

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN, "COMPLIANCE", EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2013

Olga FRAGA GÓMEZ
Abogada Roxin Alliance

Recibido 03.12.2013 / Aceptado 12.12.2013

RESUMEN: El actual Proyecto de Reforma del CP, y en lo que aquí interesa, pretende concretar en qué consisten las nuevas exigencias jurídico penales para con la persona jurídica. Se trata de los Programas de Cumplimiento normativo, Modelos de Organización y Gestión o simplemente "*compliance*", según la denominación anglosajona. En ello se centra este artículo; partiendo de la naturaleza de la responsabilidad penal de la persona jurídica se pasa a estudiar el origen de los "*compliance*" y, por último, se analizará la modificación de la RPPJ contenida en el texto de Reforma.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad penal de la persona jurídica, programas de organización y gestión, *compliance*, Proyecto de Reforma del CP 2013

RESUMO: O actual Proxecto de Reforma do CP, no que aquí interesa, pretende concretar en qué consisten as novas esixencias xurídico penais respecto da persoa xurídica. Falamos dos Programas de Cumplimento normativo, Modelos de Organización e Xestión ou simplemente "*compliance*", segundo a denominación anglosaxona. Niso céntrase este artigo: partindo da natureza da responsabilidade penal da persoa xurídica pásase a estudar a orixe dos "*compliance*" e, por último, analizarase a modificación da RPPX contida no texto da Reforma.

PALABRAS CLAVE: responsabilidade penal da persoa xurídica, programas de organización e xestión, *compliance*, Proxecto de Reforma do CP 2013.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO PENALMENTE RESPONSABLE. 1.1. Concepto de persona jurídica. 1.2. La persona jurídica en el tráfico moderno: organizaciones autopoieticas. 1.3.

Acción y culpabilidad propias de la persona jurídica. 2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 2.1. Marco general. 2.2. Naturaleza de la reforma operada por la LO 5/2010 y criterios de imputación penal. 3. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO ("COMPLIANCE PROGRAMS"). 3.1. Concepto y origen. 3.2. Las Guías para dictar sentencia de 1991 ("United States Sentencing Guidelines") (USSG). 3.3. El control por parte del Departamento de Justicia ("Department of Justice") (DOJ): Las memos. 3.4. Contenido de los programas preventivos en los USA a la luz de las USSG. 4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONTENIDA EN EL PROYECTO DE REFORMA DE 2013. 4.1. Introducción. 4.2. Vías de imputación: el hecho propio de la persona jurídica. 4.2.1. El art.31 bis a). 4.2.2. El art. 31 bis b). 4.2.3. Autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica, ex art. 31 ter. 4.3. Circunstancias eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ex. art. 31 bis 2 y 4. 4.4. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ex art. 31 quáter (junto con 31 bis 2 segundo párrafo y 31 bis 4 segundo párrafo). 5. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO CONTENIDOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL. 5.1. La importancia de los programas de cumplimiento en el proyecto de reforma. 5.2. Contenido de los programas "compliance": Requisitos ex. art. 31 bis 5. 5.2.1. Mapa de riesgos penales ex art. 31 bis 5.1. 5.2.2. Protocolos específicos ex. art. 31 bis 5.2. 5.2.3. Órgano de control-Compliance Officer y recursos financieros ex art. 31 bis 2.2º y 31 bis 5.3. 5.2.4. Canal de denuncias interno: "Whistleblowing" ex art. 31 bis 5.4. 5.2.5. Sistema disciplinario interno ex art. 31 bis 5.5. 5.2.6. Gestión de documentos. 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO PENALMENTE RESPONSABLE

1.1. Concepto de persona jurídica

A la hora de abordar la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, conviene primeramente que tracemos los rasgos que distinguen a dicho sujeto. Así, DÍEZ PICAZO se refiere a la persona jurídica como toda aquella realidad a la que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus elementos componentes, siendo sujeto de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos o representantes¹. De la misma forma,

¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 1998, p. 599.

PALIERO² asevera que la persona física no es la única realidad existente en el mundo normativo. Las personas jurídicas, y más extensamente los entes colectivos, no deben ser considerados sólo como una proyección de la persona física, sino como una precisa y autónoma realidad con voluntad propia en el universo de las relaciones humanas. La persona jurídica, que identificamos en general con el término "empresa", se configura, por ende, como una estructura con identidad y voluntad propias y distintas de sus integrantes.

En consecuencia, y extrapolando el concepto de persona jurídica al ámbito penal, si decimos que posee existencia propia –ya sea como una ficción, una realidad o una abstracción del Derecho, traslaticiamente a lo que sucede con las personas físicas–, parece innegable que también ha de ser responsable penalmente de sus actos. Dicho con otras palabras, del mismo modo que la persona jurídica es titular de derechos y obligaciones, en principio, nada debiera impedir que esté sujeta también a la normativa penal. Ello en la línea de lo que ya advirtiera VON LISZT al decir que las personas jurídicas pueden suscribir contratos y, por tanto, también contratos ilícitos, simulados, o usureros.

1.2. La persona jurídica en el tráfico moderno: organizaciones autopoieticas

Un capítulo importante de la teoría social actual, de cuño funcionalista, sostiene que *las empresas son sistemas autopoieticos* que funcionan solos, entendiendo por tal, una organización de la que se espera que se manifieste hacia el exterior como si fuese una persona física. Por tanto, como apuntamos en el anterior epígrafe, una organización que tiene capacidad propia y autonomía en su hacer, lo que significa, como lógico correlato, capacidad de responder de su (buen) funcionamiento³.

Desde un punto de vista fáctico, el panorama socio-económico es causante de un nuevo escenario criminológico en el que las personas jurídicas son protagonistas y al que el ordenamiento jurídico debe adaptarse, tanto desde una óptica formal como

² PALIERO, C.E., *Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano*, 1996, p. 8.

³GÓMEZ-JARA, C., *Culpabilidad penal de la empresa*, 2011, pp. 81 y ss., 201 y ss. Vid. también NIETO MARTÍN, A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, un modelo legislativo*, pp. 55 y ss., 67 y ss., 81 y ss., 215 y ss, Madrid, 2008. Y ya antes BACIGALUPO SAGESSE, E., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, pp. 53 y ss.

material. No cabe, a nuestro modo de ver, que el orden penal vea privados sus efectos para con el mayor agente de la era con base en una categorización dogmática anacrónica que se corresponde a una realidad pasada. En efecto, las transformaciones reales del Derecho Penal que se están sucediendo vertiginosamente en los últimos tiempos, y buena muestra de ello, como sostiene ZUÑIGA, es la incorporación de los delitos socioeconómicos en nuestro CP -con muchas figuras que no responden al tipo penal "clásico"-, ponen de manifiesto el cambio de paradigma del delito, y con ello la teoría del mismo.

En este contexto cabe destacar un supraconcepto ("*Oberbegriff*") introducido recientemente por LAMPE⁴ para aglutinar a las personas físicas y a las personas jurídicas bajo una misma categoría: se trata del concepto de *persona social*. Por persona social debe entenderse a un productor de injusto, generándose esta capacidad de producción de injusto en dos fuentes diferentes dependiendo de si se trata de personas físicas o jurídicas; las primeras, la adquieren a partir de su capacidad de acción; las segundas a partir de su capacidad de organización, que se materializa mediante personas físicas pero ello no obsta a la clara distinción en cuanto a la responsabilidad penal como viene a confirmar el texto que se analiza.

1.3. Acción y culpabilidad propias de la persona jurídica

Que la persona jurídica, conforme la definición expuesta, sin embargo, pueda ser sujeto de responsabilidad penal⁵ no es una cuestión en absoluto pacífica entre la doctrina; MIR PUIG sostiene que tal y como ha sido elaborada la teoría del delito en los países de tradición continental europea, no cabe la responsabilidad penal de las personas

⁴ LAMPE, S., *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, 2004.

⁵ Siguiendo a SCHÜNEMANN, B., cabe aquí distinguir entre la criminalidad *de* empresa y la criminalidad *en* la empresa. Mientras que la primera se refiere al conjunto de delitos que se cometen por medio de una empresa, la segunda engloba aquellos delitos cometidos en el ámbito empresarial, normalmente en beneficio de los administradores o socios; por tanto éstas son actuaciones que perjudican a la propia persona jurídica y, por ello, las reglas tradicionales de imputación son válidas. Es en el primero de los casos sin embargo en el que encontraremos los problemas de imputación, en tanto que los argumentos tradicionales utilizados para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentran su fundamento en la incompatibilidad de dichos sujetos con las categorías dogmáticas de *acción* y *culpabilidad* según se ha visto. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de la criminalidad de empresa", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1998, p. 531.

jurídicas. Prosigue diciendo que una persona jurídica no puede realizar propiamente ninguno de los elementos que exige la dogmática penal⁶.

En efecto, para los defensores de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica, el viejo aforismo "*societas delinquere non potest*", no sólo se sostiene en sede de acción (entendida como conducta humana libre e independiente), sino que encuentra razones favorables en torno al concepto de culpabilidad. En palabras de GÓMEZ-JARA, la culpabilidad supone la "*piedra angular de la responsabilidad penal moderna*"⁷, *id est*, como principio estructural básico de lo que se conoce como orden penal constitucionalizado⁸ y éste será en efecto uno de los argumentos sobre el que se apoyan los defensores de la responsabilidad penal de las empresas.

En este sentido, tal y como señalaran ROXIN en Alemania y BACIGALUPO en España, una de las características fundamentales del Derecho Penal del siglo XXI es la ampliación del sujeto a las personas jurídicas a fin de adaptar los instrumentos penales a las formas de criminalidad actuales. En efecto, la criminalidad económica tiene su origen en grandes y poderosas empresas y ello no puede afrontarse eficazmente penando sólo a una persona física. Y es que, como indica ZUGALDÍA, *aunque la persona física siga siendo el sujeto principal del Derecho Penal, el Derecho Penal de la persona física, por sí sólo, no está en condiciones de asumir los retos que supone la criminalidad organizada y económica*⁹.

Para poder imputar penalmente un ilícito a una persona física es necesario un comportamiento *típico, antijurídico y culpable* y en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica caben dos formas o modelos de imputación. De una parte, está la teoría de la representación o modelo vicarial, y, de otra, la teoría de la responsabilidad directa o propia¹⁰. El modelo vicarial opera desde hace siglos en el derecho privado. En

⁶ En MIR PUIG, S., "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6, 2004.

⁷ GÓMEZ-JARA, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, pp.66-68.

⁸ En este sentido, en la más que esclarecedora Sentencia del Tribunal Constitucional, 150/1991, de 4 de julio, FJ 4º, se dice lo siguiente: "*en efecto, la Constitución Española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este en la comisión de los hechos*". Consultado en la sección "Jurisprudencia Constitucional" de la web del Boletín Oficial del Estado. Fuente: www.boe.es

⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2011, p.60.

¹⁰ Existe abundante literatura sobre ambos modelos de fundamentación. Sobre los modelos preferentemente vicariales véase en especial la propuesta mixta de NIETO MARTÍN, A., en su excelente

el derecho de sociedades a la persona jurídica le son imputables los comportamientos de sus órganos, *id est*, de sus administradores. Si aplicamos este modelo esquivamos todos los inconvenientes teóricos referidos sobre la culpabilidad pero implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante de la misma ha cometido un delito, en su provecho, actuando dentro del marco de sus funciones empresariales. Aquí resultaría del todo irrelevante cómo o cuánto esté organizada la empresa.

Ello supone, no obstante, una responsabilidad por el hecho de otro y de carácter objetiva proscrita en nuestro ordenamiento¹¹. Es por esta razón que surge la teoría de la responsabilidad por el hecho propio conforme a la cual la empresa sería responsable cuando no hubiera adoptado las medidas de organización necesarias para prevenir y detectar la comisión de hechos delictivos por parte de sus empleados. Respondería de este modo por un hecho propio, su propio defecto de organización, y no derivado de la actuación de una persona natural. En este sentido, NIETO MARTÍN concibe la culpabilidad como "*déficit de autorregulación permanente*"¹² de forma que se pueda modular la propia culpabilidad de la persona jurídica al más puro estilo americano, según se verá.

En este contexto, entendiendo que la persona jurídica es responsable de su propia organización y control, si una persona física lesiona un bien jurídico y ello pudo haberse evitado mediante una mejor organización o control se le podría imputar penalmente este hecho. En efecto, será precisamente la nota de la organización y control la que se constituya como la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica¹³. Por lo tanto, "*una persona jurídica puede, o bien realizar su capacidad de acción u*

trabajo sobre *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 55 y ss. y *passim*; ÉL MISMO, "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa", *Política criminal*, N° 5, 2008, pp. 1-18. *En sus formas clásicas, los modelos puros de responsabilidad vicarial son incompatibles con la complejidad de la empresa moderna*; así lo destaca en este mismo contexto de discusión HEINE, G., "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales", *Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg*, 1996, pp. 19 y ss.

¹¹ STC 125/2001, de 4 de junio, al reconocer que el principio de personalidad de las penas forma parte de la legalidad a la que se refiere el art. 25.1 CE e implica que solo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos.

¹² NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008.

¹³ Vid., muy atinadamente, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Responsabilidad penal de empresas*, p. 271: "*De esta forma, el problema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas constituirá un problema normativo (o de imputación normativa) —tanto a nivel de injusto como de culpabilidad*".

organización, o bien no realizarla –o hacerlo defectuosamente– en un entorno social que exige su realización”¹⁴.

Este modelo parte de la comisión de la acción propia (principio del hecho) y la imputación de una culpabilidad también propia (principio de culpabilidad)¹⁵. ZUGALDÍA, como uno de los primeros autores que se apuntó en defensa de esta responsabilidad autónoma, entiende que no se puede partir del concepto de acción o culpabilidad dados para la persona física, lo que entronca con la propuesta de ampliación dogmática de sujeto aludida *ut supra*. En efecto, existe un dinámica internacional en el sentido de estimular una auténtica responsabilidad de las personas jurídicas al más puro estilo anglosajón¹⁶, a pesar de que, en palabras de FEIJOO SÁNCHEZ, los *grandes escándalos financieros, origen de la actual crisis económica, provienen de dichos países, con una muy asentada cultura de la responsabilidad penal de la persona jurídica*¹⁷. Es decir, la introducción de la responsabilidad penal directa o propia de las personas jurídicas responde, esencialmente, a criterios político-criminales vinculados al fenómeno de la denominada criminalidad empresarial con la superación, o no, de las cuestiones dogmáticas planteadas.

2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

2.1. Marco general

¹⁴ GÓMEZ-JARA, C., *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006, p. 163 y ss.

¹⁵ En este sentido, es notorio el desglose hermenéutico en la determinación de la acción delictiva hasta llegar a apreciar una acción propia de la persona jurídica en la Sentencia del Tribunal de la Haya 707 de 12 de febrero de 1988 la cual admitió la autoría de una persona jurídica, entre otras cosas, se apoyó en que la acción beneficiaba indiscutiblemente a la misma.

¹⁶ Dice BAJO FERNÁNDEZ, M., *"encarar el modelo anglosajón, favorable a dicha responsabilidad, frente al continental, no se ajusta ya a la realidad porque, en términos generales, la Unión europea ha tomado aquél como único modelo y existen múltiples directivas estimulando a los Estados miembros a incorporarse al mismo"*, en "Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español", *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, p.18.

¹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, p. 55.

El aforismo jurídico "*societas delinquere non potest*", uno de los pilares imperantes en la doctrina penal clásica, comenzó a quebrarse¹⁸ de forma positiva, y paulatinamente, cuando en 1995 se introduce, mediante el artículo 129, una serie de penas –denominadas consecuencias accesorias¹⁹– para con las personas jurídicas. Se avanza en la misma línea tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, dado que el art. 31.2 CP extiende la pena de multa a la persona jurídica en cuyo nombre o representación actuó el autor. Así, la reforma del Código Penal español operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, supone la ruptura definitiva con la tradicional inimputabilidad de la persona jurídica²⁰.

En efecto, hasta principios del siglo XX se negó toda responsabilidad penal a las personas jurídicas²¹, siendo sólo las personas físicas o naturales las que podían delinquir en interés de aquéllas. La irresponsabilidad de las personas jurídicas es una

¹⁸En contra, MIR PUIG, S., sostiene que "*las consecuencias accesorias no significan, pues, responsabilidad penal en el sentido estricto de imposición de penas, pero si en el sentido amplio en que también las medidas de seguridad pueden verse como un forma de responsabilidad penal. La formula española supone, pues, una vía intermedia entre la de exclusión de aplicación del Derecho penal a las personas jurídicas y/o a las empresas, y la de imposición de penas a las mismas por imputación a ellas de la comisión de delitos*" en "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6, 2004. Sin embargo, otros autores hablan explícitamente de la ruptura de tal aforismo y, por ende, de responsabilidad penal de las personas jurídicas, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (con FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.), Civitas, 2012, p. 33. Del mismo modo, y tal y como anunciara GÓMEZ-JARA, C., en *Fundamentos modernos PPJJ*, 2011, pionero en este sentido ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas, Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas*, 1997, p. 331; "Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas", *Empresa y Delito en el nuevo Código Penal*, 1997, pp. 221 y ss.; en *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, (Eds. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS), 2001, pp. 885 y ss.; En esta misma línea BACIGALUPO SAGESSE, E., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, pp. 278 y ss.; "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995", *Curso de Derecho penal económico*, 1998, p. 71; MUÑOZ CONDE, F., "Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos", *RP*, 1998 p. 70; Sin pronunciarse expresamente, pero siguiendo esta tendencia, RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", *La Ley*, 1996, pp. 1490 y ss.

¹⁹Que continúan vigentes y son aplicables a entes sin personalidad jurídica.

²⁰En cuanto a los sujetos susceptibles de ser responsables penalmente, el legislador se refiere únicamente a aquellas organizaciones con personalidad jurídica, salvo las excepciones expresas. Por tanto el legislador optó por un concepto penal en blanco que nos remite al derecho privado, lo que suscitará, a buen seguro, importantes problemas en la aplicación del régimen del 31 bis del Código Penal, que deberán salvarse por vía interpretativa. Aunque al respecto se haya pronunciado ya la Circular de la Fiscalía 1/2011, con una interpretación amplia respecto del concepto de persona jurídica.

²¹*Vid.* SCHÜNEMANN, B., "La punibilidad de las personas jurídicas desde una perspectiva europea", *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann*, (VV.AA.), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 572-573, últimamente VAN WEEZEL, A., *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2011. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

postura que, actualmente y a pesar de la reforma, defiende parte de la doctrina²², mientras que otro sector entiende que la reforma penal supone un modelo de heterorresponsabilidad (responsabilidad indirecta o vicarial), no obstante, un sector apuesta por la responsabilidad directa o propia, basada en la propia acción y en la propia culpabilidad de la persona jurídica según hemos tenido ocasión de ver.

2.2. Naturaleza de la reforma operada por la LO 5/2010 y criterios de imputación penal

En este contexto, y a falta de una norma positiva inequívoca, caben dos interpretaciones respecto a la normativa vigente: la primera obedece al *principio de la atribución*, que supone un sistema de responsabilidad vicarial, según se expresó, donde se "transfiere" a la persona jurídica la responsabilidad de las personas naturales que la controlan o actúan en su nombre, de tal manera que aquélla debe soportar "sanciones" por los ilícitos que cometen éstas. Una segunda interpretación entiende que, de forma sistemática con nuestra Constitución y con nuestro Derecho sancionador, se trata de una *autorresponsabilidad*²³, por tanto, una culpabilidad penal propia y directa de la persona jurídica, la cual se considera jurídicamente independiente de la que pueda atribuirse a las personas naturales que la controlan o actúan por ella²⁴. Conforme a esta hipótesis, y en consonancia con lo ya expresado respecto de este modelo de responsabilidad, el injusto se identifica con un "defecto de organización" de la persona jurídica²⁵.

²² En este sentido, ROBLES PLANAS, R., "La responsabilidad de la persona jurídica sólo es formalmente penal", *Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP*, La Ley, 29 de septiembre 2011, pp. 12 y ss.

²³ Así, BACIGALUPO SAGESSE, E., *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, pp. 20-23, 26; CARBONEL, M., *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, pp. 27 y 31; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Memento experto. Reforma penal 2010*, (Coord. ORTIZ DE URBINA, G.), 2010, pp. 13, 16 y ss.; GARCÍA, A., *Comentarios al código penal. Parte general* (Dir. CÓRDOBA RODA/GARCÍA, A.), 2011, pp. 392 y ss.; GÓMEZ-JARA, C. *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 8-10; GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general* (Coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), 2ª ed., 2010, pp. 353-354; MORALES PRATS, F., *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 2010, pp. 55-56; ORTIZ DE URBINA, G., *Ética empresarial y códigos de conducta*, (Dir. GOÑI, S.), 2011, pp. 122-123; y ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, pp. 581-583.

²⁴ GÓMEZ-JARA, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 136 y ss. y *passim*; haciéndose cargo de algunas críticas, ÉL MISMO, "La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Autorregulación y sanciones*, (Dir. ARROYO/NIETO), Valladolid: Lex Nova, 2008, pp. 255 y ss.

²⁵ Sin embargo, consideran el defecto de organización como elemento que fundamenta la culpabilidad, o ven difícil delimitar su contenido de injusto y culpabilidad, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Diario La Ley* 7442, 9 de julio de 2010, pp. 3-4; GARCÍA, A., *Comentarios al código penal. Parte*

Así las cosas, el hecho injusto está formado, efectivamente, por un hecho específico descrito en la norma concreta de que se trate (eludir el pago, contratar, verter la sustancia...) y un comportamiento activo u omisivo que supone la carencia de normas internas o ausencia de programas de buen gobierno que obliguen a directivos y empleados al cumplimiento de la normativa, o que origina defectos de organización determinantes del comportamiento típico.

NIETO MARTÍN asevera que "(...) *lo que el Derecho reprocha es la infracción de una norma de valoración, en virtud de la cual el legislador desvalora un estado, si se quiere, una forma de ser de la persona jurídica, consistente en que no se ha organizado de modo correcto con el fin de impedir o dificultar que las personas naturales que actúan dentro de sus sistemas no lesionen, de manera delictiva, bienes jurídicos*". Sin que se trate de castigar un estado, lo que obligaría a hablar de un derecho penal de autor, sino un hecho propio de la persona jurídica.

3. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO ("COMPLIANCE PROGRAMS")

3.1. Concepto y origen

El término extendido por antonomasia en nuestro país en el ámbito penal actual, "*compliance*", es para nosotros de nuevo cuño y en torno al mismo se sitúan las medidas que el legislador español pretende se implanten en las empresas, sin haber explicitado cuáles ni cómo. Con el fin de estimular una mayor responsabilidad corporativa, en sentido auto-regulatorio, se utiliza penalmente la fórmula que

general, (Dir. CÓRDOBA RODA/GARCÍA, A.), 2011, pp. 394-397, 400-401; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, p. 582; y ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, pp. 9-10, entre otros. Además, existen discrepancias sobre la admisión legal de la comisión imprudente del defecto de organización: la admiten en todo caso DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Memento experto. Reforma penal 2010*, (Coord. ORTIZ DE URBINA, G.), 2010, p. 18, pp. 20-21; y GARCÍA, A., *Comentarios al código penal. Parte general*, (Dir. CÓRDOBA RODA/GARCÍA, A.), 2011, pp. 392 y ss.; limitada a la segunda modalidad comisiva del art. 31 bis 1, ORTIZ DE URBINA, G., *Ética empresarial y códigos de conducta*, (Dir. GOÑI, S.), 2011, pp. 124-126; sólo en supuestos aislados expresamente previstos, CARBONELL, M. *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, p. 28; y MORALES PRATS, F., *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 2010, p. 57.

representan los "*Compliance Programs*" o "*Criminal Compliance*"²⁶ y que consisten en una estructura de prevención delictiva diseñada y ejecutada al interno de la sociedad. El programa se concreta en protocolos específicos diseñados a fin y efecto de mitigar las conductas delictivas por parte de los trabajadores de las empresas.

Los escándalos empresariales que tuvieron lugar en los USA y en Europa - casos como Worldcom, Parmalat y Flowtex²⁷ - propiciaron que a nivel mundial se estableciese una meta: la mejora de la dirección societaria basada en la "buena organización de la empresa" o en el "buen gobierno corporativo" ("*Corporate governance*") y cuyo origen se remonta a los USA, en una fase de expansión y mejora de la lucha contra la criminalidad empresarial. Necesariamente desarrollamos este epígrafe sobre los programas de cumplimiento normativo de los USA, primero por haberse originado allí y segundo porque a día de hoy suponen, todavía, el mayor referente en el plano práctico.

Los programas de cumplimiento se remontan al siglo XX en los USA y tienen su origen en el "movimiento por la seguridad pública". Así, por un lado, comienzan a surgir las agencias de seguridad pública, como por ejemplo la "*Food and Drug Administration*" (Administración de Alimentos y Medicamentos) creada en 1906 y, por otro lado, se condena la mala *praxis* de las empresas (como el caso *New York Central & Hudson River Railroad vs. United States* en el año 1909 en el que la empresa es condenada por haber otorgado ilegalmente tarifas favorables a determinadas compañías azucareras). La vigilancia de las diversas industrias aumentó la fricción entre la empresa privada y el gobierno federal.

Este modelo de supervisión gubernamental centralizada, sin embargo, se vio limitado por sus propios recursos aunque predominó hasta la década de 1970. Tras el

²⁶ SIEBER, N., "Programas de "*compliance*" en la responsabilidad penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", *El Derecho Penal económico en la era compliance*, (Dir. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p.66.

²⁷ Las falsedades contables de la empresa Worldcom, que se declaró insolvente en el 2002, causaron a los USA un perjuicio de 107 mil millones de dólares. En el caso de la empresa Enron, que entrara en insolvencia el 2001, el perjuicio causado, entre otras cosas a través de falsedades contables y estafas, ascendió alrededor de 60 mil millones de dólares. En un caso descubierto el año 2000, la firma fraudulenta Flowtex causó en Alemania, a través de negocios ficticios, daños por un monto de 1,500 millones de marcos alemanes. En el caso del consorcio italiano Parmalat, producido el 2003, se acusó a la dirección de la empresa de manipulaciones contables con un perjuicio que llegaba a aproximadamente a 23 mil millones de euros. A este perjuicio material de la criminalidad económica se suman los daños inmateriales enfatizados tempranamente por TIEDEMANN, K., especialmente a través de los efectos de contagio y de resaca de los delitos. Vid. al respecto TIEDEMANN, K., *Verhandlungen*, 1972, p.49.

escándalo de *Watergate* y las investigaciones llevadas a cabo por la Comisión de Bolsa y Valores ("*Security Exchange Commission*") (SEC), las cuales revelaron que los sobornos eran una práctica habitual en el sector empresarial, surge la Ley de anticorrupción extranjera ("*Foreign Corrupt Practices Act*") (FCPA), en diciembre de 1977²⁸. Esta ley, junto con la creación de las agencias de control, tales como la Agencia de Protección del Medio Ambiente y la Agencia de Control de Drogas ("*Environmental Protection Agency and the Drug Enforcement Agency*"), impulsó a las empresas a desarrollar los recursos internos a fin de vigilar activamente el cumplimiento de la normativa sectorial y legislación en general. Nacen por tanto los primeros programas de prevención y ética corporativa, "*compliance*", en el seno de la empresa privada.

3.2. Las Guías para dictar sentencia de 1991 ("*United States Sentencing Guidelines*") (USSG)

El 1 de noviembre de 1991 al entrar en vigor las "*United States Sentencing Guidelines*" (USSG)²⁹, el curso y el alcance de los programas de "*compliance*" cambió para siempre. Las USSG suponen unas directrices y guías para los jueces en el enjuiciamiento de las organizaciones y vienen recogidas en un manual³⁰. Si bien desde el plano teórico no se encontró impedimento alguno a la hora de hallar culpable a una persona jurídica³¹, hubo de concretarse, sin embargo, cómo se articulaba el enjuiciamiento de la misma en cuanto al grado de culpabilidad o a la pena consecuente.

²⁸Esta ley exige, principalmente, y en cuanto a lo que aquí interesa, que las compañías cotizadas dispongan de un sistema adecuado de control interno de la contabilidad. Supuso, por tanto, el primer paso de una política pública interesada en estimular el cumplimiento de la legalidad en las empresas, que, por la complejidad de las mismas, opta por una estrategia de «autorregulación regulada». Posteriormente, en 1987, la Comisión Treadway reconoce los problemas inherentes a la falta de definición y la falta de normas relativas a los controles internos, por lo que publica en 1992 un informe titulado "*Internal Control Integrated Framework*" el cual establece los requisitos básicos para el control interno de las compañías.

²⁹Extensamente, GÓMEZ-JARA, C., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos de América*, 2010.

³⁰Que encuentran su correlativo para con las personas físicas con la creación por parte del Congreso, a través de la "*Sentencing Reform Act*" de 1984, de la "*U.S. Sentencing Commission*" (Comisión para establecer pautas de sentencia), que en el año 1987 promulgó las "*Sentencing Guidelines*" referente a las personas físicas, las cuales han sido declaradas no vinculantes tras un proceso conocido como el caso *Booker*, al entender la Corte Suprema que estas guías violaban la sexta enmienda americana. No se predica lo mismo, no obstante, respecto de las USSG elaboradas respecto de las empresas que siguen siendo, a día de hoy, plenamente válidas.

³¹En cuanto al sujeto activo del delito, resulta sumamente interesante la definición ofrecida por las Guías, puesto que serán aplicables a toda organización, entendiéndose por ésta toda persona que no sea un individuo. Ello se refleja literalmente en el apartado 18 de las USSG contemplando en consecuencia las diferentes formas organizativas que existen y que –en general– pueden traducirse como siguen:

Ello supuso, paralelamente y de forma más intensa, un llamamiento a la prevención en el seno de las empresas, por lo que se potenció notablemente el desarrollo de los programas de cumplimiento en el interior de la empresa.

En efecto, a fin de asegurar la eficiencia en la prevención del fraude, las primeras USSG identificaron siete áreas específicas donde las empresas debían centrarse mediante un programa de ética supervisado por empleados de alto nivel y ejecutado de forma permanente que detectase, corrigiese y reportase cualquier infracción. *De facto*, para calificar el programa de cumplimiento de la compañía como "efectivo" no sólo tenía que establecer normas y procedimientos para prevenir y detectar conductas delictivas, sino que debía promover activamente una cultura empresarial basada en la ética y el cumplimiento de la ley.

A nivel procesal, por tanto, las USSG han venido proporcionado una hoja de ruta para los jueces federales en cuanto a cómo enjuiciar los crímenes cometidos por las organizaciones mientras que para modular la "culpabilidad" se sirven del "*responsability score*". Ese sistema de puntuación es la base de referencia utilizada para fundar una sentencia. Se suman o restan puntos en función de factores y criterios articulados en las guías. Así por ejemplo, se puntúa si la empresa se muestra tolerante con el crimen, si posee antecedentes o si obstruye la acción de la justicia y, del mismo modo, se restan puntos si la empresa cuenta con programas de ética y cumplimiento efectivo o si coopera con las autoridades y asume la responsabilidad del ilícito.

En efecto, se contempla un incentivo penológico en tanto que cabe la reducción de la pena ante la comisión de un delito por parte de una empresa si ésta dispone con anterioridad de un código ético escrito con base a las directrices antedichas, del mismo modo que se valora la realización del oportuno informe para la entidad gubernamental competente que coadyuve en la investigación criminal.

Por tanto la política empresarial u organizativa de las compañías, tanto desde un punto de vista preventivo-material (existencia de un programa de cumplimiento), como desde un punto de vista postdelictivo-formal (confesión, colaboración) se

sociedades anónimas, sociedades comanditarias, asociaciones, sociedad por acciones (*jointstock companies*), sindicatos, *trusts*, fondos de pensión, las administraciones públicas y sus subdepartamentos, así como fundaciones y organizaciones sin ánimo de lucro en general.

relaciona directamente con la determinación de la culpa de la compañía y, por ende, de la pena.

Por último, cabe recordar que las USSG han sido ampliadas y actualizadas en el año 2004, tras la aprobación de la Ley "Sarbanes-Oxley" ("*Sarbanes-Oxley Act*"), con lo que, entre otras cosas, se introdujo la responsabilidad penal para la junta directiva de las empresas y nuevos requisitos para los programas de cumplimiento, tales como la formación de los empleados ("*training*") o la evaluación periódica de los propios "*compliance*"³², lo que no viene sino que a reforzar los propios programas de cumplimiento.

3.3. El control por parte del Departamento de Justicia ("Department of Justice") (DOJ): Las memos

El Departamento de justicia está integrado por el Fiscal General (FGA) ("*Deputy Attorney General*") y, como es sabido, en USA el sistema de acusación penal se caracteriza porque es el Fiscal quien dirige la instrucción, lo que le proporciona un grado de discrecionalidad muy elevado conforme al principio de oportunidad.

Así, desde 1999 han venido elaborándose una serie de memorándums por parte de la fiscalía con el objetivo de proporcionar a los fiscales federales las pautas a la hora de enjuiciar a las empresas. Nótese que le corresponde a la fiscalía determinar si el sistema de prevención no es más que una mera formalidad, como un "programa de trabajo", o si fue diseñado e implementado de manera efectiva, y ello, precisamente, conforme a las directrices contenidas en las memo.

• *Holder Memorandum*

En este sentido, el memorando titulado "*La Fiscalía Federal de Corporaciones*"³³ emitido el 16 de junio de 1999 por el Delegado del Fiscal General, Eric HOLDER, ilustró a los fiscales federales a la hora de imputar a las personas jurídicas

³² En este sentido, existen en USA numerosos organismos, como el "*Open Compliance and Ethics Group*" (OCEGTM), que proporcionan un marco de actuación para la integración de la ética gubernativa y el cumplimiento normativo en la empresa. Asimismo se ha desarrollado una Guía de Medición (MMG) para ayudar en la evaluación y presentación de informes sobre el rendimiento de programas de ética y cumplimiento.

³³ *Federal Prosecution of Business Organizations* <http://federalevidence.com/corporate-prosecution-principles>

así como a la hora de evaluar los programas de "compliance" de las mismas, para lo que se sirve de 9 puntos clave.

• *Thompson Memorandum*

En enero de 2003 se publica el memorando del FGA, Thompson, escrito para ayudar a los fiscales federales a decidir si condenan o no a las compañías, en lugar de o además de a los individuos que la dirigen. Esta memo ha sido fuente de severas críticas, entre otras cosas porque requiere un alto grado de cooperación por parte de las empresas, así como la renuncia a ciertos privilegios y, además, se penaliza su incumplimiento. En efecto, conforme a esta memo, las empresas deben: (1) entregar los materiales de las investigaciones internas; (2) renunciar al privilegio abogado-cliente (secreto profesional); (3) imposibilidad de que la empresa sufrague los costes judiciales en la defensa de sus directivos, incluidos los honorarios de los letrados.

Tras las duras críticas, sobre todo en lo concerniente al privilegio de abogado-cliente, el Secretario de Justicia Adjunto, Paul J. McNULTY, en diciembre de 2006, emitió una versión revisada. De hecho, en los últimos años el Congreso ha celebrado audiencias relativas a la aplicación de las directrices del Departamento de Justicia a fin de preservar los derechos constitucionales que asisten a las empresas al ser procesadas.

Por tanto, las memos tienen un papel crucial en cuanto al comienzo del procedimiento y, por su parte, las USSG son la guía para los jueces a la hora de enjuiciar a las compañías y valorar su culpabilidad. Así las cosas, las empresas americanas se sirven de sendos instrumentos a la hora de elaborar e implementar sus programas de prevención y ética corporativa.

3.4. Contenido de los programas preventivos en los USA a la luz de las USSG

Las organizaciones buscan en las guías y directrices, tanto las contenidas en las USSG como las contenidas en las memos de la DOJ, la forma de minimizar el riesgo que se presenta por los delitos que puedan cometer sus empleados. *De facto*, hasta la fecha, la mejor protección para una empresa viene dada por la implantación de un programa ético y de cumplimiento.

En cuanto a las USSG, no exigen que el "compliance" tenga una forma específica para ser considerado eficaz judicialmente de modo que las empresas han

utilizado una amplia variedad de formatos. El Capítulo 8 de las guías establece los criterios de enjuiciamiento criminal de las organizaciones ante los tribunales federales de los USA. Según estos criterios, la implantación de un programa efectivo de ética y cumplimiento, con carácter previo a la comisión del ilícito, destinado a la prevención del crimen (*effective "compliance" and ethics program*) permitirá al juez federal reducir significativamente la sanción o incluso exonerar a la entidad.

En efecto, la sección 8B2.1 del manual establece los requisitos básicos del programa de ética y cumplimiento y que son los que siguen:

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

(2) 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.

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

(4) Personal específico dentro de la entidad tendrá la responsabilidad ordinaria 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.

(5) 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 de la información apropiada teniendo en cuenta sus respectivos roles y responsabilidades.

(6) 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 auditoria 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.

(7) 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.

(8) Una vez que 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.

4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONTENIDA EN EL PROYECTO DE REFORMA DE 2013

4.1. Introducción

En la sesión del pasado 20 de septiembre de 2013 el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal que inicia ahora el trámite parlamentario. El texto supondría una ambiciosa transformación desde un punto de vista sustancial y de política criminal, y baste para ello una atenta lectura de las 24 páginas que componen la Exposición de Motivos. En efecto, de aprobarse definitivamente esta reforma, cabe destacar que implicaría la introducción de figuras tan

relevantes como novedosas -prisión permanente revisable- por un lado, o la supresión de las faltas, por otro.

En las siguientes páginas se abordan las novedades respecto de lo que aquí interesa: la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el papel que juegan los programas de "*compliance*". En este sentido, la importancia de la reforma radica en que, de forma cierta, la implementación de los programas de buen gobierno y ética corporativa, pueden eximir de la imputación penal. Es decir, aquéllos no sólo podrán desplegar sus efectos como atenuante (tal y como están configurados en el CP vigente y siempre que se establezcan con anterioridad a la celebración del juicio oral), sino que, además, la nueva redacción del artículo 31 bis podrá eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas que efectivamente los hayan implementado en forma.

Del mismo modo, el texto se encarga de regular o configurar dichos programas, enumerando los requisitos que deben cumplir para resultar jurídicamente válidos (a efectos de eximente o atenuante) o eficaces. Ello a diferencia de los USA -país, según hemos visto, pionero en la materia-, en el que las especificaciones técnicas de los programas de "*compliance*", así como la valoración a efectos procesales, vienen siendo elaboradas periódicamente por la Fiscalía en las ya mencionadas USSG. Ello puede responder a una pretendida mayor seguridad jurídica y al temor de una incorrecta interpretación por parte de la Fiscalía General del Estado, como así sucede en la Circular 1/2011 donde parece insuficiente el valor atribuido a los programas de prevención penal si lo contrastamos no sólo con la tendencia internacional sino con el propio texto de reforma que se estudia.

Así las cosas, se analizará el contenido y estructura que debe tener el programa o modelo de prevención a la luz del texto de reforma y, aunque muchas otras cuestiones son también de especial importancia, como la implementación, aquí no se pueden abordar todas ellas. Por otro lado, queda en el tintero también una parte interesante de esta nueva configuración de la responsabilidad penal que viene constituida por el análisis procesal, el cual carece de norma reguladora vigente. Así, desconocemos cómo se inicia el procedimiento, si el encargado de examinar los programas será el Ministerio Fiscal o el Juez Instructor, si, en definitiva, el haber implementado un programa de prevención y control eficaz implica *per se* que ya no se dirija la imputación contra la

sociedad impidiendo la apertura de diligencias previas, o lo que es lo mismo, si se evita la conocida "pena de banquillo".

Se adelanta que la reforma usa "*modelo de organización y gestión*" de forma indistinta con "*modelo de prevención*" para referirse a los programas de "*compliance*", adoptando así el mismo término que el sistema Italiano, "*modello di organizzazione e gestione*".

Por último, en cuanto al concepto de "persona jurídica", la novedad de la reforma es la (necesaria) inclusión de las Sociedades mercantiles Estatales como sujeto de responsabilidad penal, toda vez que se constituyen con personalidad propia y suponen meros instrumentos que sirven a la Administración Pública. Ésta continúa fuera del ámbito penal, y si una persona física se sirve de una Administración para la comisión de ilícitos penales, la responsabilidad penal deberá predicarse, como hasta ahora, de esa persona física, y la Administración Pública, más que agente del delito, deberá ser considerada como una perjudicada más, en la medida en que se han servido de ella para su comisión.

4.2. Vías de imputación: el hecho propio de la persona jurídica

La modificación en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que pretende introducir esta reforma, y cuyo fundamento, a tenor del propio apartado III de la Exposición de Motivos, descansa en el *hecho propio* de la persona jurídica, despeja toda duda en términos de imputación respecto de la vigente redacción. Si se dice del actual articulado que se optó por un sistema mixto de imputación, tomando en consideración la actuación del agente –como el sistema vicarial-, pero también la actuación de la persona jurídica, el texto del pre-legislador imputa la responsabilidad a la persona jurídica con base a su propio defecto de organización según se pasa a ver mediante el análisis de los distintos preceptos.

4.2.1. El art.31 bis a)

De la simple lectura del apartado a)³⁴ del precepto cabe destacar, ya de entrada, la superflua "nueva" delimitación del sujeto material -persona física- que comete el

³⁴ El artículo 31 bis dice así: *En los supuestos previstos en este Código las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando*

delito y por el cual será responsable la persona jurídica. Esta cuestión fuera ya una de las que más polémica había suscitado entre la doctrina cuando se discutía el vigente art. 31 bis³⁵. En realidad el verso resulta innecesario toda vez que se elimina "el administrador de hecho" pero se incluyen las personas con capacidad de decisión: y no solo los representantes legales (administradores de derecho) sino también quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de control y organización dentro de la misma, *i.e.*, *los administradores de hecho*³⁶.

Desde un punto de vista garantista, incluso resulta rechazable la supresión del término administrador de hecho. Como es sabido el concepto penal de *administrador de hecho* es, *per se*, más extenso que el concepto mercantil e incluye no sólo irregularidades registrales o situaciones transitorias de defectuosa documentación, sino también a sujetos como el verdadero propietario de la empresa o el que está detrás del testaferro. La redacción propuesta en la reforma, sin embargo, es más laxa que la definición jurisprudencial de administrador de hecho conforme a la STS de 26 de enero de 2007 que lo define así: "*el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión. Debe desempeñar una función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento*".

individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro la misma.

³⁵ De acuerdo con el Anteproyecto 2008, la persona jurídica respondía únicamente cuando el delito era cometido por "*las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad*". Tal fórmula dio paso a otra más laxa, según la cual bastaba con que el comportamiento delictivo se realizase "*en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales, los administradores de hecho o de derecho o los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica*" (Proyecto 2009). Esta última fórmula recibió severas críticas en la discusión pre-legislativa por su excesiva amplitud, ya que en aplicación de la misma podría provocar la responsabilidad penal de la empresa la conducta realizada por un mero apoderado de la empresa.

³⁶ O como reza el FJ2 de la STS 816/06, de 26 de julio: "*Los administradores de hecho serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extra-penales, se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra*". Para un estudio en profundidad del concepto de administrador de hecho en Derecho mercantil, vid. *Memento Sociedades Mercantiles*, n° 870, 2011.

¿Acaso pretende el legislador incluir a los sujetos que ocupan mandos intermedios –apoderados, jefes de obra, directores de zona o directores de subdivisiones– en las sociedades? Es decir, aquellos sujetos que no siendo administradores de hecho según se acaba de ver sí "*ostentan facultades de organización y control*" como reza el precepto. Habrá que atender a la interpretación que hagan nuestros Tribunales, aunque se pueden advertir que, desde un punto de vista objetivo, los problemas versarán sobre qué entendemos por "facultad de organización o control" y respecto de qué actividades.

Con todo, la correcta interpretación del apartado a) de este art. 31 bis debe hacerse a la luz del modelo de autorresponsabilidad penal de la persona jurídica que inspira el texto. Por tanto el dato determinante será si hay o no subordinación, *de facto o de iure*, con el órgano de administración y, por ende, sólo podrá imputarse por esta vía responsabilidad penal a la persona jurídica si el autor material forma parte de ese órgano de administración y, a *sensu contrario*, por la vía del apartado b) en los demás casos y si concurren las circunstancias descritas.

Por otro lado deviene del todo irrelevante el intercambio entre la expresión actual "*en su provecho*" por la querida en la reforma de "*en su beneficio directo o indirecto*", pues todo provecho implica beneficio y como asevera DOPICO nada impide entender que "*provecho*" pueda no tener naturaleza económica. Asimismo, el provecho puede ser directo (*beneficio empresarial*) o indirecto (*ahorro de costes, una ventaja competitiva, un incremento de conocimiento, un mejor posicionamiento en el mercado, o cualquier otra condición análoga.*)³⁷.

4.2.2. El art. 31 bis b)

En lo que se refiere al apartado b)³⁸ del art. 31 bis, no difiere sustancialmente de la redacción actual que imputa a la persona jurídica los delitos cometidos por quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas con capacidad de decisión siempre

³⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Memento Experto Reforma Penal*, (Coord. ORTIZ DE URBINA, G.), 1/174, 2010.

³⁸El apartado dice como sigue: "*De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto 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 haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*".

que éstos hayan incumplido su deber de supervisar, vigilar y controlar la actividad de aquéllos.

Ello no obstante, en el anteproyecto se requería el haber incumplido "*gravemente*" el deber de controlar la actividad de los subordinados. A falta de pronunciamiento expreso, la nota de gravedad, como circunstancia modal en la falta de control, venía a confirmar, desde nuestro punto de vista acertadamente, que cabe la responsabilidad culposa³⁹.

Igualmente, no existe inconveniente en que se trate de un autónomo, o un trabajador subcontratado dado que el único requisito es que opere bajo el ámbito de dirección de la empresa. Esto podría aludir, aunque de forma muy sutil, al conocido como "*compliance*" de terceros, protocolo que actualmente se implementa y exige en las grandes compañías.

4.2.3. Autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica, ex art. 31 ter

El proyecto establece en el art. 31 ter, al igual que lo hizo la LO 5/2010 ex. art. 31 bis 2) sin variación en la redacción, la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica respecto de la persona física, autor material. Tal y como lo interpretara ya la doctrina, este precepto no viene sino a reafirmar la idea de que el modelo de imputación se basa en la autorresponsabilidad de la empresa⁴⁰. No obstante, el apartado 1º vincula la responsabilidad de la persona jurídica con la de la física al establecer una regla de compensación de la responsabilidad de la sociedad con la del autor del delito. La regla, que únicamente resultará aplicable cuando la pena impuesta sea de multa, persigue evitar situaciones de *bis in idem* en casos de pequeñas empresas en las que el capital de la persona jurídica y el de la persona física, administrador, coinciden sustancialmente, y,

³⁹ Existen discrepancias sobre la admisión legal de la comisión imprudente del defecto de organización en el vigente art. 31 bis, la admiten en todo caso DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Memento Experto Reforma Penal*, (Coord. ORTIZ DE URBINA, G.), 2010, pp. 20-21, p. 18; y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al código penal. Parte general*, (Dir. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, M.), 2011, pp. 392 y ss.; limitada a la segunda modalidad comisiva del art. 31 bis 1, ORTIZ DE URBINA, G., *Ética empresarial y códigos de conducta*, (Dir. GOÑI, S.), 2011, pp. 124-126; solo en supuestos aislados expresamente previstos, CARBONELL MATEU, J. C, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, p. 28; y MORALES PRATS, F., *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 2010, p. 57.

⁴⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Memento Experto Reforma Penal*, (Coord. ORTIZ DE URBINA, G.), 1/190, 2010.

sobre todo, debido a que las tareas de control y organización recaen sobre quien eventualmente pudiera cometer un ilícito.

Sin duda la mayor novedad viene dada por la importancia otorgada a los programas o modelos de organización y prevención penal, "*compliance*", que hallan su inclusión a lo largo de todo el articulado propuesto. En efecto, se detallan desde las condiciones que debe reunir aquél hasta las circunstancias conforme a las cuales la sociedad podría quedar exenta de responsabilidad penal y cuyo núcleo viene constituido, precisamente, por el programa de prevención penal.

4.3. Circunstancias eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ex. art. 31 bis 2 y 4

La regulación actual adolece de toda concreción lo que significa, en términos prácticos, que una empresa puede ser imputada penalmente sin que el legislador hubiera previsto, ni en el CP ni en cualquier otra normativa, en qué casos puede eximirse de dicha responsabilidad o cuáles son los instrumentos y medidas que ha de habilitar a nivel interno a efectos de atenuación de la pena.

Ello trata de reparar la reforma que se analiza incluyendo no sólo las circunstancias atenuantes vigentes y que luego se verán, sino un novedoso apartado segundo en el art. 31 bis que, literalmente, recoge las circunstancias que exoneran de responsabilidad a la sociedad y que pasamos a transcribir fin de facilitar el posterior análisis:

Art. 31 bis 2) "*Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior –y también en su letra b) ex art. 31 bis 4-, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:*

a) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos de la misma naturaleza;

b) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control;

c) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención, y;

d) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b)".

La carga de la prueba le corresponde a la sociedad. Así, aún cuando las personas físicas mencionadas en el apartado 1 del art. 31 bis hayan cometido un delito, sirviéndose de la estructura societaria y en provecho de la misma, pero la sociedad pueda demostrar que: con anterioridad venía ejecutando un "*compliance*" (en los términos que luego se verá siguiendo el orden del texto, art. 31 bis 5); que la sociedad dispone de una comisión u órgano independiente y el cual tiene atribuidas las facultades de gestión y control del programa de prevención; que la persona física autora del delito ha eludido de forma fraudulenta dicho programa; y que el órgano que tiene encomendado el diseño e implementación del programa ha ejercido correctamente sus funciones, podrá eximirse de responsabilidad penal.

Es decir, establece que la persona jurídica queda exenta de responsabilidad penal cuando se hayan acreditado y ejecutado eficazmente, antes de la comisión del delito, las pertinentes acciones de vigilancia y se hayan implementado los procesos y controles específicos encaminados a la evitación y prevención de ilícitos. En última instancia, cuando no pueda el delito ser imputado penalmente a la sociedad a causa de un hecho propio basado en el defecto de organización. Y ello mediante la creación en el seno de la persona jurídica de un organismo con poder autónomo -como se exige en el sistema italiano-, que supervise constantemente esa implantación de procesos de prevención y control. Por tanto, mediante un sistema de prevención penal que debe ser aprobado por el "*compliance officer*", ese órgano autónomo conocido -e instaurado a nivel orgánico- por todos los miembros de la empresa en el grado que les corresponda según su categoría y competencias internas.

Respecto de la comisión de un ilícito por parte de un subordinado, a los que se refiere el apartado b) del art. 31 bis 1, también podrá ser eximida la sociedad de responsabilidad penal ex. art 31 bis 4 si antes de la comisión del delito, *ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido*. Es decir, resulta suficiente para el legislador que concurra la condición 1ª) del art. 31 bis 2, *id est*, la implementación del "*compliance*". Ciertamente, del mismo modo que la vinculación del subordinado con la sociedad es de menor intensidad que la que une a ésta con la persona física con

facultades de organización y control, los requisitos exigidos para la aplicación de la eximente resultan también más laxos. Ello no obstante, una ulterior lectura permite comprobar que atendiendo a los requisitos que debe cumplir un modelo de organización y gestión, ex. art. 31 bis 5, el cual se refiere literalmente a los modelos de prevención instaurados en aquellas empresas cuyos ilícitos vengan cometidos por los subordinados, se observa como implica también la circunstancia contenida en la condición 2º de este art. 31 bis 2, en tanto que menciona al órgano de control autónomo. Por tanto el nivel de exigencia preventiva es similar tanto si el sujeto material tiene una relación directa o de subordinación con la persona jurídica.

En cualquier caso, este nuevo apartado 2 del art. 31 bis viene, aunque de un modo indeseablemente farragoso, a potenciar el significado penal de los programas de "compliance", arrojando, por lo demás, la necesaria y aclamada seguridad jurídica que precisan las acciones punibles en términos de legalidad.

4.4. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ex art. 31 quáter (junto con 31 bis 2 segundo párrafo y 31 bis 4 segundo párrafo)

Por su parte, las circunstancias atenuantes vienen recogidas en un art. 31 quáter con idéntico contenido que el actual 31 bis 4. A mayores se contiene una circunstancia atenuante en el art. 31 bis 2, estudiado en el anterior epígrafe y que enumera las circunstancias eximentes, referido al ilícito que cometa materialmente el administrador de hecho o de derecho al especificar en su segundo párrafo que:

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

Del mismo modo, el art. 31 bis 4, referido a la eximente en caso de que la acción típica la realice el subordinado, en su segundo párrafo se remite a la misma atenuante de este modo:

"En este caso resultará igualmente aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del número dos de este artículo 31 bis".

A parte del hecho de que resulta casi incomprensible su redacción por falta de claridad, no se alcanza a entender si basta con la acreditación parcial de una circunstancia y ello será valorado como atenuante, o si se requiere de acreditación parcial de todas y cada una de las circunstancias. Se sobreentiende que la correcta lectura debe apuntar a la valoración como atenuante de cualquiera de las circunstancias expresadas. Ello por una razón sistemática; tal y como se ha dicho, este apartado es aplicable también a la circunstancia eximente de responsabilidad penal para el caso de que el sujeto físico sea un subordinado, ex. art. 31 bis 4 mencionado *ut supra*, y como quiera que dicho artículo expresa sólo una circunstancia (aunque en realidad las englobe todas según se ha visto), lo más lógico será interpretar que cada circunstancia incompleta se evalúe como una atenuante por el juzgador.

5. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO CONTENIDOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

5.1. La importancia de los programas de cumplimiento en el proyecto de reforma

El Proyecto pretende una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas queriendo delimitar, con mayor suerte, qué debemos entender por "*debido control*", dicción contenida en la regulación vigente y carente del menor rigor jurídico exigible en un Estado de Derecho. Trata de despejar así toda duda acerca de la necesidad y utilidad de los programas de cumplimiento, significando los requisitos que deben contener los modelos de organización y control así como la estructura que debe adoptar. Cuestiones éstas que se inspiran profundamente en los modelos anglosajones aunque, sin embargo, no parezca el CP el instrumento más adecuado para contener los requisitos de los "*compliance*". Ello no sólo porque la eventual modificación de los mismos, conforme pueda exigir la realidad jurídica, deviene más dificultosa sino que, además, la forma o contenido de los modelos de prevención debiera ser el resultado de una consulta transversal entre los distintos operadores de la vida jurídica, al más puro estilo norteamericano.

Adentrándonos en materia, el dolo en la comisión de un ilícito por parte de los administradores y subordinados comprende, en la reforma, precisamente, eludir esos modelos de prevención y control de forma fraudulenta y sin que exista, por lo demás, duda alguna respecto de una eventual omisión en el ejercicio de su actividad respecto del órgano de supervisión y control, "*compliance officer*", según se ha visto, ex. art. 31 bis 2.

En un futuro próximo las empresas contarán, sin excusas, con ese órgano de control dotado de poderes autónomos al objeto de supervisar y evaluar la efectividad e implementación de los programas de "*compliance*". Si bien esto no sería de aplicación a las pequeñas empresas, entendiendo éstas, tal como recoge el proyecto de reforma, las que están autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas (inciso final del apartado 3 del art. 31 bis). En los USA se entiende, sin embargo, que las pequeñas empresas son aquellas en las que trabajan menos de 200 personas, en Italia, por su parte, se contemplan como en España las PYMES. Se debe tener en cuenta, no obstante, a la hora de evaluar estas exigencias preventivas, los altos costes que presentan los programas de "*compliance*", pues requieren de la intervención de personal muy cualificado para su elaboración y personal específico y con conocimientos técnicos para su seguimiento y control.

En este sentido, en los USA se contempla para estos casos el "*walkaround*"⁴¹ que es una especie de inspección realizada por funcionarios como las que se realizan actualmente en nuestro país en determinados sectores y para ámbitos concretos (Seguridad e Higiene v.g.), de modo que se evita el tener que implementar un completo programa o un órgano autónomo de control, y basta para cumplir las exigencias legales el seguir una serie de directrices o parámetros preestablecidos.

En cualquier caso, las medidas concretas y la política de cumplimiento normativo deben instaurarse en todas las empresas que desempeñen una actividad, de cualquier tipo, de la misma manera que tienen que trimestral, mensualmente y anualmente preparar la contabilidad y pagar los impuestos correspondientes, deben de ejercer un debido control y una vigilancia al equipo gestor y a sus empleados para evitar

⁴¹ SCHNEI, T., *Legal Liabilities in Safety and Loss Prevention*, JONES, 2011, p. 39.

que la empresa sea condenada penalmente, entre otras, la "pena reina" constituida por grandes sumas económicas en forma de multa.

Estas exigencias son, para determinadas empresas, de obligado cumplimiento. Así aparece reflejada en el texto de Reforma, concretamente en un nuevo delito consistente en la omisión de medidas de control destinadas a evitar los delitos de empresa. Así, el inciso primero del apartado 1º del nuevo art. 286 establece un castigo de tres meses de prisión a un año y una multa de doce a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en caso de que el administrador de la sociedad omita la adopción de medidas de vigilancia o control que resulten exigibles a fin de evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito.

El proyecto recoge las líneas básicas que debe cumplir el programa de "*compliance*" para considerarse eficaz, y que pasamos a ver, de lo que cabe extraer, sobre todo, que ha de ser un programa personalizado. En este sentido destaca la exigencia de que la empresa implemente protocolos específicos del sector en el que opere y del delito en cuestión que se trate de evitar, así como el componente esencial en el flujo de la información y la *notitia criminis*; el llamado "canal de denuncia" ("*whistleblowing*") al que se dedica un epígrafe *infra*. En efecto, el mercado empresarial, de la mano de los penalistas, ha venido entendiendo que el canal de denuncias supone parte integrante del modelo de organización, y, sin embargo, otro tanto lo configura o asocia a un protocolo específico de carácter externo cuyo servicio han encomendado muchas empresas, *de facto*, a diversos agentes que se dedican exclusivamente a procurar este servicio. Ello no obstante, según el tenor del Proyecto, y con independencia de una mayor seguridad mediante un canal externo de denuncias, las empresas habrán de integrar en su programa preventivo un canal de denuncias interno.

5.2. Contenido de los programas "compliance": Requisitos ex. art. 31 bis 5

Cabe decir que con anterioridad a la aprobación de la LO 5/2010 muchas de las organizaciones que componen el tejido empresarial español, fundamentalmente las cotizadas y/o empresas de gran tamaño, disponían de medidas de control sectoriales que

han ido adaptando a las nuevas exigencias político criminales⁴². Otras, sin embargo, han iniciado, o lo harán, el proceso de control desde el principio. De aprobarse el texto que se propone, todas ellas podrán hacerlo a la luz de los requisitos que, de forma inédita, deben contener los modelos de organización y gestión para ser eficaces a efectos penales a los que se dedica el art. 31 bis 5, y que ahora veremos, sucintamente, en qué consisten.

Del texto de reforma y de la tendencia internacional se desprende que el objetivo de un programa de "*compliance*" no debe ser, exclusivamente, eludir la responsabilidad penal. Cualquier programa de prevención penal que se base, únicamente, en tratar de evitar la responsabilidad penal está abocado al fracaso. Nos permitimos realizar esta afirmación porque desde un punto de vista práctico, carecería de sentido que, por ejemplo, una empresa que opera con la Administración contemple en su programa de prevención penal una política o un protocolo anticorrupción (por ser su área más sensible) pero, sin embargo, no se pronunciase sobre la política medioambiental o de igualdad. Este razonamiento encuentra su cabida cuando el articulado dice "*procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica*" ex. art. 31 bis apartado 5, requisito 2º. Es por ello que el Código Ético se configura como el aglutinador de la filosofía de la empresa, como la carta de presentación, no siendo, no obstante, un requisito *ex legem*, pero la realidad es que la mayor parte de las sociedades de gran tamaño ya disponían del mismo en la línea del buen gobierno corporativo.

Más allá de las exigencias jurídico penales, el término "*compliance*" lleva implícito "*with the law*" lo que significa que el programa de prevención ha de abarcar no sólo políticas encaminadas a la evitación de la comisión de ilícitos penales por parte de los administradores o de los subordinados, sino que debe comprender una política de cumplimiento normativo genérica. Si se dice de la empresa que es el agente con mayor participación en la vida económico-social de nuestra era, debe reinar en la misma una política de buen gobierno y ética corporativa. En este sentido, el programa de "*compliance*", que puede estar encabezado por el Código Ético -como genérica

⁴² Como se mencionó *supra* en nuestro ordenamiento hay muchas normativas sectoriales que ya venían estableciendo deberes de *compliance* como la LOPD, la LSSI o la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo.

declaración de intenciones-, será el referente que defina a la empresa, por lo que debe incluir su visión y su misión con cautelosa sujeción a la normativa de forma general y, de forma más concreta, con específicos protocolos y reglamentos acordes con el sector en el que opere y con los riesgos o áreas sensibles inherentes a su actividad y estructura. La efectividad de los protocolos que se verán está estrictamente determinada por la formación específica de los directivos y personal sobre el contenido y límites de dichas herramientas, así como por un sistema de denuncias interno/externo y un sistema disciplinario, según el tenor literal, y que pasamos a ver.

5.2.1. Mapa de riesgos penales ex art. 31 bis 5.1

El articulado se refiere a la identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que han de ser prevenidos. Se trata, por tanto, de un análisis de los riesgos penales, "*risk assesment*" o "*due diligence*" penal, que presenta la empresa interna y externamente y que se materialice en un Plan de neutralización de los riesgos detectados. Consiste, en efecto, en una tarea minuciosa que pueda arrojar luz sobre las áreas sensibles donde actúa la empresa así como los riesgos inherentes a dicha actividad sectorial. Así, no puede tratarse de un producto estandarizado, precisamente a partir de este mapa de riesgos penales se van a derivar las demás herramientas específicas que habrán de implementarse en el seno de la sociedad. El mapa puede contener los riesgos internos y externos, así como una individualización de las áreas (financiera, proveedores, medioambiente...) a fin de facilitar luego la elaboración de los protocolos específicos.

5.2.2. Protocolos específicos ex. art. 31 bis 5.2

Aquí se incardinan las medidas concretas que constituyen el proceso de formación de voluntad de la empresa -tenor literal-. Por tanto, vienen a especificar esa declaración de intenciones contenida en el Código Ético para con aquellas áreas identificadas en el mapa de riesgos penales y que no vienen sino a mitigar los mismos. Así las cosas, el programa debe prever políticas dirigidas a aquéllos delitos para los que el CP contemple responsabilidad para la sociedad (por ejemplo, un programa que persiga la evitación del cohecho). Ello porque debe poder acreditarse como objetivamente idóneo para evitar delitos de la misma naturaleza al cometido, aunque en el caso concreto haya sido burlado como consecuencia de la incorrecta ejecución del

plan por parte de un cuadro intermedio, o de cualquier trabajador de la empresa, a tenor de las circunstancias eximentes *vid supra*. Es por ello que habrá tantos protocolos como requiera la sociedad con base en su actividad, características, áreas sensibles, etc. Veamos algún ejemplo:

-Protocolo de defraudaciones: Supondría un código de conducta corporativo contenedor de las facultades y límites negociales de aquellas personas con capacidad de vincular a la compañía en acuerdos con clientes y proveedores.

-Protocolo de abuso de información privilegiada y otros delitos contra el mercado: se vincularía con la aplicación de la normativa ya existente respecto del Mercado de Valores que se podría institucionalizar en códigos de conducta con inclusión de cláusulas contractuales concretas respecto del uso de la información.

-Protocolo de blanqueo de capitales: Aparte de las medidas derivadas de la normativa administrativa existente para la prevención del blanqueo de capitales, en cuanto a los sujetos obligados, convendría adaptarla al escenario jurídico penal en el sentido de potenciar aquellas conductas que puedan prevenir dicho ilícito.

5.2.3. Órgano de control-*Compliance Officer* y recursos financieros *ex art. 31 bis 2.2º y 31 bis 5.3*

El texto es claro al especificar en el art. 31 bis 2. 2º que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento de modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la sociedad con poderes autónomos de iniciativa y de control, cuyo refuerzo se plasma en el apartado 3 del art. 31 bis 5 al establecer que dispondrán de los modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos lo cual no resulta totalmente claro, sin embargo, en el Anteproyecto se especificaba que la sociedad debía destinar una partida presupuestaria para sufragar los costes que pueda generar (técnicos y humanos), tenor mucho más acertado e inequívoco. En cuanto al órgano de control, puede participar en la propia elaboración del "*compliance*" o puede instaurarse *a posteriori*, en su implementación y posterior y permanente evaluación y control; al estilo del *Organismo di Vigilanza* del derecho italiano, coordinado por agentes suficientemente autónomos e independientes como el *Compliance Officer* anglosajón.

En este sentido, la estructura del órgano vendrá dada por el tamaño de la entidad, y, según lo dispuesto en el art. 31 bis 3, para pequeñas empresas esta tarea que desempeñe el órgano de control podrá ser asumida por el órgano de administración directamente. En sociedades de mayor tamaño 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. Sus funciones debieran ser (1) la implementación del programa de prevención de delitos en la estructura de la sociedad; (2) el seguimiento y control de la efectividad del programa; (3) la proposición de mejoras o modificaciones del programa ante la detección de nuevos riesgos; (4) la reelaboración de nuevas medidas en caso de producirse actividad delictiva; (5) 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 y el órgano de control, por su parte, realizará un seguimiento de esta actividad.

Asimismo, en el caso de las grandes empresas, la praxis demuestra que la estructura de prevención de delitos viene reforzada mediante la constitución de una Comisión de Cumplimiento que, además de evaluar los criterios de la sociedad seguidos por el órgano de control, resulta un canal efectivo de información para el órgano de administración. De ahí que convendría que dicha Comisión fuese interdisciplinar de entre las áreas de la sociedad.

5.2.4. Canal de denuncias interno: "*Whistleblowing*" ex art. 31 bis 5.4

Al igual que hemos visto en Derecho comparado, el legislador asume la importancia del canal de denuncias interno hasta convertirlo en requisito de los modelos de prevención. Así, en términos generales, en las empresas los sistemas de denuncia interna o "*whistleblowing*" consisten en la creación de vías que permitan a sus empleados informar de los incumplimientos observados, tanto de las normas internas, como de las normativas que rigen su actividad. Dichas denuncias se canalizan directamente a través del órgano de control descrito, de forma que el mismo, con base en su autonomía y deber, pueda operar con la información recibida.

Al margen de la reforma, cada vez más empresas la están poniendo en marcha, especialmente las sociedades cotizadas en las bolsas españolas, ya que así lo establece el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo, en su recomendación nº 50, relativa a las responsabilidades de los Comités de Auditoría, en lo que se refiere al establecimiento y supervisión de un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si se considerase apropiado, anónima, las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa. Se adhiere el sistema a la dinámica americana en tanto que se habilitan canales de denuncia en forma similar a la recogida con carácter imperativo por la Ley *Sarbanes-Oxley Act*, respecto de las empresas cotizadas en Wall Street⁴³.

5.2.5. Sistema disciplinario interno ex art. 31 bis 5.5

En la línea de lo avanzado al inicio de este estudio, lo que pretende también el legislador en la reforma es la convivencia entre la regulación y la autorregulación. Así, se constata ahora la exigencia de un sistema al interno de la empresa mediante el cual la propia sociedad previene, descubre y sanciona a sus integrantes por las infracciones que puedan cometer.

De este modo, contar con políticas que prevean sanciones proporcionales y adecuadas para casos de infracción puede reducir notablemente la comisión de ilícitos dentro de la sociedad. Asimismo, y a *sensu contrario*, el comportamiento ético y el cumplimiento del programa de prevención debería ser parte de las políticas de incentivos de la empresa bien representada en los bonos anuales o en promociones a los trabajadores. Es decir, un sistema disciplinario en sentido negativo pero también positivo.

5.2.6. Gestión de documentos

⁴³ En sintonía con ello, se puede ver como en determinados sectores deviene de obligado cumplimiento. En efecto, el Marco Internacional para la Práctica profesional de Auditoría Interna, se refiere a este concepto anglosajón en su Norma 2440. A2, Difusión de resultados, al desarrollar su contenido en el Consejo para la Práctica 2440-2, indicando que: "*en algunas situaciones, un auditor interno puede enfrentarse al dilema de considerar si comunica o no la información a personas fuera de la cadena de mando habitual o incluso fuera de la organización. Esta comunicación es comúnmente denominada whistleblowing*"; aclarando que será interno cuando solo se efectúe en el ámbito de la organización, en tanto que externo cuando se efectúe a alguna agencia gubernamental o autoridad de fuera de la organización.

De poco o nada valdrían todos los esfuerzos que la sociedad hiciera si no se documentaran adecuadamente todas y cada una de las acciones y medidas encaminadas a la prevención del delito. Así, la gestión de la documentación tiene como objetivos: (1) la efectiva implantación del sistema de prevención; (2) su constante adaptación y mejora; (3) la detección de comportamientos irregulares y delictivos.

Para alcanzar estos objetivos es imprescindible contar con un buen sistema de gestión documental, que permita con prontitud reunir la información necesaria. Realizar una correcta gestión documental resulta imprescindible para poder demostrar a la autoridad judicial la existencia de modelos de organización y gestión idóneos dentro de la empresa y articular una defensa eficaz.

A fin de que los documentos del sistema de prevención puedan cumplir los objetivos que acaban de reseñarse, resulta necesario que reúnan las siguientes características: -Autenticidad, lo que significa que garantizan que los hechos o el contenido de la información que incorpora el documento pertenece a una o varias personas determinadas. Los documentos anónimos, no atribuibles a nadie en concreto, tienen escaso valor. -Integridad: una vez que se ha producido un documento auténtico, en el sentido que acaba de indicarse, debe impedirse la alteración de la información o de los hechos que incorpora. La autenticidad y la integridad de los documentos deben alcanzarse a través de la implantación de un sistema de gestión documental que impida o dificulte la alteración de la información que se contiene en los documentos auténticos y que impida o dificulte la creación de documentos en los que se atribuya a una persona una declaración o manifestación que no ha realizado. -Permanencia: la información debe registrarse en soportes que garanticen su perdurabilidad en el tiempo y debe conservarse de modo seguro, de tal modo que los documentos no puedan ser destruidos. -Fiabilidad: los hechos que describen los documentos deben ajustarse a la verdad y las opiniones, informes y juicios de valor que en ellos se expresen respondan a criterios técnicos o científicos admisibles.

Con el fin de lograr documentos que respondan a estas características, sería necesario que en relación a cada procedimiento del programa de prevención (por ejemplo, sistema de denuncias, procesos tendentes a evitar la corrupción, los delitos contra el mercado de valores etc.) se gestionara, en el caso de las grandes empresas,

mediante el delgado de cada área, siendo, en todo caso, el último responsable el Comité de cumplimiento o "*Compliance Officer*".

6. CONCLUSIÓN

Al igual que André Citroën exportó el *fordismo* a Europa, el modelo de imputación de las personas jurídicas se basa, en última instancia, en el americano, según hemos podido ver. En efecto, la empresa, como "persona social", es un auténtico productor de injusto y cuyo origen reside en su capacidad de organización, por lo que ha de dotarse de los mecanismos que aseguren su fidelidad al Derecho. Ello se materializa mediante los programas de cumplimiento normativo o "*compliance*".

Como se ha visto, lo más novedoso de la Reforma viene dado por la tan ansiada regulación de los programas de "*compliance*" y sus efectos exoneratorios. Cabe decir no obstante que el CP pudo no resultar el instrumento más adecuado para enumerar los requisitos de los mismos, y lo deseable hubiera sido atender a la Circular que en su caso emitiese la Fiscalía, o mejor aún, guiarse por un protocolo elaborado de forma transversal entre los distintos agentes jurídicos (abogacía, judicatura, fiscalía, etc.) de forma similar a como opera USA.

Se puede afirmar, empero, que más allá de la letra de la Ley, lo que llama nuestra atención es que se está imponiendo, *de facto*, la *autorregulación regulada*, como medicina a los grandes escándalos financieros y criminalidad organizada. He aquí la razón por la que Porter no contempló la denominada "sexta fuerza competitiva" del mundo empresarial, y que consiste, entre otros, en la actuación de los Poderes Públicos. Sin duda era un visionario. No puede suponer una fuerza competitiva una tarea que le es inherente a la empresa y que supone, además, una garantía para la misma.

7. BIBLIOGRAFÍA

AMBROSETTI, E.M., *Diritto penale dell'impresa*, ZANICCHELI EDITORI, Bologna, 2009.

ANEIROS PEREIRA, J., *Diez cuestiones básicas sobre la obligación de colaborar en la prevención del blanqueo de capitales para los profesionales del asesoramiento*.

ASTARLOA, E., "¿Por fin un concepto unívoco de "Administrador de Hecho"?", *Derecho Penal y Derecho Societario*, homenaje al Profesor D. Juan Luis IGLESIAS PRADA, Extraordinario Uría, 2011.

BACIGALUPO SAGESS, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art.31 bis y 129 CP)", *DIARIO LA LEY*, nº7541, 5 enero 2011.

CARBONELL MATEU, J. C., *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Santiago: Francis Lefebvre, 2010.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos.", *DIARIO LA LEY*, nº7796, 13 febrero 2012.

GIMENO SENDRA, V., "Los principios de legalidad y *non bis in idem* en la doctrina del Tribunal Constitucional", *DIARIO LA LEY*, nº6735, 14 junio 2007.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG", *DIARIO LA LEY*, nº 4082/2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (con FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y BAJO FERNÁNDEZ, M) *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, CIVITAS THOMSON-REUTERS, Cizur Menor, 2012.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", *DIARIO LA LEY*, nº7501, 3 de noviembre 2010.

LAUFER WILLIAM, S., "Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of "compliance"", *VANDERBILT LAW REVIEW*, Nº 52, octubre 1999.

MAGRO SERVET, V., "Persecución penal de los ilícitos cometidos por los administradores de hecho", *DIARIO LA LEY*, nº6541, 4 septiembre 2006.

MARTÍNEZ PARDO, V. J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *REVISTA INTERNAUTA DE PRÁCTICA JURÍDICA*, número 26, año 2011.

MIR PUIG, S., "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004.

MIR PUIG, S., *Derecho penal parte general*, 2008.

MIR PUIG, S., y BAJO FERNÁNDEZ, M., "Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español", *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012.

MUÑOZ CONDE, F. "Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos", *RP*, 1998.

NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, IUSTEL, Madrid, 2008.

NIETO MARTÍN, A., y BLUMENBERG, A., ""Nemo tenetur se ipsum accusare" en el Derecho Penal económico europeo", *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo* (Dir. NIETO MARTÍN, A. y DÍEZ-PICAZO, L.M.), THOMSON ARANZADI, Cizur Menor, 2010.

NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal", *DIARIO LA LEY*, nº8120, 5 de julio de 2013.

PALIERO, C.E., *Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano*, 1996.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", *La Ley*, 1996.

TIEDEMANN, K., "Die "Bebussung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT*, núm. 19, 1988.

WELLNER, A. P., "Effective "compliance" Programs and Corporate Criminal Prosecutions", *CARDOZO LAW REVIEW*, nº27, Octubre 2005.

