliance officer*, etcétera).

En definitiva, estamos ante programas que garantizan la observancia de la ley y deben desarrollarse por escrito, identificando y gestionando las actividades de riesgo que puedan desarrollarse en la empresa conforme a su tipo de actividad. También debe identificarse con claridad el órgano encargado de su cumplimiento (*compliance officer*). Evidentemente, si se llega a la comisión de un delito el *compliance program* no ha funcionado plenamente en el caso concreto. Sin embargo, la exención de responsabilidad penal no exige un resultado que no se ha dado en la realidad, sino una valoración seria del programa, su idoneidad para prevenir delitos, o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (riesgo residual).<sup>61</sup>

#### 4. Bibliografía

- Abel Souto, M. (2016). “La expansión mundial de los tipos penales contra el blanqueo de dinero”, en *La expansión penal del blanqueo de dinero*, México.
- Anaya Martín, F. (2018). “La estandarización de los sistemas de gestión de *compliance* en materia penal”, en *AAVV La prevención de los delitos contra la Hacienda Pública y el blanqueo de capitales a través del compliance: Aspectos prácticos*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- Bajo Fernández, M. (2001). “¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma? A propósito de una doctrina del TEC sobre el artículo 179 LGT”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXIV.
- Bajo Fernández, M. (2012). “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C., *AAVV*, 1ª ed. Ed. Civitas, Navarra.
- Blanco Cordero, I. (2009). “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica”, en *Eguzkilore*, Núm. 23, diciembre 2009, págs. 117-138, San Sebastián.
- Blanco Cordero, I. (2015). “Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos”, en *AAVV, Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, 5ta. Edición, OEA Washington.
- Casanovas Ysla, A. (2017). *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 10601*, Navarra.
- De La Mata Barranco, N. (2013). “La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal”, en *AAVV, Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- De La Mata Barranco, N. y Hernández, L. (2013). “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en *AAVV, Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- Fabián Caparrós, E. (2015). “Internacionalización del lavado de activos e internacionalización de la respuesta”, en *AAVV, Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, 5ta. Ed., OEA Washington.
- Feijoo Sánchez, B. (2012). “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C. (2012), 1ª Ed., Civitas, Navarra.
- Ferré Olivé, J. C. (2018). “Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Ferré Olivé, J. C., Núñez Paz, M. A. y Ramírez Barbosa, P. A. (2020). *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*. 2ª Ed. Tirant lo Blanch, Bogotá, D. C.
- Galán Muñoz, A. (2017) “Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015”, Tirant lo Blanch, Valencia.
- García Caverro, P. (2018). “*Compliance* y teoría del delito: La incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal de la empresa”, en *AAVV, Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*, México.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2000). *Curso de Derecho Administrativo II* (7ª edición). Ed. Aranzadi, Madrid.
- Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2008). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*.

<sup>61</sup> No siendo posible eliminar todo el riesgo de comisión del delito, por lo menos que se aprecien riesgos que no excedan de lo tolerable. Cfr. Galán Muñoz, A. (2017: 131 y sig.).

- Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Ed. Aranzadi, Pamplona.
- Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. 4ª. Ed. Aranzadi, Pamplona.
- Gómez Tomillo, M. (2017). “La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento”, en *Revista de Administración Pública*, 203, págs. 57-88.
- González Cussac, J. L. (2015). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies”, en *AAVV, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (dir. González Cussac), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- González Cussac, J. L. (2020). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- González Rus, J. J. (2014) “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *AAVV “Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica”* Ed. Dykinson, Madrid.
- Huergo Lora, A. (2007). “Las sanciones administrativas”. Ed. Iustel, Madrid.
- Martínez- Buján Pérez, C. (2016). “Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General”. 5º ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). “Derecho Penal. Parte General”. 9ª. Ed. Valencia.
- Nieto García, A. (2007). “Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivador del Derecho Administrativo Sancionador”, en *Cuadernos de derecho local*, Núm. 14. Págs. 7-13.
- Palma Herrera, J. M. (2014). “El papel de los *compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *AAVV, Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid.
- Pereira Menaut, A. C. (2019). “¿Puede la lucha contra el blanqueo de dinero producir nihilismo jurídico?”, en *AAVV, VIº Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Ramírez Barbosa. P. y Ferré Olivé, J. C. (2019). *Compliance penal, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*. Tirant lo Blanch, Colombia.
- Rebollo Puig, M., Izquierdo Carrasco, M., Alarcón Sotomayor, L. y Bueno Armijo, A. (2005). “Panorama del derecho administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos”, en *Revista Estudios-Socio Jurídicos*, Vol. 7, Núm.1, enero/junio 2005. Bogotá.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en *AAVV Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Santiago de Chile.
- Tiedemann, K. (1988). “Die Bebüßung von Unternehmen Nach Dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, NJW 19.
- Tiedemann, K. (1993). “Lecciones de Derecho penal económico”. Ed. PPU, Barcelona.
- Zúñiga Díaz, G. y Vilca Ravelo, L. E. (2020). “La implementación de un programa de cumplimiento efectivo como eximente o atenuante de responsabilidad por infracciones administrativas”, en *Derecho & Sociedad*, 1(54), pp. 397-412. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoy-sociedad/article/view/22428>.



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES