

## ¿SIRVE DE ALGO UN PROGRAMA DE COMPLIANCE PENAL? ¿Y QUÉ FORMA LE DOY? (RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA LO 5/2010: INCERTIDUMBRES Y LLAMADO POR LA SEGURIDAD JURÍDICA)

ISMAEL CLEMENTE CASAS y MANUEL ÁLVAREZ FEIJOO  
Abogados (\*)

### ¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)

La LO 5/2010, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, introduce en nuestro ordenamiento, de modo expreso, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La reforma ha generado un alto grado de inseguridad jurídica. Este artículo se centra en dos preguntas principales. (1) ¿Sirve de algo la *compliance* penal? Esto es, ¿podrán evitar ser responsables penales las personas jurídicas que cuenten con programas adecuados de *compliance* o, por el contrario, nos hallamos ante una responsabilidad de tipo objetivo? Junto con la mayoría de la doctrina, creemos que las empresas diligentes no debieran asumir responsabilidad penal (en caso contrario, la finalidad de prevención del Derecho penal quedaría comprometida). (2) La segunda pregunta es: ¿Qué forma deben dar las empresas a sus programas de *compliance*? Ni la reforma ni ninguna otra norma positiva prevé qué concretas medidas deben adoptarse. Por ello, en este artículo se propone alguna solución que busca proporcionar un tanto de seguridad jurídica a la materia.

### What is the use of a criminal law compliance programme? And how should I shape it? (Criminal corporate liability in LO 5/2010 and call for legal certainty)

LO 5/2010, coming into force on December 23, 2010, has expressly introduced criminal corporate liability in Spain. The amendment has produced strong legal uncertainty. This article focuses in two main questions. (1) Is criminal law compliance worthwhile? That is: Will corporations with effective compliance programs be able to avoid criminal responsibility or, on the contrary, we are facing a sort of strict liability? Together with the majority of the scholars, we defend that diligent companies should not be criminally liable (otherwise the deterrence goal of the criminal law would not be honored). (2) The second question is: How should companies shape their compliance programmes? There are no specific provision in the amendment (neither in other law or soft law) on the concrete compliance obligations of companies. Therefore, in this article some solutions are proposed aiming to provide some legal certainty to this matter.

### 1 · ¿NECESITO UN PROGRAMA DE COMPLIANCE PENAL? (INTRODUCCIÓN)

Esta es, sin duda, una pregunta frecuente de las empresas a su abogado de cabecera durante los últimos meses. La empresa, el cliente, ha leído y escuchado muchas cosas en los últimos tiempos sobre la LO 5/2010, que reforma el Código Penal («CP»), y en especial sobre el nuevo artículo 31.bis que (esta vez sí, suele decirse) introduce en nuestro Derecho la responsabilidad penal de la persona jurídica para algunos delitos (o, al menos, un nuevo régimen para esta institución). El cliente ha leído artículos doctrinales y de divulgación, ha asistido a conferencias, ha recibido sobres con folletos explicativos e incluso visitas de profesionales (abogados, auditores, consultores, etc.) que le ofrecen un nuevo tipo de servicio. A través de todos esos cauces, al cliente le han llegado diferentes mensajes. Por ejemplo: a partir del día 23 de diciembre

del pasado año (fecha de entrada en vigor de la reforma) las personas jurídicas pueden cometer delitos «por vez primera». Es obligatorio legalmente dotarse, a partir de esa fecha, de algo llamado con nombre anglosajón (*compliance programme*) y que, aplicado al ámbito penal, podría traducirse como programas, planes o sistemas tendentes a evitar que se cometan delitos en el seno de la empresa. Quienes lo hagan se salvarán (más aún: tendrán su salvación garantizada). Quienes no lo hagan se condenarán (al menos es probable que eso les suceda). De tal modo que no sorprende que en la mente del cliente se haya forjado la imagen de que a partir del 23 de diciembre de 2010 un nuevo chaparrón arreciará sobre las empresas españolas, en la forma de responsabilidad penal para las personas jurídicas, y solo aquellas que hayan comprado estos paraguas tan aparentemente útiles, estos programas de *compliance* penal, serán capaces de permanecer secas.

Lo anterior puede tener su parte de verdad. Pero, creemos, cuando el cliente, tras recibir esos mensajes, entre, con cierta prisa, en el despacho de su abogado de confianza para formularle las preguntas

\* Abogados del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

lógicas (¿de verdad me sirve de algo tener un programa de *compliance* penal?, ¿y cómo lo hago, qué forma y contenido debe tener?), a nuestro juicio no vendría mal que ese abogado le rogara a su cliente que tomara asiento para poder explicarle, con cierta calma, algunas cosas. Algunos matices. Incluso (o en especial) algunas dudas e incertidumbres.

Eso mismo pretende hacer este artículo. En primer lugar, señalar las incertidumbres que arroja la nueva regulación. No existe una norma jurídica positiva que expresamente obligue a las empresas a adoptar planes de *compliance* penal. Y la reforma penal no es clara a la hora de atribuir efectos a tales esfuerzos. Más aún: no contamos tampoco con una regulación que ilustre sobre cómo deben ser esos planes, qué forma deben adoptar, cuál ha de ser su contenido, qué instrumentos de prevención y evitación de delitos son suficientes y cuáles no (¿basta con un código de conducta?, ¿o es necesario también designar a una persona específicamente dedicada a esta materia, un *compliance officer*?, ¿o acaso será necesario, adicionalmente, fomentar las denuncias de los trabajadores que detectan comportamientos irregulares, una política de *whistle-blowing*?). Por ello, en segundo lugar, propondremos alguna iniciativa para aportar un tanto de seguridad jurídica a esta materia.

## 2 · ¿SIRVE DE ALGO UN PROGRAMA DE COMPLIANCE PENAL? (INCERTIDUMBRE ACERCA DE SUS EFECTOS A LA LUZ DEL TEXTO DE LA REFORMA Y PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN)

### 2.1 · Dos opciones teóricas que estaban disponibles para el legislador de 2010 (transferencia vs. defecto de organización)

A decir de la doctrina, caben, esencialmente, dos opciones teóricas, dos métodos, a la hora de diseñar un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica:

(i) El primero de ellos suele llamarse sistema de *transferencia*. Y suele explicarse de la siguiente manera: si una persona física comete el delito en el seno de una persona jurídica (típicamente, en su nombre y/o en su provecho), la responsabilidad penal del individuo se transfiere, en principio sin más requisitos, a la sociedad. No es necesario discernir si la persona jurídica actuó («ella misma») de forma diligente o negligente, con dolo o de forma imprudente. No se

analizará su «culpabilidad» (las comillas, creemos, serán necesarias a la hora de asignar muchas de estas categorías a la persona jurídica). Basta que la persona física rellene los requisitos clásicos de la culpabilidad para que la persona jurídica responda penalmente. Desde la perspectiva de la persona jurídica, por tanto, esta regla de imputación da lugar a una suerte de responsabilidad penal objetiva del ente, una responsabilidad desconectada del dolo o la imprudencia «propios» (de nuevo creemos necesarias las comillas) de la organización. A este sistema suele asignarse también la etiqueta de sistema de responsabilidad por atribución. O modelo de imputación. O responsabilidad por hecho «de otro». Heterorresponsabilidad. Responsabilidad vicaria o subsidiaria (*vicarious liability*).

(ii) Al anterior suele oponerse otro modelo que, se dice, tiene en cuenta la «propia conducta» de la persona jurídica. Si en el modelo anterior la responsabilidad penal de una persona física era atribuida de forma directa, automática, sin más requisitos, a la persona jurídica, si se respondía por el hecho «de otro» (de la persona física autora del delito), este otro sistema, se dice, tiene en cuenta el «hecho propio» del ente jurídico, analiza su estructura interna, su organización, y (i) si ese modo de organizarse era al menos negligente, y facilitó el delito cometido en su seno, la persona jurídica responderá penalmente; mientras que (ii) si, por el contrario, no puede detectarse un fallo en la organización que coadyuvara al hecho delictivo, esto es, si el delito se cometió a pesar de, o sorteando voluntariamente los controles y medidas de prevención dispuestos por la persona jurídica, esta no asumirá responsabilidad penal. Suele llamarse a este segundo método responsabilidad por *defecto de organización*. O defecto de estructura. O sistema de culpabilidad. O responsabilidad por «hecho propio». Autorresponsabilidad.

Como bien puede colegirse, solo en el segundo modelo los programas de *compliance* penal parecen desempeñar algún papel. En el primer sistema (de transferencia), al menos en su concepción más pura, o estricta, la «propia conducta» de la persona jurídica resulta indiferente. En principio, sería irrelevante que contara con un buen programa de *compliance*, con uno malo o que no lo tuviera en absoluto. Si la persona física ha cometido un delito, el ente responde *siempre*, por el «hecho de otro».

El planteamiento anterior parece dibujar claramente el campo de batalla, y dos bandos en conflicto, y resulta, creemos, difícil sustraerse a la sensación, al menos anímica, al menos preliminar, de que también separa claramente el bando bueno, el bando respetuoso con los principios del Derecho penal (el modelo de defecto de organización), del bando malo, el bando que aniquila esos valores (el modelo de transferencia). En efecto, si muy autorizadas voces en la doctrina han señalado la violencia que supone para las instituciones clásicas y nucleares del Derecho penal (concebido solo para los individuos de carne y hueso) que este se relacione ahora con las personas jurídicas<sup>1</sup>, ¿qué no decir de un sistema, como el de transferencia, que, aparentemente, pasa por encima de una de las claves axiológicas penales, el principio de culpabilidad, específicamente el principio de personalidad de la culpa, que proscribía la responsabilidad penal por el hecho de otro? Parecería, por tanto, que el sistema de transferencia tiene perdida de antemano la batalla que se libra en el campo del respeto a los principios penales, de rango constitucional.

Ahora bien: ¿realmente es hablar con propiedad, digamos, *ontológica*, afirmar que el delito cometido por el consejero delegado de una sociedad, en nombre y en provecho de esta, es un «hecho ajeno» al ente y sostener, al mismo tiempo, que la confección de planes de *compliance* es un «hecho propio» de la persona jurídica? ¿Acaso no son también personas físicas quienes confeccionan los planes de *compliance* (y pueden hacerlo tanto bien como mal), quienes deciden cómo será la organización de una empresa, quienes en definitiva provocan con su actuar individual (solos o en colaboración con otros) los defectos de estructura del ente? ¿Acaso no hay aquí también una transferencia (se hace responder a la persona jurídica por la conducta, el menos negligente, de la persona o personas físicas que tenían a su cargo en el organigrama de la empresa la obligación de diseñar y ejecutar un buen sistema de prevención del delito y fallaron al hacerlo)? ¿Acaso no es imprescindible recurrir a la transferencia cuando se trata de enjuiciar y sancionar *cualquier* conducta de una persona jurídica, que siempre necesita de mentes y manos humanas para actuar? Volveremos sobre ello.

<sup>1</sup> Vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema». *Revista Abogados*, septiembre 2010, págs. 38 y ss.

## 2.2 · ¿Qué opción ha seguido el legislador? (No está del todo claro)

Ya se ha dicho: la *compliance* solo parece desempeñar un papel en el modelo de defecto de organización, no en el de transferencia. Por ello, para responder la primera pregunta del cliente (¿sirve de algo un programa de *compliance* penal?) resulta necesario discernir cuál de los dos (si es alguno de ellos) ha adoptado el legislador orgánico de 2010. Y ese discernimiento no parece nada fácil.

Creemos que la mayoría de la doctrina reconoce en el nuevo artículo 31.bis CP (en especial en sus apartados 1 y 2), al menos *prima facie*, en una lectura más o menos literal del precepto, un sistema, sobre todo, *de transferencia*<sup>2</sup>. Ahora bien, a pesar de reconocer lo anterior de forma más expresa o más ambigua, lo cierto es que prácticamente ningún autor considera positivo este modelo. Se prefiere ampliamente, aun de *lege ferenda*, el modelo de defecto de organización. Otros van más allá, y defienden, sobre la base de argumentos constitucionales, que el texto de la reforma debe ser interpretado, aunque la literalidad del precepto no ayude, como un sistema de defecto de organización<sup>3</sup>.

Si se acude al texto de la reforma se comprobará que, al menos formalmente, externamente, en su literalidad, para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica *se parte siempre de una persona física que ha cometido un hecho delictivo*. La nueva regulación contiene tres reglas de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica. Y, correlativamente, tres sujetos, tres personas físicas, que pueden generarla con su actuar delictivo: (i) el *top manager*; (ii) el subordinado; y (iii) una especie de inefable «persona física virtual o presunta», que

<sup>2</sup> Vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO en *op. cit.*; J-M. SILVA SÁNCHEZ: «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto». *La Ley*, n.º 7464, 9 de septiembre de 2010; y F. MORALES PRATS: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis., supresión, 33.7, 66 bis., 12, 130.2 CP)», en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, dirigido por G. QUINTERO OLIVARES. 2010.

<sup>3</sup> Vid. E. BACIGALUPO ZAPATER: «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance» (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)». *La Ley*, n.º 7442, 9 de julio de 2010.; C. GÓMEZ-JARA DÍEZ: *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Buenos Aires, 2010; y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y A. JUANES PECES: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor». *La Ley*, n.º 7501, 3 de noviembre de 2010.

actúa en subjuntivo, no identificada con nombres y apellidos.

(i) En primer lugar, el directivo, el *top manager*, quien se halla en la cúspide de la pirámide jerárquica, es una de las personas físicas que, si cometen un delito, pueden provocar que la persona jurídica asuma responsabilidad penal (acumulativa a la de la persona física). Prevé, literalmente, el nuevo artículo 31.bis.1, párrafo primero, CP: «*En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho*». Si se atiende solo a la literalidad de este precepto, aisladamente considerado, es difícil negar que estemos ante un sistema de transferencia. Basta que el *top manager* cometa el delito en representación de la sociedad, y en su provecho, para que esta responda penalmente del hecho delictivo de su representante. Ningún otro requisito se menciona expresamente. Nada se dice, en especial, acerca de que los programas de *compliance*, o algo similar, puedan servir para excluir la responsabilidad penal de la sociedad en estos casos.

(ii) El ente jurídico también puede responder penalmente de los delitos que cometa en su seno *cualquier otro empleado*. Es decir, de los delitos de un subordinado, sometido a la supervisión del *top manager*. El párrafo segundo del artículo 31.bis.1 CP dispone que: «*En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso*». Esto ya se parece más, podría decirse, al sistema basado en el defecto de organización. Si el delito lo comete el subordinado existe un requisito adicional, que no se exigía en el caso del delito del *top manager*, para hacer responsable también a la persona jurídica: que no se haya desplegado sobre el empleado «el debido control» y ello haya favorecido la comisión del hecho delictivo. Tampoco se menciona en este precepto de modo expreso nada parecido a programas de *compliance*, pero cabe pensar que en estos supuestos sí podrían desempeñar un papel. Si sobre el subordinado se

ejerció (iremos enseguida sobre esa forma impersonal del verbo) el control debido, si se fue diligente en los planes de prevención del delito y en los controles aparejados, y *a pesar de ello* el empleado cometió el hecho delictivo porque fue capaz de sortear esos controles, con el precepto transcrito en la mano la sociedad no debiera responder penalmente.

La doctrina no ha pasado por alto un detalle: lo que parece desprenderse del párrafo segundo del artículo 31.bis.1 CP es que, según el precepto, quien falla al supervisar (aunque se usa el verbo en impersonal, como se ha visto) *no es la persona jurídica sino la persona física top manager*. Por tanto, se ha dicho, esto no es sino otro tipo de transferencia. Y se ha criticado. Habría sido preferible, se argumenta, dejar claro que quien supervisa (y falla o no al supervisar) es la persona jurídica, no el directivo. Lo que da lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica no debe ser, de nuevo, la actuación supervisora de una persona física (el *top manager*) sino un defecto de la «propia» estructura del ente<sup>4</sup>. Este tipo de argumentos, esta crítica, incurre, creemos, en la falacia *ontológica* que dejamos solo sugerida más arriba. ¿Acaso la persona jurídica puede supervisar «ella sola», sin el concurso del *top manager*? ¿Con qué manos y con qué mente supervisará?

¿Acaso una sociedad mercantil puede confeccionar «ella sola» programas de *compliance* sin necesidad de que unas manos y un cerebro humanos conciban los protocolos y medidas pre-

4 Vid. El informe del Consejo General del Poder Judicial elaborado respecto del Anteproyecto de la reforma, en concreto su crítica a este párrafo segundo del artículo 31.bis.1 CP: «*Lo más relevante, sin embargo, en este contexto dualista es que solo en el segundo supuesto —responsabilidad por hechos de los empleados— prevé el Anteproyecto algo que puede entenderse como un criterio específico de imputación del hecho a la persona jurídica, cual es que los empleados hayan “podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control”. Para que este requisito pueda ser entendido como criterio de imputación a la persona jurídica de su propio hecho y por su propia culpabilidad es imprescindible [...] entenderlo como referencia a un conducta social de defecto de control u organización, y no a la omisión individual del deber de control por parte de las personas físicas correspondientes*». En sentido parecido se pronuncia F. MORALES PRATS en *op. cit.*: «*La introducción de un criterio autónomo de imputación, responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, exige la referencia que la persona dependiente cometa el delito a causa del “defecto de organización en el ente jurídico, relevante o habilitante para la comisión del hecho delictivo”*».

ventivas y los plasmen en un documento, en su caso? Exigir, como criterio de imputación penal de la persona jurídica, la identificación de un «hecho propio», distinto, separado, de la conducta de ninguna persona física, bien pudiera ser, creemos, un callejón sin salida ontológico. Es, a nuestro juicio, crear una ficción: que las personas jurídicas existen en la realidad y que actúan por sí mismas más allá de un nivel puramente jurídico, esto es, metafórico o metonímico.

Como ha apuntado algún autor, tras los párrafos primero y segundo del artículo 31.bis.1 CP parece latir la noción de *alter ego* de la persona jurídica<sup>5</sup>. Existen determinadas personas físicas que concentran tanto poder en la persona jurídica, que se identifican tanto con esta, que, hasta cierto punto, resulta en exceso artificioso hablar de dos realidades distintas, especialmente en lo que respecta al Derecho penal. Piénsese en el ejemplo extremo del administrador único y socio único de una sociedad mercantil que explota un negocio de pequeño tamaño. En tal caso, será difícil decir que la sociedad pueda vigilar a ese *alter ego* a través de programas de *compliance* (el socio único y administrador único se estaría controlando a sí mismo) o que la supervisión de los empleados recaerá en la sociedad y no en el administrador y socio. De este modo, se entiende (i) que el delito del *alter ego* es el delito de la sociedad (primer párrafo del art. 31.bis.1 CP); y (ii) que la supervisión que ejerce el *alter ego* es la supervisión que ejerce el ente (segundo párrafo). Transferencia, por tanto, al menos aparentemente, que se justificará por la estrecha proximidad entre la voluntad del *top manager* y la voluntad de la sociedad. Como es lógico, tampoco esta construcción está exenta de problemas. La solución de la *alter-ego doctrine* encaja a la perfección con el ejemplo del socio único que además es administrador único, pero es más difícil de asumir en organizaciones empresariales grandes y complejas, donde multitud de personas físicas interactúan y, en ocasiones, existen complejos juegos de poderes y contrapoderes. En especial resulta difícilmente

justificable aplicar este tipo de solución si el círculo de *alter ego*, de *top managers*, es tan amplio y ambiguo como el descrito en el primer párrafo del artículo 31.bis.1 CP. Las categorías que se mencionan son «representantes legales y administradores de hecho o de derecho». Figuras de márgenes tan imprecisos y de interpretación judicial tan amplia como «administrador de hecho» o «representante legal» provocarán, creemos, que el ente jurídico responda penalmente por personas que en absoluto pueden calificarse de «última voluntad» (o «*directing mind*») del organigrama empresarial.

(iii) Junto a las dos reglas de imputación anteriores, la reforma prevé una tercera, en apariencia distinta, en el artículo 31.bis.2 CP, primer inciso: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.» Hay quien ha visto aquí una verdadera responsabilidad de la persona jurídica por sus propios hechos, autónoma, sin necesidad de un delito previo de la persona física. No opinamos del mismo modo. Aunque en apariencia pueda pensarse que esta es una regla de imputación distinta, en realidad, es la misma regla del artículo 31.bis.1, primer párrafo, es decir: el delito del *top manager* se transfiere a la persona jurídica (no cabe entender de otro modo la referencia a “cargos o funciones”). La variante aquí es que ya no es necesario que ese directivo haya sido individualizado... ¡ni juzgado! A nuestro juicio, se trata de la norma de imputación más desafortunada de las tres. En los dos supuestos anteriores al menos pisábamos el más o menos firme suelo de la existencia de un delito cometido por una persona física. Aquí ya no. Se dice que debe «constatarse» la existencia de un delito, pero no resulta necesario individualizar al autor (persona física) ni juzgarlo. Un delito sin autor (persona física). Bastaría que el órgano jurisdiccional alcanzase una peculiar convicción: que el delito «haya tenido que cometerse» por el directivo. Ni que decir tiene que no parece encajar fácilmente con nuestro sistema procesal penal, y las garantías que lo rodean, que el órgano jurisdiccional emita juicios en subjuntivo (modo verbal que, suele decirse, expresa duda, posibilidad o necesidad, y ninguna de estas circunstancias conecta bien

5 C. GÓMEZ-JARA DÍEZ en *op. cit.*, pág. 484: «El legislador español ha adoptado en gran medida el modelo anglosajón de *alter-ego doctrine* plasmado en numerosas decisiones marco de la UE en materia penal. Expresado sencillamente, se considera que determinadas personas físicas son el *alter-ego* de la persona jurídica, de tal manera que, en cierta medida, sus comportamientos son los de aquella».

con la certeza imprescindible para destruir la presunción de inocencia, más propia de frases en indicativo: el delito se cometió o no se cometió). Aquí, al sistema de transferencia, se suma una nebulosa: el sujeto desde el que se transfiere la responsabilidad es una especie de «autor virtual», no individualizado, no juzgado. Por tanto, creemos, los problemas antes apuntados se mantienen, si no acrecientan. De nuevo, nada se dice acerca de que la diligencia «propia» de la persona jurídica pueda excluir su responsabilidad penal, ni de programas de *compliance*.

En resumen, y para responder a la pregunta que nos formulábamos en este epígrafe (¿qué sistema ha elegido el legislador de 2010, transferencia o defecto de organización?), si atendemos al tenor literal de los preceptos, el modelo de defecto de organización solo parece aproximarse a la *segunda* de las reglas de imputación, aplicable a los casos de delitos de empleados. Para supuestos de delitos de *top managers*, la letra del precepto hace difícil ver cosa distinta de un modelo de transferencia. Si esto es así, la *compliance* penal, el actuar diligente de la persona jurídica, podría resultar eficaz para excluir la responsabilidad del ente en casos de delitos de empleados pero no cuando el delito lo cometen los administradores o representantes. En este segundo caso la responsabilidad del ente sería por transferencia, automática, objetiva, desconectada de dolo o culpa «propios». ¿Implica esto la inconstitucionalidad del precepto, por instaurar un sistema de responsabilidad penal por «hecho ajeno» (cuando el delito lo comete el directivo)?<sup>6</sup>

6 Por cierto, este problema (o esta pregunta) no nace con la reforma penal de 2010. Como es sabido, previamente existían, al menos, dos formas de responsabilidad de la persona jurídica en el CP que, desde luego, se parecían bastante a la responsabilidad penal, por mucho que algunos les negaran este *nomen*: (i) las consecuencias accesorias del artículo 129 CP (que continúa vigente y aplicable a entes sin personalidad jurídica); y (ii) el polémico y derogado artículo 31.2 CP que preveía una multa solidaria para la persona jurídica en caso de condena a tal pena a un administrador o representante suyo en los casos del artículo 31.1 CP (actuación en nombre de otro en delitos especiales). En ambos casos, el problema, como decimos, era el mismo que ahora se plantea: nada decía la ley penal acerca de que la persona jurídica diligente pudiera exonerarse de responsabilidad. Sin embargo, por alguna razón, cuando se promulgaron estas normas no se encendió la «fiebre» por la *compliance* penal que ahora impera. Algunos decidieron solventar el problema dogmático con un cambio de terminología. Aquello era una responsabilidad objetiva, se decía, y como no cabe la responsabilidad penal objetiva debía de tratarse de algo distinto, como una suerte de «responsabilidad civil» o «responsabilidad por deuda de derecho público» (Vid., en este sentido J.M. SILVA SÁNCHEZ

### 2.3 · Si el legislador ha instaurado un sistema de transferencia, ¿es ello inconstitucional? (Creemos que no, al menos no por violación del principio de culpabilidad)

(1) Una pregunta que podemos hacernos es si nos parece bien o mal la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Muchos coincidirán al responder que los movimientos sísmicos que provoca en las categorías clásicas del Derecho penal no salen a cuenta, que se podría haber conseguido lo mismo instaurando sanciones administrativas (como en el caso italiano), pero, se piense lo que se piense, la responsabilidad penal de la persona jurídica ya está aquí, y para quedarse, con lo que la pregunta parece poco práctica. (2) Otra pregunta diferente es si, de *lege ferenda*, preferimos el modelo de transferencia o el basado en un defecto de organización. Como se ha dicho, la doctrina prefiere de modo casi unánime el segundo (nosotros también). (3) Otra pregunta es, al margen de nuestras preferencias, cuál de los dos sistemas ha adoptado el legislador de 2010. Como se ha visto, en cuanto a delitos cometidos por administradores y representantes (art. 31.bis.1, primer párrafo, CP), si se considera la literalidad del precepto, aisladamente, el modelo adoptado claramente parece el de transferencia. (4) Y aun otra pregunta distinta, y adicional, es si esa responsabilidad penal objetiva, por transferencia, de la persona jurídica (en los casos de delitos cometidos por sus directivos) resultaría inconstitucional.

Para un sector doctrinal esa responsabilidad objetiva, en efecto, sería inconstitucional. La argumentación que se hace es, en esencia, la siguiente. La responsabilidad penal solo puede derivar de un hecho propio. La responsabilidad por hecho ajeno está proscrita en Derecho penal, se opone al principio de culpabilidad, de rango constitucional. Si se interpreta el párrafo primero del artículo 31.bis.1 CP en el sentido de que basta el delito del directivo para que la persona jurídica responda penalmente (si aquel actuó en representación y en provecho de esta), si no se exigen más requisitos para condenar penalmente a la sociedad, si es irrelevante el dolo o la culpa «propios» de la empresa, si es indiferente que cuente con un buen plan de *compliance* o que

e I. ORTIZ DE URBINA GIMENO: «El art. 31.2 del Código Penal ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?». *Indret* 2/2006. Barcelona, abril de 2006, [www.indret.com](http://www.indret.com)). Cambiado el nombre, parecía, resultaba tolerable la objetivación de la responsabilidad.

carezca de él, ello equivaldría a hacer responder a un sujeto (la entidad) del delito de otro (el directivo), en contra del principio de culpabilidad, en concreto del principio de personalidad de la culpa. Como ese principio tiene rango constitucional, el precepto, al menos en la interpretación descrita (que conduce a la responsabilidad penal objetiva de la entidad), resultaría contrario a la Norma Fundamental. A partir de ahí, y para salvar la constitucionalidad del precepto (entendemos), un sector de la doctrina ha propuesto lo que, en terminología de jurisprudencia constitucional, podría calificarse, creemos, de una suerte de *interpretación conforme*, esto es, un modo de interpretar el precepto que, sin ser contrario a la letra de la ley, excluye aquellas interpretaciones que caben en el tenor literal pero se oponen a la Constitución y salva aquellas otras que, igualmente estarían dentro de lo permitido por el texto de la reforma, pero son respetuosas con los principios constitucionales. Así, se ha propuesto entender que en el párrafo primero del artículo 31.bis.1 CP habría un *requisito adicional implícito*. Para condenar penalmente a la persona jurídica, además de comprobar que el directivo cometió el delito mientras actuaba en representación y en provecho de la entidad, sería necesario acreditar *que la propia entidad es culpable*, que actuó, al menos, con negligencia. Sería necesario identificar su «propia conducta», un «hecho propio» del ente, y hacer un juicio de culpabilidad autónomo, distinto del realizado sobre la persona física. De tal modo que, por ejemplo, si la entidad se había dotado con un buen plan de *compliance*, si había desplegado controles *a priori* eficaces sobre sus directivos y, a pesar de ello, el delito se cometió porque el directivo sorteó esos controles, la sociedad no respondería penalmente. Pese al tenor literal del artículo 31.bis.1 párrafo primero<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Vid. E. BACIGALUPO ZAPATER, en *op. cit.*, que escribe antes de la entrada en vigor de la reforma, y afirma que, si el precepto que comentamos no se modifica para incluir el requisito de culpabilidad de la persona jurídica de modo expreso, «Siempre sería posible entender que en el supuesto de los hechos de sus representantes legales, administradores o empleados que obren en nombre o por cuenta de la misma, el requisito legitimante de la culpabilidad de organización está implícito». En similar sentido, vid. C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, en *op. cit.*, pág. 490: «En cualquier caso, y constatado lo anterior, estos comportamientos de personas físicas, sólo pueden considerarse como presuuestos de la responsabilidad de las personas jurídicas, pero no como su fundamento. En efecto, resulta absolutamente reconocido en la dogmática y la jurisprudencia que el Derecho penal prohíbe la responsabilidad por el hecho ajeno. Si se exige algún tipo de hecho propio de una persona física representada para que la actuación de su representante le genere responsabilidad, lo mismo debe exigirse respecto de la persona jurídica». Y aún citaremos tam-

A. NIETO MARTÍN se ha opuesto a esa posición doctrinal y no considera que un modelo de transferencia sea inconstitucional<sup>8</sup>. En su opinión, a nuestro juicio acertada, un sistema de responsabilidad penal objetiva para la persona jurídica no atenta contra el principio de culpabilidad. Y el argumento que emplea el autor pone, creemos, el dedo en la llaga del problema: los seres humanos y las entidades jurídicas son realidades muy distintas. Y, por más que el Tribunal Constitucional haya sido generoso al respecto, resulta hasta cierto punto problemático asignar a las segundas de forma automática todos y cada uno de los derechos fundamentales que ostentan las personas físicas. Según el autor, el principio de culpabilidad, o el derecho que este otorga a los ciudadanos (el derecho, podríamos decir, a no ser condenado penalmente sin dolo o culpa propios), es un derecho fundamental, estrechamente relacionado con la dignidad humana, cuya expresión podría ser la necesidad de que el ser humano sea tratado como sujeto, «*que no sea degradado a la categoría de objeto*». Por ello, y porque no cabe entender que las personas jurídicas sean titulares de esa dignidad humana (en tanto que son objetos, creados por el Derecho al servicio de los hombres), el principio de culpabilidad no puede proyectar sobre estas las mismas garantías que sobre las personas de carne y hueso<sup>9</sup>.

bién a N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y A. JUANES PECES, en *op. cit.*: «Para la exigencia de la responsabilidad penal a una persona jurídica no basta con que la acción delictiva se realice por un administrador o representante legal y que concurren los elementos de conexión que han sido examinados, sino que se requiere algo más, aunque el párrafo primero del apartado primero del art. 31 bis lo silencie: la culpabilidad de la persona jurídica, ya que se trata —conviene reiterarlo— de una responsabilidad propia, es decir, de la entidad por actos suyos y no de otros (si bien es cierto que la responsabilidad de la sociedad está condicionada a que otro —en este caso, el administrador o representante legal— delinca, pero ello constituye una cuestión distinta)».

<sup>8</sup> Vid. A. NIETO MARTÍN: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid, 2008.

<sup>9</sup> Vid. A. NIETO MARTÍN, *op. cit.*, págs. 117-118: «Si los fundamentos del principio de culpabilidad son los que acaban de mencionarse [esto es, la dignidad humana], resulta cuestionable entender que la culpabilidad de las personas físicas y jurídicas tenga la misma relevancia y contenido constitucional. Las personas jurídicas son precisamente medios, objetos, puestos al servicio del hombre para que pueda alcanzar determinados fines. Resulta difícil por ello pretender que gocen de un derecho derivado de la dignidad, valor que se opone precisamente a la objetualización de la persona. Es cierto que, precisamente, en cuanto medios según la jurisprudencia constitucional gozan de derechos fundamentales. Pero como consecuencia de esa instrumentalidad, y al menos en lo que concierne a la culpabilidad, también se acaba difuminando el ataque a la dignidad que supone el sistema de responsabilidad objetiva directamente aplicado a las personas físicas».

El discurso del autor citado sugiere, pero quizá no llega a mostrar del todo, el argumento que nos parece fundamental: existe, podríamos decir, una *dificultad ontológica* para aceptar que el principio de culpabilidad pueda aplicarse a las entidades del mismo modo que a las personas de carne y hueso. Se dice, por los partidarios de la culpabilidad de las entidades jurídicas, que estas solo pueden ser sancionadas penalmente por un «hecho propio» y no por un «hecho ajeno», cual es el delito de un directivo. Como ejemplo de hecho propio de la persona jurídica se suele identificar un «defecto de organización». Esto es, la «conducta» del ente consistente en dotarse de una determinada estructura organizativa si se ve como un «acto propio» susceptible de ser o no culpable. Si la sociedad «se dotó» de una estructura deficiente, que favorecía la comisión de delitos por parte de sus empleados y sus directivos (esto es, las personas del párrafo primero del art. 31.bis.1 CP), la entidad será, al menos, negligente y resultará justificado, a la luz del principio de culpabilidad, sancionarla penalmente. Por el contrario, si el ente «se dotó» de controles adecuados, de un eficaz plan de *compliance*, y el empleado o directivo cometió el delito sorteando esas cautelas, la sociedad no será responsable de esos «actos ajenos» porque «ella» actuó diligentemente. Ahora bien, ¿acaso los planes de *compliance* no son concebidos, redactados y ejecutados por personas físicas?<sup>10</sup> ¿Acaso la persona jurídica no necesita de mentes y manos humanas para «dotarse» de una determinada estructura organizativa? ¿Acaso no son, desde el punto de vista ontológico, «actos ajenos» a la sociedad tanto el delito fiscal cometido a través de las cuentas falsas aprobadas por el consejo de administración como el concreto plan de *compliance* aprobado por ese mismo órgano social? Pedir, a fin de salvaguardar el principio de culpabilidad, la identificación de un «acto propio» de la sociedad distinto

de los actos de las personas físicas que actúan dentro de ella o en su nombre es, creemos, un imposible ontológico. Y calificar el delito del *top manager* de «acto ajeno» y la confección del plan de *compliance* de «acto propio» puede ser, al menos en muchos casos, una contradicción ontológica. La persona jurídica siempre actuará a través de mentes y manos humanas. Como siempre se dice (pero quizá se olvida en ocasiones), la persona jurídica es una ficción, una creación del Derecho, una entidad convencional<sup>11</sup>. Creer que realiza «actos propios» desde el punto de vista ontológico (el que se suele adoptar al hablar en clave de principio de culpabilidad) puede ser, en definitiva, acabar creyendo que la ficción se ha tornado real. El personaje de L. Frank Baum, el Mago de Oz, adoptaba distintas apariencias, por ejemplo una voz estruendosa, pero detrás de ella no había sino un ciudadano de Omaha con un micrófono. El mago no podía hablar sin que ese señor bajito utilizara el micrófono. Del mismo modo, la persona jurídica no puede actuar sin el concurso de una persona física. No puede elaborar planes de *compliance* «ella sola». Difícil separar «actos propios» de «actos ajenos», la divisoria que marcan los términos del debate entorno al principio de culpabilidad. Se podrá, eso sí, ampliar la ficción. Si la persona jurídica es una ficción, una construcción convencional, también se podrá acordar, se podrá regular, convencionalmente, que, a efectos de culpabilidad penal, cuando el administrador único de una compañía redacte un plan de *compliance* ello constituirá un «acto propio» de la sociedad, pero cuando ese mismo administrador único cometa un delito en nombre y en provecho del ente ello será un «acto ajeno» de la persona jurídica. Ahora bien, relacionar esa construcción convencional con los derechos fundamentales, o presentarla como exigencia de estos, o como exigencia derivada de algo más que de soluciones prácticas (del principio de culpabilidad, de la dignidad de la persona, etc.), resulta, nos parece, bien complicado<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Vid., en este sentido, J-M. SILVA SÁNCHEZ: «El modelo de responsabilidad por hecho propio no requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa. Dicha responsabilidad se trata de fundamentar en la constatación de una culpabilidad por defecto de organización de la propia persona jurídica. Ahora bien, de entrada debe señalarse que resulta más que dudoso si la culpabilidad por defecto de organización es expresión de una culpabilidad en sentido estricto de la persona jurídica o, por el contrario, una regla de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el hecho culpable de las personas físicas que, en el seno de la misma, infringen los deberes de organización y vigilancia que recaen sobre ellos» (en «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto». *La Ley*, n.º 7464, 9 de septiembre de 2010).

<sup>11</sup> Vid. L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS: «Cuando hablamos de personalidad jurídica, de personas jurídicas, ha de partirse de un dato esencial; y es que el término persona se usa en un sentido meramente traslativo, porque persona únicamente lo es el hombre, ser dotado de inteligencia y voluntad. [...] La persona jurídica es siempre, en última instancia, obra del Estado» (en *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. Madrid, 1993. págs. 617-618).

<sup>12</sup> Por otro lado, los defensores de la, digamos, relevancia constitucional del modelo de culpabilidad tendrán que dar explicación, parece, al contrasentido que supone, si se lleva su postura hasta el final, que la persona jurídica pueda responder, sobre la base de una negligencia, por un delito doloso. Así



En conclusión, si bien el modelo de culpabilidad parece mejor a la doctrina (y a nosotros) que el modelo de transferencia, este último, de interpretarse que ha sido el elegido por el legislador para los delitos de directivos (primer párrafo del art. 31.bis.1 CP), no resultaría, a nuestro juicio, inconstitucional por violación del principio de culpabilidad, por hacer responder a la entidad del «hecho de otro», pues la entidad siempre actúa a través de un «hecho ajeno», de la conducta de una o varias personas físicas.

#### **2.4 · ¿Existen otros argumentos, distintos del respeto al principio de culpabilidad, para interpretar que la reforma penal ha implantado, en alguna medida, un sistema basado en el defecto de organización? (Una respuesta a la luz del objetivo de prevención del Derecho penal)**

Si, como hemos defendido, la atribución de responsabilidad penal objetiva a las personas jurídicas por los delitos de sus *top managers* difícilmente será inconstitucional por violación del principio de culpabilidad, cabe preguntarse si existen otros argumentos, distintos del descartado, para entender que, pese al tenor literal del párrafo primero del artículo 31.bis.1 CP, el precepto puede ser interpretado como instaurador de un sistema de responsabilidad penal por defecto de organización (y no vicarial). Esto es, si cabe entender, de modo implícito, que la norma excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas «diligentes». Y en ese proceso hermenéutico será legítimo recurrir a todos los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil.

En esta línea, la doctrina ha aportado algunos criterios hermenéuticos que nacen del contraste entre la norma que tratamos de interpretar y el contexto normativo en el que se halla, esto es, del contraste entre el párrafo primero del artículo 31.bis.1 CP y otros apartados del mismo artículo. Así, se ha visto en esos otros apartados rasgos, indicios, de que el legislador ha instaurado realmente un sistema de

responsabilidad penal *autónoma* de la persona jurídica, no vicaria de la responsabilidad penal de sus directivos. En este sentido, se destaca: (i) que el artículo 31.bis.3 establece que las circunstancias que atenúen o agraven la responsabilidad penal de la persona física que materialmente cometió el delito (o que no supervisó a quien lo cometió) no serán comunicables a la persona jurídica; (ii) que, como se ha dicho, el artículo 31.bis.2 contiene una regla de imputación penal a la persona jurídica cuando el delito «haya tenido que cometerse» por un *top manager*, pero sin necesidad de individualización o condena a este; y (iii) por último, y destacadamente, que entre las atenuantes previstas específicamente para la persona jurídica, se halla, precisamente, la elaboración de planes de *compliance* penal tras la comisión del ilícito penal con vistas a que este no vuelva a cometerse (art. 31.bis.4.d) CP, de hecho, es el único lugar donde la reforma remite con claridad al concepto de *compliance*), de modo que, se dice, en coherencia valorativa, y *a fortiori*, que esos planes existan antes del delito debería excluir la responsabilidad penal de la entidad<sup>13</sup>. Por tanto, descartando un análisis aislado, e interpretando el párrafo primero del artículo 31.bis.1 CP de forma sistemática, en armonía con las normas que lo rodean, se concluiría que el legislador no ha instaurado un sistema de «heterorresponsabilidad», sino de «autorresponsabilidad», y que debe entenderse, de modo implícito, que las personas jurídicas que se han dotado de planes idóneos de *compliance* no responderán tampoco de los delitos de sus directivos.

A nuestro juicio, cabe alcanzar conclusiones semejantes a través de, aún, otro camino hermenéutico (también distinto del principio de culpabilidad): la interpretación de la norma a la luz de la *finalidad* que persigue. Parece claro que el párrafo primero del art. 31.bis.1 CP es una norma penal. Y también es comúnmente aceptado que uno de los fines del Derecho penal («una de las bases que legitiman el uso de la pena», según S. MIR PUIG<sup>14</sup>) es la prevención, y entre sus modos se halla la prevención general, y aun más específicamente la prevención general negativa. Esto es, la amenaza de la pena sirve, o debe servir, de elemento de coacción, de intimidación, para que los ciudadanos se abstengan de

sucedería, por ejemplo, en el caso del empleado que comete una estafa en el seno de una persona jurídica que «ha sido negligente» por no implantar controles suficientes para que ese delito no se cometa. En palabras de J-M. SILVA SÁNCHEZ: «Resulta discutible que lo transferido a la persona jurídica sea una «omisión del debido control» —en principio, imprudente— y ello dé lugar a una responsabilidad dolosa de la persona jurídica» (en *op. ult. cit.*)

<sup>13</sup> Vid. C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, págs. 489-490, donde se emplean, creemos, los tres argumentos citados.

<sup>14</sup> Vid. S. MIR PUIG: *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires. 2008, pág. 84.

cometer hechos delictivos, para que el número de delitos se reduzca, para desincentivar la comisión de ilícitos penales. Pues bien, *el fin preventivo está estrechamente asociado, creemos, a un sistema sancionador basado en la culpa y difícilmente se ve favorecido por un sistema de responsabilidad objetiva.*

Quienes han estudiado esta dialéctica (responsabilidad por culpa vs. objetiva) en el ámbito de la responsabilidad civil ya han sugerido lo anterior. La responsabilidad sin culpa de las compañías, por la mera causación de un daño, se relaciona más con fines como la redistribución social de costes que con el fin preventivo. En efecto, para justificar la existencia de una responsabilidad objetiva, desconectada del concepto de culpa, en el caso de actividades peligrosas, la jurisprudencia civil, y los comentaristas, suelen citar el aforismo *cuius commoda, eius incommoda*; esto es, un criterio de reparto de costes y beneficios sociales, quien se beneficia del producto de la actividad peligrosa debe asumir también los costes sociales (en forma de daños a terceros) que produce (además de criterios de justicia, en teoría, el análisis económico del Derecho lo aconseja: ello resultaría socialmente más eficiente, al provocar que la empresa incorpore esos costes en sus análisis internos)<sup>15</sup>.

Lo anterior (la *strict liability*) poco tiene que ver, pensamos, con la prevención general, con la capacidad de motivación de la sanción. Si, ante un resultado dañoso, se hace responder a la entidad diligente exactamente igual que a la entidad descuidada, no parece descabellado pensar que la primera perderá incentivos para seguir siendo respetuosa con la ley, especialmente cuando la producción del resultado dañoso no depende enteramente de la «voluntad de la empresa» o de su diligencia, cuando el resultado dañoso puede producirse en la realidad pese a los esfuerzos en prevención de la compañía. Piénsese en dos empresas, dos fábricas, vecinas en la misma calle del mismo polígono industrial. Una de ellas cumple admirablemente

con la normativa de seguridad en el trabajo (lo que implica un gasto considerable cada año) y la otra la ignora de forma grosera (lo que, en la práctica, supone un ahorro económico). Se producen sendos accidentes de trabajo con fallecimiento en cada una de ellas y, las autoridades, ya sean administrativas o penales, imponen a ambas empresas exactamente la misma sanción. Como decimos, al conocer el caso de la empresa vecina, no resulta extraño que la empresa cumplidora se cuestione muy seriamente si está justificado el coste que implica cumplir la ley (recordemos que se pueden seguir produciendo accidentes en la empresa pese a que esta cumpla con la normativa de prevención de riesgos laborales).

Lejos de ser un ejemplo de laboratorio, la experiencia dice que lo anterior sucede cotidianamente en el ámbito de los delitos (e ilícitos administrativos) contra la seguridad de los trabajadores. Un ámbito, por cierto, que puede servir de referencia en nuestro país como entorno donde el binomio «*compliance* vs. responsabilidad» lleva provocando fricciones, al menos, desde que entró en vigor la Ley 31/1995 (y que, sorprendentemente, no ha sido incluido por el legislador de 2010 entre los delitos que dan lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica). Sucedido el accidente de trabajo, en la práctica, en el ámbito administrativo se sanciona siempre (o casi siempre) al empleador. Y como el acta de infracción de la Inspección de Trabajo se desliza como prueba pericial de singular peso en el proceso penal, en muchas ocasiones esa *strict liability* también acaba proyectándose sobre las personas físicas imputadas (a través de expedientes de objetivación de la responsabilidad tales como la exacerbación de la diligencia debida —propiciada por la ambigüedad de la normativa laboral— o de la asunción acrítica en el ámbito penal de obligaciones laborales como la contenida en el artículo 15.4.º de la Ley 31/1995, que hace responder al empleador de las negligencias no temerarias del empleado). Por tanto, en la práctica, ante el acaecimiento de un accidente de trabajo, no pocas veces la empresa o incluso el directivo persona física que cumplen con sus profusos deberes de *compliance* resultan sancionados exactamente igual que los incumplidores. Quizá porque, también en la práctica, en el ánimo de los órganos jurisdiccionales pesa ese objetivo más o menos inconfesado de la reparación del daño en todo caso al que tan idóneamente sirve la responsabilidad objetiva. Pues bien, esta deriva objetivista de la responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo ha provocado,

<sup>15</sup> Vid., por ejemplo, V.L. MONTES PENADÉS: «Causalidad, imputación objetiva y culpa en la concurrencia de culpas», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II. En concreto cuando el autor diferencia dos campos dentro de la responsabilidad extracontractual: «*El de la culpa y el del riesgo, en que ya no se trata de justicia conmutativa, sino de justicia distributiva, esto es, de la necesidad de distribuir adecuadamente la riqueza, poniendo a cargo de determinados agentes u operadores las consecuencias que eventualmente lesivas de su actividad no por razón de una sanción del comportamiento sino por necesidad de distribución de la riqueza.*»

creemos, y así se ha dicho<sup>16</sup>, una pérdida de incentivos de las empresas para cumplir con la ley. Esto mismo puede suceder en lo sucesivo con la responsabilidad penal de la persona jurídica si esta se interpreta en clave de *strict liability*.

Por cierto, en el mundo anglosajón, en especial en Estados Unidos, donde la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya tiene un pasado a sus espaldas, y donde hasta la fecha se aplica como responsabilidad sin culpa, ya han surgido voces que cuestionan la bondad de continuar por la misma senda. Y se cuestiona, precisamente, a la luz de la finalidad de prevención (*deterrence*) del Derecho penal. Se ha dicho que sancionar a la empresa cumplidora, la que tiene un buen plan de *compliance* para prevenir delitos, no tiene sentido a la luz del objetivo preventivo del Derecho penal, pues tal entidad no necesita ser motivada para actuar de modo distinto. Sancionar al cumplidor envía el mensaje contrario al deseado: que ninguna buena acción queda sin castigo<sup>17</sup>.

Por tanto, creemos que el primer párrafo del artículo 31.bis.1 CP debe interpretarse, también, a la luz de un criterio teleológico, de la específica finalidad preventiva del Derecho penal. Bajo esta perspectiva, el sistema de responsabilidad que instaura no debiera ser, a nuestro juicio, un modelo que hiciera, de hecho, imposible motivar al sujeto destinatario de la norma hacia el cumplimiento del Derecho. Un modelo que desincentive la evitación del delito. Y en esto, creemos, claramente pueden diferenciarse dos situaciones en función del tipo de persona jurídica (y del tipo de directivo) que se contemple. (1) Si el *top manager* autor del delito es un verdadero *alter ego* en sentido estricto de la persona jurídica (el caso del administrador único y socio único de la

compañía pequeña, y asimilados), el fin preventivo del Derecho penal vendría satisfecho por la norma penal específica que se dirige a la persona física (según el delito que esta haya cometido), y hablar de la necesidad de motivar a la persona jurídica como algo separado pudiera resultar, como se dijo en apartados precedentes, en exceso artificial, porque la persona física y la jurídica, a estos efectos, son lo mismo (no son sujetos distintos a efectos de su capacidad de motivación por la norma penal). (2) Ahora bien, para el resto de casos que también caben en el párrafo primero del artículo 31.bis.1 CP, es decir, para delitos cometidos por directivos (administradores y representantes) en entidades donde existe una pluralidad de voluntades de personas físicas, con juegos de poderes y contrapoderes que confluyen, es decir, en la mayoría de organizaciones complejas, un sistema de responsabilidad penal objetiva de la persona jurídica no serviría al fin de prevención del Derecho penal. El resto de personas físicas con capacidad decisoria, distintas del directivo autor del delito, no tendrían incentivos para evitar la comisión del delito. Por ello, creemos, cabe interpretar, conforme a este criterio teleológico, que la norma, en efecto, cuando se refiere a delitos cometidos por directivos distintos del verdadero *alter ego* (en sentido estricto) de la entidad, exige un requisito adicional para que la persona jurídica responda penalmente: que esta no haya desplegado la diligencia debida, razonable, exigible, para evitar el delito cometido. *Si en estos supuestos la entidad fue diligente y pese a ello el delito se cometió, aquella no deberá asumir responsabilidad penal so pena de subvertir el fin de prevención de la norma penal, pues con un sistema de strict liability la sociedad cumplidora perderá incentivos para seguir cumpliendo y la incumplidora carecerá de ninguno para cambiar de actitud.*

Además, como ha dicho la doctrina, y la propia jurisprudencia constitucional, cabe buscar también un anclaje constitucional al fin de prevención general de la pena (por más que el art. 25.2 de la Constitución Española parezca referirse de modo expreso solo a la prevención especial)<sup>18</sup>, con lo que podríamos estar, si se mantiene la interpretación en clave de responsabilidad penal objetiva para la persona jurídica, ante la posible inconstitucionalidad

<sup>16</sup> Vid. C.L. ALFONSO MELLADO: «La culpabilidad como fundamento de la responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral». *Aranzadi Social*, n.º 14/2003 (Estudio). Pamplona. 2003. En palabras del autor, «*Si se mantiene un grado excesivo de objetivación, las responsabilidades se convertirán en elemento desincentivador de la prevención, algo que no sólo no es deseable sino que contradice abiertamente la finalidad prevencionista de la LPRL [...]*».

<sup>17</sup> Vid. A. WEISSMAN y D. NEWMAN: «Rethinking Criminal Corporate Liability». *Indiana Law Journal*. Vol. 42:411. 2007. Así: «*Imposition of corporate liability where a corporation has taken all reasonable steps to deter and defect the criminal conduct of its employee furthers none of the goals of the criminal law. Such a corporation does not need to be specifically deterred. [...] If anything, the conviction would send to corporations with effective compliance programs the opposite message, that no good deed on their part will go unpunished. In short, there is nothing to deter, generally or specifically*».

<sup>18</sup> Vid. STC 150/1991: «*Tampoco la Constitución erige la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituyan, asimismo, una finalidad legítima de la pena...*».

del párrafo primero del artículo 31.bis.1 CP no derivada de su oposición al principio de culpabilidad sino por esta otra razón.

### **2.5 · A modo de conclusión de lo expuesto hasta aquí: la *compliance* penal sí sirve de algo... o debiera servir (aunque también puede producir efectos secundarios)**

La reforma penal solo cita expresamente la *compliance* (o algo muy similar) para decir que servirá de *atenuante* si se adopta tras la comisión del ilícito penal.

¿Y la que se adoptó antes de la comisión del delito? Si el delito lo cometió un empleado, un subordinado, el texto de la reforma permite entender que la *compliance* puede ser eficaz para *excluir* la responsabilidad penal de la persona jurídica. Pero si el delito lo cometió un *top manager* (un administrador o representante), nada en el tenor literal de la norma sugiere que aquí la diligencia de la persona jurídica pueda excluir su responsabilidad penal.

Según la literalidad de la ley, por tanto, la *compliance* no desempeñaría papel alguno en los delitos de directivos. Un importante sector de la doctrina entiende que esta interpretación no puede ser acogida, pues vulneraría el principio de culpabilidad (el ente no respondería de un «hecho propio» sino de un «hecho ajeno», el del directivo), y resultaría, por ello, inconstitucional. Para superar esa dificultad, se propone entender que en el precepto existe un requisito implícito: para que la persona jurídica responda penalmente del delito de su directivo es necesario que la entidad tenga un defecto de organización. La *compliance* idónea, adecuada, sí tendría un efecto excluyente de responsabilidad: la entidad diligente no responderá.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la conclusión anterior (la *compliance* idónea debe excluir la responsabilidad penal de la sociedad también en el caso de delitos de directivos), pero no porque la interpretación literal del precepto vulnere el principio de culpabilidad (resulta imposible identificar un «hecho propio» de una persona jurídica que no necesite el concurso de una persona física), sino porque se opone al fin de prevención del Derecho penal: si la entidad cumplidora recibe la misma sanción que la incumplidora, nadie tendrá incentivos para cumplir. Con todo, en supuestos donde no tenga sentido hablar de persona física y jurídica como sujetos distintos a efectos de su capacidad de motivación por

la norma penal (por ejemplo: el caso del socio único y administrador único de una pequeña empresa), la *compliance* difícilmente podrá excluir la responsabilidad penal de la entidad.

Ahora bien, la interpretación relevante será la que acojan los tribunales. Hasta que estos no adopten y consoliden un criterio, desafortunadamente, imperará la inseguridad jurídica. Por ello, y entretanto, como se dice en los apartados siguientes, resultaría muy conveniente adoptar alguna solución, ya sea legislativa o paralegislativa, que resuelva esta incertidumbre (entre otras), que expresamente se pronuncie sobre si la diligencia de la sociedad servirá para excluir su responsabilidad penal y en qué casos. Dada la gravedad de las consecuencias, esperar a que exista un criterio jurisprudencial consolidado puede ser esperar demasiado.

Acabamos de decir que, a nuestro juicio, la *compliance* penal sí sirve de algo, o debiera servir si los tribunales adoptan la interpretación que consideramos más razonable. Con todo, junto a esos efectos positivos, la *compliance* penal puede generar algunos *efectos secundarios*. Su análisis pormenorizado excedería de los márgenes de este trabajo, pero dejamos apuntados algunos de ellos:

(i) *Posible fuente de responsabilidad penal para las personas físicas*. Los planes de prevención del delito, a buen seguro, asignarán determinados deberes a personas físicas (típicamente, a los *compliance officers*, pero no solo a ellos), y posiciones de garante, cuya infracción podrá generar, en su caso, responsabilidad penal para las personas físicas por delitos (en principio) imprudentes. Piénsese en la acusación por delito medioambiental negligente dirigida contra el *compliance officer* de una empresa donde se produce un vertido peligroso para el ecosistema porque aquel omitió por descuido su deber de controlar los parámetros de vertido (o en asignar a alguien la responsabilidad de que lo hiciera). Algo similar viene sucediendo en la práctica, de nuevo en el ámbito de los delitos contra la seguridad de los trabajadores, con los técnicos de prevención de riesgos laborales y cargos asimilados.

(ii) *Elevación del listón de diligencia exigible a la persona jurídica (y a la persona física)*. Como se dirá más adelante, no existe una norma que ilustre sobre cómo deben ser los planes de *compliance*. Por ello, cabe elegir entre un catálogo amplio de soluciones (generalmente la inspiración se busca en el Derecho comparado). La empresa que opte por la solución más cómoda

(digamos, limitarse a elaborar un código de conducta) se arriesga a que los tribunales, el día de mañana, la juzguen insuficiente. Pero la entidad que se imponga a sí misma obligaciones muy ambiciosas estará elevando por sí misma el estándar de diligencia por el que será evaluada en el futuro (y ello en ausencia de una norma jurídica positiva que imponga ese estándar). Además, como se ha dicho, ese estándar servirá, nos tememos, para medir la responsabilidad de las propias personas físicas a las que los planes de *compliance* asignen deberes.

(iii) *Conflictos de interés*. No es difícil imaginar que, *en primer lugar*, habrá casos en que la entidad decida que su mejor defensa pasa por demostrar que el directivo o empleado que cometió el delito lo hizo sorteando los controles dispuestos por la entidad. Si esto es así, el potencial conflicto de intereses entre las defensas del directivo o empleado y la sociedad está servido (hasta ahora ello era, quizá, más difícil: la posición clásica de la entidad como responsable civil subsidiario hacía que, normalmente, sus intereses corrieran paralelos a los del imputado persona física, pues la inexistencia del delito era buena defensa para ambos). *En segundo lugar*, otro tipo de conflicto tal vez pueda presentarse si la entidad externaliza la elaboración de los planes de *compliance*. En el ámbito de la seguridad en el trabajo (que de nuevo sirve, creemos, de test de laboratorio), no es infrecuente que la empresa se defienda alegando que encargó el plan de prevención a un especialista externo y que con ello salvó su deber de diligencia (si el plan está mal confeccionado será, en su caso, responsabilidad del especialista externo). Cabe esperar, pensamos, que las personas jurídicas que externalicen la elaboración de sus planes de *compliance* penal recurran a argumentos parecidos y, por tanto, que puedan plantearse conflictos entre las defensas de quien encargó el plan y quien lo elaboró.

### 3 · ¿Y QUÉ FORMA LE DOY? (¿CÓMO DEBE REALIZARSE E IMPLEMENTARSE UN PROGRAMA DE COMPLIANCE PENAL PARA QUE TENGA EFECTOS JURÍDICOS?)

#### 3.1 · Situación actual: *inseguridad jurídica*

Nos hemos ocupado hasta aquí de la primera pregunta del cliente, ¿sirve de algo un programa de

*compliance* penal? Y hemos dicho que, a nuestro juicio, y a juicio de la doctrina, sí debiera servir de algo. En concreto, un programa idóneo, adecuado, de *compliance* penal debiera servir, entre otras cosas, para excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica en la mayoría de los casos (y en los términos expuestos). También hemos dicho que, pese a la opinión de la doctrina (y pese a que alguno de esos autores ocupa, al mismo tiempo, destacados cargos judiciales), hasta tanto no exista un criterio jurisdiccional consolidado sobre la materia lo que imperará será la inseguridad jurídica, algo que no es infrecuente en el llamado Derecho penal moderno<sup>19</sup>. Por ello, como defenderemos en esta parte del artículo, resulta deseable, o más que deseable, que se adopte alguna solución legislativa o paralegislativa que aclare los efectos de la *compliance* penal, que aclare si la diligencia de la persona jurídica puede excluir su responsabilidad penal y en qué casos.

Pero, respondida la primera pregunta, y aceptando que la *compliance* penal pueda resultar positiva, el cliente formulará, a buen seguro, una segunda cuestión: *¿y qué forma le doy? ¿Cómo se hace?* La respuesta a las cuestiones acerca de cómo deben ser esos planes de prevención de delitos, qué forma deben adoptar y cuál tiene que ser su contenido para alcanzar plenos efectos exoneratorios, nos sitúa, de nuevo, en un ámbito de vacío normativo, de inseguridad jurídica. La reforma penal de 2010 no ha venido acompañada de la necesaria regulación sobre la forma que deberían adoptar los planes de *compliance* penal. No se ha incorporado a nuestro ordenamiento una norma positiva que diga si será bastante con la adopción de un código de conducta escrito por parte de la empresa, o un sistema interno de denuncias anónimas (*whistleblowing*) o si además hará falta un responsable de cumplimiento y prevención penal (*compliance officer*), etc.

Nos parece que esta situación de inseguridad jurídica afectará negativamente a la labor de los opera-

19 J. M. SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Segunda edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2010, pág. 406: «Una de las expresiones más significativas de las tendencias «desformalizadoras» de los tiempos actuales es el significativo incremento de las «leyes indeterminadas»: leyes con conceptos vagos o porosos, con términos de fuerte contenido valorativo, con cláusulas generales, que de modo implícito conllevan una renuncia de legislador a su misión de definir los comportamientos punibles y una remisión al juez para que proceda a tal labor. [...] La seguridad jurídica se pierde, y se favorece la introducción de elementos diferenciadores posteriores a la comisión del hecho».

dores jurídicos del proceso penal, pues recaerá sobre los miembros del Ministerio Fiscal y, muy especialmente, sobre los Jueces y Magistrados una tarea, ya no de desarrollo continuador del Derecho penal<sup>20</sup>, sino de creación jurídica *ex novo* de categorías y conceptos sustitutivos de la norma inexistente en esta materia. Es esa una tarea más propia de los jueces que operan bajo los principios del *Common Law* que de aquellos sometidos históricamente al principio de legalidad, que actúa como clave de bóveda de los sistemas penales continentales<sup>21</sup>. Tal labor creativa deberá, además, concretarse a través de las sentencias que inicialmente dicten los órganos de enjuiciamiento en primera instancia y que no alcanzarán la consideración de jurisprudencia unificadora de criterios hasta que, al cabo de los años, el Tribunal Supremo empiece a pronunciarse en casación. La característica laboriosidad y lentitud del desarrollo jurisprudencial en nuestro sistema relativizará, a buen seguro, su valor y eficacia<sup>22</sup> en este campo, dado que su aportación lo será a largo plazo, cuando las necesidades de seguridad jurídica en esta materia son perentorias e inmediatas tras la entrada en vigor de la LO 5/2010.

Sin embargo, a nuestro juicio, no son los operadores del proceso penal los más gravemente afectados,

pues, en todo caso, disponen de competencias y herramientas para reaccionar de forma más o menos eficaz ante la inseguridad jurídica. Por el contrario, los nuevos sujetos pasivos del sistema penal nacidos al albor de la LO 5/2010, esto es, las empresas de nuestro país que desarrollan su actividad en los mercados nacionales e internacionales, se ven desde ya obligados a navegar en la incertidumbre normativa en este concreto ámbito. Esas empresas, que operan en un tráfico mercantil que impone cada vez más obligaciones de base regulatoria<sup>23</sup>, se ven ahora abocadas a un nuevo campo de responsabilidad corporativa carente de parámetros preestablecidos que permitan adaptar su devenir a las exigencias de esta nueva área del ordenamiento y sobre todo, y en ello radica el núcleo de la seguridad jurídica que todo sistema penal debe perseguir, prever con un cierto grado de certeza la reacción de ese ordenamiento ante el cumplimiento o incumplimiento de esas exigencias (¿cómo deben realizarse los programas de *compliance* penal para que puedan tener plenos efectos jurídicos?)

### 3.2 · Necesaria búsqueda de seguridad jurídica: ¿quién y cómo puede proporcionarla?

Sin lugar a dudas, la solución ideal a esta situación de incertidumbre jurídica consistiría en legislar positivamente esta concreta materia, introducir o modificar preceptos del recién reformado Código penal para establecer la forma y contenido mínimos que debe adoptar un programa corporativo de prevención de delitos para que surta efectos exoneratorios si se estableció antes de la comisión de un ilícito penal. Buena parte de los autores que han tenido ocasión de pronunciarse sobre el nuevo régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica han abogado por la necesaria regulación expresa del alcance, configuración y efectos de los programas de *compliance* penal<sup>24</sup> y han propuesto mode-

20 Sobre el desarrollo continuador del Derecho, vid. F. BALDÓ LAVILLA: «La construcción de la teoría del delito y el desarrollo continuador del Derecho», en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.º 6, Buenos Aires, 1997.

21 J. M. SILVA SÁNCHEZ, en *op. ult. cit.*; págs. 409 y 410: «Hay un fundamento determinante, que obliga a la máxima precisión en los mensajes normativos del legislador y a la máxima vinculación del juez al tenor de dichos mensajes a la hora de adoptar sus decisiones. Se trata del principio de legitimación democrática de las intervenciones jurídico-penales como garantía de la libertad de los ciudadanos derivada del principio de división de poderes. Así resulta que quien no posee la legitimación democrática directa necesita, para intervenir en la esfera de la libertad de los ciudadanos, apoyarse en la legitimación material que le presta el legislador como expresión de la voluntad general. [...] Pues bien, tal legitimación sólo se halla garantizada cuando el legislador promulga «leges certae» y el juez se atiene a ellas como «leges strictae»».

22 J. REMÓN PEÑALVER: «La lucha por la seguridad jurídica», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*. Número extraordinario, Madrid, 2006; pág. 72: «La jurisprudencia va así decantando un Derecho judicial, que sirve como factor integrador del ordenamiento y uniformador de su aplicación. Pero lo cierto es que esa misión se ha visto relativizada por distintas circunstancias. Por un lado, la lentitud en la decisión de los recursos de casación (sobre todo, en el orden civil y en contencioso administrativo) hace que pierda eficacia la doctrina jurisprudencial, que recae cuando los problemas se han solucionado o sustituido por otros nuevos y distintos. Por otra parte, el exceso de trabajo dificulta la tarea de coordinación de las líneas de decisión y provoca el fenómeno patológico de la «jurisprudencia a la carta»».

23 Con independencia de su tamaño u objeto social, cualquier sociedad mercantil que opere en nuestro país se verá sometida a la regulación societaria, fiscal, laboral, y administrativa propia de su ámbito de actividad que conllevará obligaciones preestablecidas en normas positivas, cuyo cumplimiento o incumplimiento permitirá a la sociedad mercantil prever la reacción del ordenamiento.

24 Vid. especialmente en este sentido: S. BACIGALUPO SAGESSE: «Los criterios de imputación penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)». *La Ley*, n.º 7541, 5 de enero de 2011; C. GÓMEZ JARA DÍEZ: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal». *La Ley*, n.º 7534, 23 de diciembre de 2010; J. M.

los claramente inspirados en aquellos que ya se aplican en Derecho comparado, particularmente en los ordenamientos italiano<sup>25</sup> y norteamericano<sup>26</sup>.

---

ZUGALDÍA ESPINAR: «Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)», *La Ley Penal*, n.º 76, noviembre 2010; E. BACIGALUPO ZAPATER, en *op. cit.*; N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y A. JUANES PECES, en *op. cit.*, etc.

**25** El Decreto Legislativo italiano n.º 231 de 8 de junio de 2001 regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas derivada de la comisión en su seno de ilícitos penales. En su artículo 6 establece el alcance, efectos y requisitos mínimos de los planes de prevención de delitos, de tal forma que la entidad resultará eximida de responsabilidad si es capaz de acreditar que había adoptado tales planes de forma efectiva antes de la comisión del hecho, que había designado un órgano competente para su control y supervisión y que los autores actuaron vulnerando dicho sistema de prevención. Ese mismo artículo 6 establece los requisitos mínimos del sistema de prevención de delitos para poder desplegar efectos exoneratorios. Así, la entidad deberá instaurar un modelo de prevención que permita (i) identificar las áreas de actividad en el seno de las cuales podrían cometerse delitos; (ii) implementar protocolos específicos para la formación del personal y la toma de decisiones corporativas respecto a la prevención de delitos; (iii) destinar los recursos financieros idóneos para prevenir ilícitos penales; (iv) establecer canales de información hacia el órgano encargado del control y supervisión de la prevención penal; y (v) introducir un sistema disciplinario efectivo para sancionar el incumplimiento de las medidas de prevención.

**26** El Capítulo 8 del *United States Sentencing Commission Guidelines Manual (USSG)* establece los criterios de enjuiciamiento criminal de las organizaciones/personas jurídicas ante los tribunales federales de los Estados Unidos. Según estos criterios, la implantación con carácter previo al delito de un programa efectivo de ética y cumplimiento destinado a la prevención de ilícitos penales («*effective compliance and ethics program*») permitirá al juez federal reducir significativamente la sanción o incluso exonerar a la entidad. La sección 8B2.1 del USSG establece los requisitos básicos del programa de ética y cumplimiento:

(i) La entidad establecerá, a través de códigos de conducta por escrito, estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal.

(ii) El órgano de gobierno de la entidad estará plenamente informado sobre el contenido y funcionamiento del programa de ética y cumplimiento y ejercerá una supervisión razonable sobre su implementación y efectividad.

(iii) Miembros específicos del personal de alto nivel (administradores, altos directivos, etc.) tendrán asignada responsabilidad general sobre el programa de ética y cumplimiento.

(iv) Personal específico dentro de la entidad tendrá delegada la responsabilidad operacional del día a día respecto del programa de ética y cumplimiento. Éstos reportarán periódicamente sobre la efectividad del programa al personal de alto nivel antes mencionado y, cuando resulte necesario, al órgano de gobierno. Para el ejercicio de esta responsabilidad operacional, la entidad deberá proveer a este personal de los recursos necesarios, la autoridad sustancial apropiada y acceso directo al órgano de gobierno. La entidad realizará un esfuerzo razonable para no incluir dentro del personal con autoridad sustancial en esta materia a ningún individuo del cual conozca, o haya debido conocer, que ha estado involucrado en actividades ilícitas o cualesquiera otras conductas incompatibles con un programa efectivo de ética y cumplimiento.

No obstante, y a pesar de que la actividad de modificación legislativa penal ha resultado prolífica en los últimos años<sup>27</sup>, dada la proximidad en el tiempo y la extensión de esta última reforma, así como la situación política y económica que afronta nuestro país al inicio de esta segunda década del siglo XXI, no parece plausible que el legislador español vaya a situar entre sus prioridades en el corto o medio plazo la de emprender un nuevo proceso de codificación penal que clarifique los requisitos, alcance y efectos de los programas de prevención de delitos.

Asimismo, el escenario de inseguridad jurídica en que se encuentran actualmente los sujetos pasivos de este nuevo régimen de responsabilidad a la hora de adoptar e implementar programas de prevención de delitos añade una nota de urgencia a la necesidad de aportar criterios de general aceptación o, por lo menos, con valor interpretativo sobre la forma y efectos de la *compliance* penal. Quizá en este contexto el trámite legislativo no sea el método más ágil (aunque sí el más deseable) para dar la respuesta rápida que parece requerir la situación.

---

(v) La entidad dará los pasos necesarios para comunicar periódicamente y de forma práctica sus estándares y procedimientos, y cualesquiera otros aspectos de su programa de ética y cumplimiento, a los miembros del órgano de gobierno, el personal de alto nivel, el personal con autoridad sustancial en esta materia, los empleados y, en su caso, los agentes y representantes. Esta tarea se realizará por medio de programas efectivos de formación y, asimismo, proveyendo a cada individuo con la información apropiada teniendo en cuenta sus respectivos roles y responsabilidades.

(vi) La entidad dará los pasos necesarios para: (a) asegurar que el programa de ética y cumplimiento se cumple de forma efectiva, incluyendo el seguimiento y auditoría para la detección de conductas criminales; (b) evaluar periódicamente la efectividad del programa de ética y cumplimiento; y (c) instaurar y publicitar un sistema, que podrá incluir mecanismos que aseguren el anonimato y la confidencialidad, a través del cual los empleados, agentes y representantes puedan reportar (denunciar) o pedir asesoramiento respecto de una potencial o actual conducta criminal sin temor a represalias.

(vii) El programa de ética y cumplimiento será promovido y ejecutado de forma consistente en el seno de la entidad por medio de: (a) un sistema de incentivos apropiado para el desarrollo la actividad propia de acuerdo con el programa de ética y cumplimiento; y (b) un sistema de medidas disciplinarias que sancione la comisión de conductas delictivas y la no realización de los pasos razonables para prevenir o detectar la conducta criminal.

(viii) Una vez la conducta criminal ha sido detectada, la entidad dará los pasos razonables para responder de forma apropiada a dicha conducta y para prevenir conductas similares en el futuro, incluyendo la implementación de las modificaciones necesarias en el programa de ética y cumplimiento.

**27** La LO 5/2010, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, ha significado la 23.ª reforma del Código penal desde su entrada en vigor en mayo de 1996, lo que significa una reforma penal aproximadamente cada 215 días.

En este estado de cosas, creemos, deberían ser otras instituciones directamente involucradas en la aplicación y ejecución de la responsabilidad penal de la persona jurídica quienes tomen el testigo del legislador y emprendan iniciativas paranormativas que permitan una integración de las lagunas que surgen en este nuevo régimen (por lo menos hasta tanto no sean integradas por el propio legislador a medio o largo plazo). Desde esta perspectiva, consideramos que podrían ser varias las vías de actuación de estas instituciones, de forma alternativa o conjunta, para eliminar o aliviar, al menos en parte, la incertidumbre jurídica bajo la cual operan en el tráfico mercantil las empresas de nuestro país desde el pasado 23 de diciembre de 2010:

(i) *Por medio de una instrucción o circular de la Fiscalía General del Estado*

En un primer nivel institucional y de proximidad al problema, se sitúa, a nuestro juicio, el órgano de persecución penal pública, esto es, el Ministerio Fiscal representado por la Fiscalía General del Estado («FGE»). La configuración unitaria y jerárquica del Ministerio Fiscal, derivada de su estatuto orgánico, ha permitido la creación de un amplio cuerpo de doctrina interna que unifica los criterios seguidos por todos sus miembros en la persecución penal y que se concreta en las instrucciones y circulares emitidas periódicamente por la FGE. El papel central que desempeña el Ministerio Fiscal en el ejercicio del *ius puniendi* estatal ha dotado a esas instrucciones y circulares de un notable valor interpretativo de las normas penales<sup>28</sup>, ya no sólo para los propios fiscales sino también para el resto de operadores jurídicos del proceso penal: abogados, jueces, etc.

Suele ser habitual que reformas legislativas del calado de la operada por la LO 5/2010 vengán seguidas

de instrucciones o circulares de la FGE<sup>29</sup> que contienen sus criterios interpretativos unificados sobre el nuevo texto legal. Sería deseable, por tanto, que la instrucción o circular de la FGE interpretativa de esta reforma penal, y que, muy probablemente se encuentre en proceso de confección<sup>30</sup>, se pronuncie expresamente (i) sobre el valor y efecto jurídico de los programas de prevención de delitos efectivamente implementados por la persona jurídica antes de la comisión del ilícito penal y (ii) sobre la forma y contenido mínimo que deberían adoptar esos programas de *compliance* para surtir efectos exoneratorios.

Con independencia del mayor o menor acierto con el que puede ser juzgada una circular de la FGE, lo cierto es que su propia emisión constituye un elemento de seguridad jurídica, pues garantiza cierta uniformidad en la respuesta del defensor de la legalidad en una cuestión no resuelta por el legislador.

(ii) *Por medio de un acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*

Una segunda solución que también podría resultar, creemos, eficaz a estos fines, sería un acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que fijase los criterios interpretativos vinculantes sobre esta materia<sup>31</sup> para todos los órganos de enjuiciamiento que conforman la jurisdicción penal.

Históricamente, los acuerdos del pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo han respondido a la necesidad de unificar criterios interpretativos de las normas penales por concurrir en la jurisprudencia menor (audiencias provinciales), o incluso en la

<sup>28</sup> A modo de ejemplo cabe citar la Circular 1/2006 sobre los delitos contra la propiedad industrial e intelectual tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, cuya interpretación restrictiva del ánimo de lucro en el delito contra la propiedad intelectual (art. 270 CP) ha permitido la destipificación de hecho de las conductas de intercambio entre particulares de obras sujetas a derechos de propiedad intelectual a través de redes telemáticas «Peer to Peer». Otro ejemplo paradigmático es la Circular 2/2009 sobre la interpretación del término regularizar en las excusas absolutorias previstas en los apartados 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del código penal, que ha fijado de forma definitiva los requisitos para que la regularización tributaria tenga efectos de exoneración de la responsabilidad penal en casos de delito contra la Hacienda Pública.

<sup>29</sup> A la reforma del Código penal operada por LO 15/2003 le siguieron la Circular 1/2004 sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003 y la Circular 2/2004 sobre aplicación de la reforma del código penal operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

<sup>30</sup> El 23 de diciembre de 2010, con ocasión de la entrada en vigor de la reforma penal, la FGE publicó la Circular 3/2010 sobre el régimen transitorio aplicable a la reforma del Código penal operada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Ello, sin duda, constituye una clara muestra de que la FGE estará en disposición de emitir sus criterios interpretativos sobre el fondo de la reforma penal en un plazo relativamente breve, probablemente la circular sobre la reforma penal de 2010 sea ya una realidad cuando este trabajo vea la luz.

<sup>31</sup> El propio Tribunal Supremo ha declarado la naturaleza vinculante de estos acuerdos en el segundo punto del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda adoptado el 18 de julio de 2006: «Los acuerdos de la Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes».



propia jurisprudencia del Alto Tribunal, pronunciamientos divergentes en la interpretación de un mismo precepto sustantivo o procesal. Es decir, partiendo de una aproximación retrospectiva al problema, han servido como instrumento de solución de controversias jurídicas planteadas en la práctica forense de procesos penales que han llegado a la última instancia judicial<sup>32</sup>.

El planteamiento que ahora realizamos, requeriría de una novedosa aproximación prospectiva al problema por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Ciertamente, la controversia jurídica en esta materia aún no se ha dado en la práctica forense. Sin embargo, y con probabilidad rayana a la certeza, constituirá un nudo gordiano en la aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica si los órganos de enjuiciamiento de instancia no cuentan con criterios interpretativos generalmente aceptados y vinculantes a la hora de dictar sus resoluciones. La relevancia jurídica penal de la cuestión y su alcance subjetivo (todas las empresas de este país) permitirían, a nuestro juicio, justificar sólidamente un cambio en la perspectiva y alcance de los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

(iii) *Por medio de un protocolo interinstitucional suscrito por los principales operadores involucrados: Ministerio de Justicia, FGE, CGPJ, CEOE, Consejo General de la Abogacía, etc.*

En los últimos años se han suscrito en nuestro país diversos protocolos interinstitucionales destinados a mejorar la eficacia en la aplicación y ejecución de políticas penales en ámbitos muy concretos. La característica principal de estos protocolos es la participación y compromiso activo de los principales actores que operan en el sector de referencia. A modo de ejemplo cabe señalar el *Protocolo marco de colaboración para la investigación eficaz de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias*<sup>33</sup> suscrito el 19 de septiembre de 2007 por el Consejo General de Poder

Judicial (CGPJ), el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la FGE. Otro ejemplo paradigmático en esta materia lo constituye el *Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género*<sup>34</sup>, suscrito el 10 de junio de 2004 por, entre otras instituciones, por el Ministerio de Justicia, el CGPJ, la FGE, el Consejo General de la Abogacía, el Consejo General de Procuradores y diversas Comunidades Autónomas.

La participación de las diversas instituciones (CGPJ, FGE, Ministerio de Justicia, Ministerio de Economía, etc.) y actores (CEOE, Consejo General de la Abogacía, etc.) que operan en este ámbito en la confección de un protocolo que interpretara esta materia enriquecería en gran medida su contenido con aportaciones propias del *know how* de cada sector (fiscalía, judicatura, abogacía, empresa, etc.). Así, el protocolo podría configurarse a través de un proceso consultivo y deliberativo similar al que se viene aplicando en ordenamientos como el norteamericano<sup>35</sup> o el británico<sup>36</sup> para la preparación y publicación de guías de enjuiciamiento o de cum-

32 Sirva el ejemplo del desarrollo normativo realizado en materia de tráfico de drogas a través de los acuerdos del pleno relativos al concepto «notoria importancia» o «extrema gravedad» o al umbral de tipicidad establecido por estos acuerdos a través del «principio mínimo psicotrópico».

33 El texto de este Protocolo marco puede consultarse en [http://info.mtin.es/its/web/Sala\\_de\\_comunicaciones/Noticias/Archivo\\_Noticias/2007/09/Adjunto\\_noticia\\_web\\_27092007.pdf](http://info.mtin.es/its/web/Sala_de_comunicaciones/Noticias/Archivo_Noticias/2007/09/Adjunto_noticia_web_27092007.pdf)

34 El texto de este Protocolo conjunto sobre violencia de género puede consultarse en [http://www.observatorioviolencia.org/upload\\_images/File/DOC1182341620\\_PROTOCOLO\\_ACTUACION\\_POLICIA.pdf](http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1182341620_PROTOCOLO_ACTUACION_POLICIA.pdf)

35 La *United States Sentencing Commission*, encargada de elaborar y actualizar las guidelines norteamericanas (USSG - vid. Nota 9) que incluyen los criterios para el enjuiciamiento penal de personas jurídicas, encabeza cada nueva edición del manual de las USSG con el siguiente mensaje «*Como siempre, la Comisión anima a jueces, oficiales de libertad condicional, fiscales, abogados defensores y cualquier otra persona interesada a aportar sugerencias para la mejora y desarrollo de las guidelines.*»

36 En abril de 2010 entró en vigor en el Reino Unido la *Bribery Act*, ley penal de lucha contra la corrupción, que incluye un régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, así como una serie de obligaciones de cumplimiento normativo en materia de prevención corporativa de la corrupción. A fin de concretar la forma y contenido de los planes de prevención de la corrupción que deben adoptar las entidades británicas para cumplir con la *Bribery Act*, evitando así la responsabilidad penal, el Ministerio de Justicia del Reino Unido inició un proceso de consultas abiertas a particulares y empresas (basadas en un cuestionario de 5 preguntas sobre esta materia). Este proceso finalizó con la elaboración y publicación en noviembre de 2010 de la «*Consultation on guidance about commercial organisations preventing bribery (section 9 of the Bribery Act 2010)*» que establece seis principios básicos para la prevención corporativa de la corrupción: (i) evaluación del riesgo; (ii) compromiso de los niveles directivos; (iii) identificación de clientes y socios comerciales; (iv) establecimiento de políticas y procedimientos claros, accesibles y prácticos; (v) implementación efectiva del programa de prevención; (vi) monitorización, supervisión y revisión dinámica de las políticas de prevención.

plimiento normativo en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica. En el resultado final conjunto se verían reflejadas y remediadas las preocupaciones propias de cada institución y actor en esta materia.

El impulso para la implementación de un protocolo interinstitucional de este tipo, creemos, podría partir del sector empresarial de nuestro país, pues, a diferencia de las otras dos propuestas anteriores, en este caso el sujeto pasivo, por primera vez, tendría voz e influencia sobre la concepción y concreción de los criterios que servirán para imputarle responsabilidad penal en el futuro, podría ayudar a construir su seguridad jurídica.

### 3.3 · Idea/propuesta (no necesariamente exhaustiva) sobre cómo podría configurarse un programa de *compliance* penal

A lo largo de este trabajo se ha ido haciendo referencia a diversos modelos de *compliance* penal en Derecho comparado (Italia, Estados Unidos, Reino Unido, etc.) que imponen líneas maestras de actuación más o menos comunes: evaluación del riesgo penal, adopción de protocolos y políticas escritas de prevención, compromiso de los órganos directivos, formación del personal, delegación, supervisión y revisión eficaz, implementación de sistemas disciplinarios, flujo de información dinámico, etc.<sup>37</sup>. Asimismo, y como decíamos, gran parte de los autores que se han pronunciado en esta materia han apostado por estructuras y programas de prevención penal en términos muy similares los que plantean estos modelos<sup>38</sup>. Sin lugar a dudas, esos modelos, que ya son una realidad en muchos sistemas penales occidentales, aportan valiosa información sobre la forma que podrían adoptar los programas de prevención de delitos en España para alcanzar efectos exoneratorios de la persona jurídica.

Asimismo, nuestro ordenamiento jurídico dispone también de regulaciones sectoriales que imponen a la empresa obligaciones de cumplimiento normativo para la prevención de ilícitos administrativos<sup>39</sup>,

de los cuales puede derivar también responsabilidad penal. Estas regulaciones sectoriales pueden aportar parámetros útiles para construir un modelo de prevención corporativa de delitos con eficacia jurídica. De entre estos modelos sectoriales de *compliance* administrativa cabe destacar, a nuestro juicio, uno en particular: la normativa de prevención de riesgos laborales. Este campo de regulación conforma el mayor sistema de cumplimiento normativo enfocado a la prevención de riesgos/ilícitos que existe en nuestro país, pues afecta a todas las empresas que desarrollen una actividad efectiva en el tráfico mercantil con independencia de su tamaño (desde las multinacionales hasta las sociedades unipersonales). La legislación de prevención de riesgos laborales impone a las empresas obligaciones preventivas que se fundamentan en tres pilares básicos: estructura, actividad y supervisión<sup>40</sup>. Paradójicamente, como se dijo, la responsabilidad penal de la persona jurídica (el empleador por excelencia

---

mento de desarrollo R.D. 1720/2007, de 21 de diciembre); responsabilidad medio ambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre y su reglamento de desarrollo R.D. 2090/2008, de 22 de diciembre); defensa de la competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio y su reglamento de desarrollo R.D. 261/2008, de 22 de febrero); mercado de valores (Ley 24/1988, de 28 de julio, junto con diversos reglamentos de desarrollo), etc.

<sup>40</sup> La principal norma en esta materia es la Ley 31/1995, de 5 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que establece la obligaciones básicas de la empresa para prevenir, eliminar o minimizar los riesgos a los que se ven sometidas la salud y la seguridad de los trabajadores. De acuerdo con lo establecido en esta Ley, las medidas de seguridad a adoptar deben estar organizadas sobre la base de los siguientes criterios o estándares mínimos:

— Estructura: (i) establecimiento de un servicio de prevención propio o ajeno; (ii) designación de responsable/s de prevención con delegación efectiva de facultades; (iii) establecimiento de un comité paritario de seguridad y salud.

— Actividad: (i) elaboración, por el servicio de prevención propio o ajeno, de una de evaluación de riesgos por cada puesto específico de trabajo, así como de otra general de toda la compañía; (ii) planificación de la actividad preventiva en todos los ámbitos de la empresa derivada de la evaluación de riesgos; (iii) implementación de aquellas medidas de seguridad calificadas como necesarias según la evaluación de riesgos y previstas en la planificación; (iv) formación e información continua de los trabajadores en materia de prevención de riesgos, seguridad y salud; (v) adopción de medidas de seguridad individuales para cada trabajador (dependiendo de los riesgos específicos de cada puesto de trabajo concreto); y (vi) implantación de medidas colectivas de seguridad.

— Supervisión: (i) designación de delegados de prevención entre los trabajadores que informen sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad; (ii) seguimiento continuado por parte del responsable de prevención y del Comité de Seguridad y Salud y proposición de mejoras u nuevas medidas; (iii) actuación inmediata de remediación en caso de accidente laboral que revela y aflora un riesgo laboral no identificado ni evaluado.

<sup>37</sup> Vid. notas 25, 26 y 36 anteriores.

<sup>38</sup> Vid. nota 24 anterior.

<sup>39</sup> A modo de ejemplo cabe destacar las obligaciones de cumplimiento normativo vigentes en materia de: prevención del blanqueo de capitales (Ley 10/2010, de 28 de abril); protección de datos (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y su regla-

en nuestro mercado de trabajo) no resulta de aplicación a los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Dicho lo anterior, consideramos que un programa corporativo de prevención de delitos que integre elementos propuestos por los modelos de Derecho comparado junto con parámetros de cumplimiento establecidos en nuestras normativas sectoriales (especialmente la de prevención de riesgos laborales) podría resultar generalmente efectivo y positivamente valorado por jueces y fiscales.

Sobre la base de lo expuesto hasta este momento, y sin pretensión de exhaustividad, proponemos el siguiente esquema de lo que bien podría ser un *modelo mínimo de programa corporativo de prevención de delitos* a positivizar a corto plazo por medio de alguna de las iniciativas paranormativas antes mencionadas (circular FGE, acuerdo del pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo o protocolo interinstitucional). En todo caso, las ideas y propuestas que se incluyen a continuación no pretenden ser un catálogo de medidas de imprescindible cumplimiento, todas ellas, por las empresas. Insistimos: el planteamiento no es que las entidades deben «tenerlas todas» (las concretas soluciones adoptadas en cada caso debieran variar en función de las características específicas de la empresa de que se trate: tamaño, sector, actividad, etc., y, sobre todo, de la evaluación de supuesto específico). Se trata a continuación, tan solo, de citar algunas soluciones prácticas que bien podrían ser valoradas positivamente por jueces y fiscales. Veámoslas:

#### (i) Principios rectores

*El programa de prevención de delitos debe ser efectivamente aplicado por la empresa.* La persona jurídica tiene que estar en disposición de acreditar la efectiva ejecución del programa de prevención en el seno de su estructura. Esta acreditación será en alguna medida documental (protocolos, manuales, hojas de formación, registros, etc.), pero, y esto es de la máxima relevancia, esos documentos no pueden constituir en sí mismos el programa de prevención, sino una prueba más de su existencia. En otras palabras, la *compliance* penal no puede ser de papel, no puede ser una *commodity*, un producto fungible, intercambiable, válido para cualquier empresa y situación, desconectado del caso concreto y resuelto en un simple protocolo por escrito. Debe acreditarse el compromiso efectivo de la compañía y sus órganos de dirección en la instauración de una política real, tangible, adecuada al caso concreto,

de cumplimiento en todos los ámbitos y niveles de la entidad.

A la hora de juzgar si la persona jurídica fue diligente, *los órganos de enjuiciamiento deben realizar una aproximación ex ante*. Aun cuando la implementación de severas medidas de cumplimiento permita evitar la responsabilidad penal, no debe ignorarse la agudizada tendencia de nuestros tribunales a juzgar por el resultado: *post hoc, propter hoc* o, si se produjo el delito, ello es prueba de que las cautelas y controles adoptados no eran eficaces, pues no funcionaron, anulando de raíz la eficacia de cualquier sistema adoptado (en cierto modo, el sistema de atenuantes previsto en el artículo 31.bis también adolece de esta tendencia)<sup>41</sup>. Por este motivo, el análisis de la efectividad de un programa de prevención de delitos debería partir de la siguiente premisa inicial: *la producción del ilícito penal no significa necesariamente que el programa no sea generalmente efectivo en la prevención y detección de la conducta criminal*<sup>42</sup>. Ello permitirá realizar un análisis válido en términos de imputación objetiva sobre la efectividad del *compliance* penal y, en definitiva, sobre la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

#### (ii) Estructura (de prevención de delitos), que dependerá del tamaño de la entidad

*Para pequeñas y medianas empresas.* Será recomendable el nombramiento formal (y documentado) de un *Responsable de Cumplimiento y Prevención Penal (Compliance Officer)* que dependa directamente del órgano de administración de la sociedad<sup>43</sup>. Sus funciones deberían ser (i) la implementación del programa de prevención de delitos en la estructura de la sociedad; (ii) el seguimiento y control de la efectividad del programa de prevención; (iii) la proposición de mejoras o modificaciones del programa ante la detección de nuevos riesgos; (v) la inmediata implementación de nuevas medidas de prevención en caso de producirse actividad delictiva;

<sup>41</sup> En este sentido, y en relación con la siniestralidad laboral, vid. O. MORALES GARCÍA: «Comentario a los artículos 316 y 317 del Código penal», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Navarra 2011 (en prensa).

<sup>42</sup> La sección 8B2.1 de las USSG contiene una cláusula en estos concretos términos a modo de parámetro o guía inicial para que los jueces federales afronten la valoración de la efectividad de los programas corporativos de ética y cumplimiento.

<sup>43</sup> En caso de muy pequeñas empresas o sociedades unipersonales podría ejercer este cargo el propio administrador, con requisitos formales y materiales más laxos.

(vi) el reporte periódico y efectivo al órgano de administración sobre el programa de prevención. El cargo de Responsable de Cumplimiento debería recaer en una persona con la capacidad técnica suficiente y acreditada. La sociedad debería proveer al Responsable de Cumplimiento de los recursos materiales y humanos necesarios para el desarrollo de su tarea. Finalmente, el órgano de administración debería ejercer una supervisión residual sobre esta delegación<sup>44</sup>.

*Para grandes empresas.* También será recomendable el nombramiento formal de un *Responsable de Cumplimiento y Prevención Penal*, en los mismos términos y con las mismas funciones y capacidad de actuación (basada en la delegación efectiva de competencias) propuestas en el apartado anterior para las pequeñas y medianas empresas.

Asimismo, en el caso de las grandes empresas, sería recomendable reforzar la estructura de prevención de delitos constituyendo un *Comité de Cumplimiento y Prevención Penal* en el cual se puedan tratar ampliamente los aspectos de esta política corporativa y sirva de efectivo cauce de información y seguimiento del órgano de administración. A estos efectos, el Comité de Cumplimiento podría estar compuesto por los siguientes miembros: (i) el administrador o un miembro del órgano de administración de la compañía; (ii) el Responsable de Cumplimiento y Prevención Penal; y (iii) un representante (con rango de cuadro directivo) por cada área de actividad de la sociedad que pueda implicar riesgo de responsabilidad penal de la persona jurídica: área financiera, compras y ventas, medio ambiente, área legal/fiscal, desarrollo de negocio e I+D, organización interna y recursos humanos, etc.

(iii) *Actividad (de prevención de delitos)*

*Paso 1.* Consistiría en realizar una *Evaluación de Riesgos Penales* (internamente o por medio de un evaluador externo) de la que derive un *Plan de Actuación para la Neutralización de Riesgos Penales* propios de la actividad de la sociedad. Debe tratarse de una evaluación *ad hoc* y que profundice especialmente en la actividad concreta de la empresa y en aquellos riesgos penales propios de dicha actividad.

Como ya se ha dicho antes, la *compliance* penal no puede tratarse de una *commodity*, de un producto genérico o estandarizado o fungible. A partir de esta evaluación y del plan de actuación debería configurarse en la práctica el sistema de prevención de delitos de la sociedad, a través de los siguientes pasos.

*Paso 2. Implementación de medidas concretas para la Neutralización de Riesgos Penales.* Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse algunos ejemplos de medidas concretas para mitigar los riesgos penales aparejados a las diversas áreas de actividad de la empresa (i.e., áreas financiera, productiva, de desarrollo del negocio, de recursos humanos, etc.):

- *Defraudaciones* en relaciones con clientes y proveedores: en este caso operaría la medida de prevención por excelencia, que resulta de aplicación en la mayoría de los supuestos (incluso aquellos donde la *compliance* preventiva está expresamente regulada<sup>45</sup>), esto es, la implementación de un manual o código de conducta corporativo por escrito que, en este caso, establezca las facultades y límites negociales de aquellas personas con capacidad de vincular a la compañía en acuerdos con clientes y proveedores. Como en el resto de supuestos que se analizarán, la efectividad de este tipo de códigos de conducta o manuales corporativos vendrá determinada por (i) la formación específica de los directivos y el personal sobre el contenido y alcance de código de conducta y (ii) la implementación de un sistema de sanciones e infracciones directamente vinculado al cumplimiento de esos códigos o manuales.
- *Abuso de información privilegiada y otros delitos contra el mercado*: correspondería la aplicación de medidas de *compliance* ya existentes de la normativa administrativa del Mercado de Valores (i.e., de nueva redacción de códigos/manuales corporativos de buena conducta y cumplimiento; inclusión de cláusulas contractuales laborales y de alta dirección relativas al uso de información privilegiada; formación específica de administradores representantes y empleados; establecimiento de medidas tecnológicas que restrinjan el acceso a informaciones que afecten a la cotización de valores, etc.).
- *Blanqueo de capitales*: en este área procedería la aplicación de medidas de *compliance* ya previstas

<sup>44</sup> Vid., en materia de prevención de riesgos laborales, O. MORALES GARCÍA: «Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral», en N. PUMAR BELTRÁN (coord.): *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Albacete, 2006, pág. 178.

<sup>45</sup> Por ejemplo, la prevención del blanqueo de capitales, vid. nota 40.

en la regulación administrativa de prevención del blanqueo de capitales en caso de que la sociedad sea considerada sujeto obligado en ese ámbito por razón de su objeto social<sup>46</sup>.

- *Corrupción en el sector privado* derivada de las actividades de desarrollo y promoción del negocio: en este ámbito resultará recomendable, como en gran parte de los supuestos analizados, la confección de un manual o código interno anticorrupción de obligatorio conocimiento y cumplimiento por todos los empleados de la compañía, asimismo será eficaz también la inclusión de cláusulas contractuales laborales y de alta dirección que prohíban expresamente este tipo de conductas, sancionándolas con la terminación de la relación laboral, formación específica de administradores representantes y empleados en esta concreta materia, etc.
- *Delitos contra el medio ambiente* derivados de la actividad productiva: también en esta materia procedería la aplicación de las medidas de *compliance* ya existentes en la profusa normativa administrativa medioambiental estatal, autonómica y local.

<sup>46</sup> La Ley 10/2010 de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo establece un modelo amplio y exhaustivo para la prevención corporativa del blanqueo de dinero, muchas de las obligaciones materiales y estructurales en el este ámbito se solapan con aquellas propias de la prevención genérica de delitos y, por ello, sería recomendable, desde una perspectiva de eficiencia organizativa, que los sujetos obligados en materia de blanqueo integrasen la prevención penal en un único programa. Estas son, resumidamente, las obligaciones de *compliance* establecidas por la normativa de blanqueo:

- (i) establecimiento de políticas y procedimientos escritos de identificación de clientes, archivo documental, evaluación de riesgos y reporte interno y externo;
- (ii) implantación de una política expresa y por escrito de admisión de clientes;
- (iii) preparación de una manual corporativo de prevención del blanqueo de capitales;
- (iv) establecimiento de un programa efectivo de formación para directivos y empleados basado en un análisis de los riesgos de blanqueo derivados de cada concreta área de actividad de la compañía;
- (v) designación formal de un representante de la compañía ante el SEPBLAC;
- (vi) constitución de un comité de prevención del blanqueo, donde cada área de negocio de la compañía tenga representación, y cuya finalidad sea la ejecución y supervisión de las políticas y procedimientos antiblanqueo (este comité debe reunirse periódicamente dejando constancia escrita del contenido de sus reuniones);
- (vii) las políticas y procedimientos de prevención del blanqueo de capitales serán objeto de auditoría anual por un experto externo e independiente, quien emitirá un informe a presentar ante el órgano de administración.

— *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos* vinculados al acceso a los medios tecnológicos puestos a disposición de los trabajadores: en este ámbito las políticas expresas de uso de los medios tecnológicos por los trabajadores (ordenador, teléfono móvil y correo electrónico profesional), que hasta ahora se vinculaban al campo de las relaciones puramente laborales, cobrarán una nueva dimensión como instrumentos de prevención de ilícitos penales.

*Paso 3. Formación de administradores, representantes y empleados.* El aspecto formativo, creemos, tendrá especial relevancia en el ámbito de la prevención de delitos. Probablemente, será uno de los aspectos mejor valorados por los órganos de enjuiciamiento a la hora de determinar la eficacia de los programas de *compliance* penal (como sucede, por ejemplo, con la formación en el marco de la prevención de riesgos laborales).

Además de la formación específica que requerirá cada medida adoptada en una concreta área de riesgo penal, sería recomendable la implantación de un programa de formación genérica para administradores, representantes y empleados con la finalidad de transmitir los principios y valores básicos de cumplimiento normativo y ética corporativa, que reflejen el compromiso firme de la sociedad en la prevención de conductas ilícitas en su seno.

En todo caso, igualmente importante será que jueces y fiscales no interpreten el esfuerzo en formación de las empresas con sus empleados en una clave, creemos, patológica, nada infrecuente, de nuevo, en el ámbito de la seguridad laboral: si el delito se cometió es porque la formación era deficiente. Una vez más, este tipo de juicios *ex post* debe ser desterrado. Una buena formación es compatible con que el delito acabe produciéndose. Como es lógico, el empleado puede conocer lo que está prohibido, lo que la empresa no tolera, y, a pesar de ello, desoír la prohibición (en otras palabras, la formación no es una suerte de *software* informático que anula la voluntad, ni los empleados son máquinas que puedan ser programadas de ese modo).

*Paso 4. Sistemas efectivos de infracciones y sanciones (y de incentivos por cumplimiento).* Como se ha dicho, la efectividad de las medidas concretas de prevención de riesgos penales estará vinculada en muchos casos a la instauración de sistemas de *refuerzo negativo*, esto es, catálogos de infracciones y sanciones internas aparejados al incumplimiento de las medi-

das de prevención. Este aspecto se antoja nuclear a la hora de valorar la efectividad de la *compliance* penal, pues explicita una postura clara de no permisividad (o tolerancia cero) por parte de la empresa ante conductas ilícitas con independencia de los beneficios que puedan reportarle.

En los últimos tiempos, viene surgiendo una tendencia, especialmente en los ordenamientos anglosajones<sup>47</sup>, a equilibrar el refuerzo negativo (infracciones + sanciones = tolerancia cero) con sistemas de *refuerzo positivo* que premien a aquellos empleados que han acreditado un elevado grado de cumplimiento de las obligaciones de prevención penal.

*Paso 5. Canal interno de denuncias anónimas que garantice la ausencia de represalias.* El flujo de información vertical desde la base hasta la cúspide de la organización desempeñará también su papel en la valoración que puedan realizar los órganos de enjuiciamiento sobre la eficacia de los programas de *compliance* penal, aunque quizá no con la misma relevancia que lo harían otras de las medidas anteriormente expuestas. Como se ha visto, los canales de denuncia anónima (*whistleblowing*) constituyen una medida más propia de los sistemas establecidos en otras jurisdicciones<sup>48</sup> y que en nuestro ordenamiento no ha encontrado eco hasta la fecha. Sin embargo, su implementación a mayor abundamiento siempre sumará en una valoración integral de la eficacia de la prevención corporativa.

(iv) *Supervisión, seguimiento y actualización (de la actividad preventiva)*

Los *procedimientos* de supervisión, seguimiento y actualización de los programas de prevención de delitos pondrán de manifiesto (y en valor) la necesaria naturaleza dinámica de estos sistemas. Un sistema de prevención de delitos estático devendrá rápidamente ineficaz ante la rauda e imparable evolución de las realidades sociales y económicas (impulsada de forma exponencial en estos últimos años por las nuevas tecnologías).

Por lo que respecta a la supervisión y el seguimiento de la actividad preventiva penal está sería, como se ha expuesto con anterioridad, una función propia del Responsable de Cumplimiento y Prevención Penal en el día a día de la sociedad, que debería quedar plasmada en un sistema de reporte interno, formal (documentado) y vertical hacia el órgano de administración. En el caso de grandes empresas, el Comité de Cumplimiento y Prevención sería el lugar de puesta en común periódica del resultado de la supervisión llevada a cabo por el Responsable de Cumplimiento.

Por lo que respecta a la actualización, sería recomendable una re-evaluación (auditoría) integral y periódica (anual, bienal, etc.) del programa de prevención de riesgos penales por parte del Responsable de Cumplimiento o de un experto externo e independiente (en caso de grandes empresas debería optarse siempre por esta segunda opción).

<sup>47</sup> La «Consultation on guidance about commercial organisations preventing bribery (section 9 of the Bribery Act 2010)» publicada por el Ministerio de Justicia del Reino Unido, vid. nota 36 anterior, prevé entre las medidas para asegurar el cumplimiento de los programas anticorrupción, premiar a los empleados con complementos variables de su salario basados en la evaluación de su cumplimiento normativo («performance appraisals»). Vid. también en ese sentido: J.M. KAPLAN: «The first world on compliance incentives», en *The FCPA Blog*, 19 de enero de 2011 (<http://www.fcpablog.com/blog/2011/1/19/the-first-world-on-compliance-incentives.html>).

<sup>48</sup> Vid., a estos efectos, notas 25 y 26 anteriores.