

unir

UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL
DE LA RIOJA

**Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía**

Responsabilidad penal de las personas jurídicas, los compliance programs. Tensiones y retos.

Trabajo fin de máster presentado por:
Eneritz Miranda Muxika
Titulación: Máster en el Ejercicio
Profesional de la Abogacía
Área jurídica: Derecho Penal Económico
Director: Eduardo Rodríguez-Cano
Gimenez-La Chica

San Sebastián-Donostia
19 de julio de 2018
Firmado por: Eneritz Miranda Muxika

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS | 2 |
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| I. EL ÍTER LEGISLATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS | 8 |
| II. LOS SUJETOS PENALMENTE RESPONSABLES | 14 |
| III. LOS ASPECTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL: LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA | 17 |
| III.1. Sistema vicarial | 18 |
| III.2. Modelo de autorresponsabilidad | 19 |
| IV. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD Y EN ESPECIAL LOS COMPLIANCE PROGRAMS | 21 |
| IV.1. Análisis de riesgos..... | 23 |
| IV.2. Protocolos de actuación | 23 |
| IV.3. Recursos financieros, control económico: due diligence | 24 |
| IV.4. Canal de denuncias: Whistle blowing | 24 |
| IV.5. Sistema disciplinario | 25 |
| IV.6. Sistema de revisión periódica | 25 |
| V. DELITOS | 32 |
| VI. LA DETERMINACION DE LAS PENAS | 34 |
| VII. LA REALIDAD EN LAS PYMES | 39 |
| CONCLUSIONES | 42 |
| VIII. BIBLIOGRAFÍA | 46 |
| VIII.1. Referencias bibliográficas..... | 46 |
| VIII.2. Fuentes..... | 48 |
| IX. ANEXO | 50 |

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

| | |
|-----------------|--|
| Circular 1/2011 | Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010. |
| Circular 1/2016 | Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforma a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015. |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial. |
| CP 2010 | Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. |
| CP 2015 | Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. |
| FGE | Fiscal General del Estado. |
| LSC | Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. |
| PYME | La pequeña y mediana empresa. |

Resumen: La Ley 5/2010 y la posterior reforma en 2015, han supuesto la instauración por primera vez en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, derribando el aforismo "societas delinquere non potest". El Código Penal 1/2015, desarrolla los presupuestos de responsabilidad, requiriendo a las personas jurídicas y sus directivos incorporar las nuevas obligaciones de cumplimiento normativo, promoviendo los denominados programas de cumplimiento empresarial, como modelo para la exención o atenuación de la responsabilidad criminal.

Por su parte las Circulares de la Fiscalía 1/2011 y 1/2016 también subrayan la importancia de llevar a la práctica los llamados compliance program, prevaleciendo la verdadera aplicación en el día a día de las empresas, evitando el coste reputacional. La Circular 1/2016, enfatiza el alcance de los programas de prevención de delitos, rechazando la idea de meros protocolos formales, alentando la aplicación en la realidad diaria de las organizaciones.

El 99% de las empresas que componen el tejido empresarial español son Pymes. ¿Están exentas de la responsabilidad penal? ¿Cómo podrían cumplir con las exigencias sin ser sujetos de los escándalos financieros de las últimas décadas?

Palabras clave: responsabilidad penal de la persona jurídica; programa de cumplimiento empresarial; responsabilidad vicarial; autorresponsabilidad, vigilancia.

Abstract: For the first time in the Spanish criminal codification, the Organic Law 5/2010 and the adoption of a new Criminal Code in 2015, established a regulation on criminal liability for legal persons, denying the aphorism "societas delinquere non potest". The Criminal Code 1/2015, require legal entities to adopt and support new obligations, enhancing the so-called compliance programs, as a model for criminal liability exclusion.

Circulars of the Prosecutor's Office 1/2011 and 1/2016 also stress the importance of carrying out the compliance program, preventing the real application in the day by day of the companies, rejecting the idea of simply formal protocols.

99% of the companies that compose the Spanish entrepreneurial fabric are SMEs. Are they exempt from criminal responsibility? How could they meet with the demands without being part of the last decades financial scandals?

Keywords: criminal liability of legal persons; compliance programs; vicarious liability; self-responsibility; vigilance.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, un creciente número de países de nuestro entorno económico, jurídico y cultural ha procedido a dar reconocimiento a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Las cuestiones relativas a la delincuencia económica, la corrupción y el crimen organizado han alcanzado una especial relevancia y en consecuencia las instituciones internacionales, sensibilizados por esta realidad han venido recomendando fórmulas para luchar contra la utilización de las formas societarias con el fin de delinquir.

El legislador español, sensibilizado y motivado, entre otras razones, por la delincuencia y crisis económica, ha introducido en la legislación española un sistema de responsabilidad, con el fin de poder atribuir responsabilidad criminal a las organizaciones empresariales. Esta inclusión en el ordenamiento jurídico ha podido llevarse a la práctica, materializarse a través del cauce de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tal y como ha dicho ROIZ ALTOZANO, las reformas del CP del 2010 y 2015, además de las Circulares 1/2011¹ y 1/2016² de la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) atienden a las siguientes causas: la concepción de la empresa como un núcleo de criminalidad, la necesidad de establecer una cultura de cumplimiento, autocontrol y el intento de armonización del Derecho Penal³.

Así pues, el fenómeno de la responsabilidad criminal de la persona jurídica está siendo objeto de numerosos desarrollos a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial.

El presente trabajo trata sobre el novedoso sistema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Las recientes reformas aprobadas a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP 2010) y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de

¹ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010.

² Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

³ ROIG ALTOZANO (2012: 1-2).

noviembre del Código Penal (en adelante CP 2015) han hecho factible derrocar el viejo aforismo “societas delinquere non potest”, para instaurar el fenómeno “societas delinquere potest”.

La estructura del trabajo está organizada en siete capítulos. En el primer capítulo abordaré el recorrido histórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, sin perjuicio de que haré una pequeña alusión a la legislación de otros países de la Unión Europea.

En el segundo capítulo sentaré las bases de los sujetos penalmente responsables en base al artículo 31 bis 1 del CP 2015. En este sentido, analizaré el sistema de la doble autoría introducida por el legislador y su aplicabilidad práctica a la realidad de las personas jurídicas.

En el tercer capítulo hablaré de los aspectos subjetivos del tipo penal, la culpabilidad de la persona jurídica. Sentaré las bases para imputar un delito a una persona jurídica, en definitiva, para que la persona jurídica sea imputable a partir de la acción u omisión realizada por un administrador, representante legal o subordinado. La regulación del Código Penal, y en este sentido la exposición de motivos del CP 2015, avanza en un modelo de autorresponsabilidad o responsabilidad directa de las personas jurídicas, rechazando la tesis del sistema vicarial o hetero responsabilidad.

El cuarto capítulo está dedicado a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y se trata del apartado más extenso, debido a la reciente reforma del CP 2015 donde regula más detalladamente los programas de cumplimiento, otorgándoles su valor no solo como atenuantes sino incluso como eximentes. Los denominados compliance program deben ser eficaces y servir para una defensa real posterior de la persona jurídica. Asimismo, desarrollaré los criterios de control para prevenir y evitar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en los supuestos típicos en los que le sería exigible (numerus clausus). Igualmente, estableceré las pautas a seguir para prever y evitar que los llamados “Top Managers” o sus dependientes puedan cometer delitos bajo el manto de la persona jurídica.

Posteriormente, estudiaré las medidas a adoptar, requisitos mínimos que el CP 2015 establece para configurar un sistema de prevención y detección de delitos. Las medidas en aras del “debido control” para la prevención de comisión de delitos podrían ser entre otros: hacer un mapa de riesgos penales, identificando las actividades cuyo ámbito tienen riesgo jurídico penal; establecer protocolos de actuación que concreten el proceso de formación de voluntad; adoptar un sistema de gestión de recursos económicos con el fin de evitar la comisión de ilícitos penales; implantar un canal de denuncias y disponer de un procedimiento disciplinario y un modelo de revisión y actualización en su caso.

Así pues, los compliance guide son protocolos de actuación que subrayan e impulsan el control a priori para evitar y prevenir la comisión de delitos tipificados penal-económicamente. En virtud de ello, constituyen pilares fundamentales el análisis de riesgos, un sistema de normas y controles previos, un canal de denuncias, un sistema sancionador y la creación de un Órgano de Vigilancia. La legislación, doctrina y jurisprudencia abogan por eximir de responsabilidad criminal a la persona jurídica si en un momento previo a la conducta delictiva se concretó y desarrolló de forma práctica y eficiente un programa de prevención.

En el quinto capítulo se hace alusión al *numerus clausus* de ilícitos que la persona jurídica puede cometer. Entre otros delitos, el legislador ha establecido que las personas jurídicas podrían verse entre otros implicados en los siguientes delitos: estafa, corrupción y blanqueo de capitales, insolvencias punibles, delitos fiscales y contra la Seguridad Social, delitos urbanísticos y medioambientales, delitos de falsificación y contrabando y delitos contra el medio ambiente.

En el sexto capítulo se desarrollará la cuestión de la determinación de las penas, y en este sentido el artículo 33.7 del CP 2015 recoge un elenco de *numerus clausus* penas que son de aplicación a las personas jurídicas. El catálogo cerrado de penas establecido por el legislador español restringe los delitos que pueden cometer las empresas y la novedosa ley implica que existe hoy en día vaga jurisprudencia, que dificulta la labor de interpretación de los artículos del Código.

En el séptimo capítulo propondré una posible solución a la controversia relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las PYMES.

Los delitos contra la Hacienda Pública, la corrupción, el blanqueo de capitales, las estafas, el tráfico de influencias... el terreno de los delitos económicos está adquiriendo una relevancia cada vez mayor en nuestra sociedad. Veremos cómo ha asumido el legislador español la difícil tarea encomendada.

I. EL ÍTER LEGISLATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Hoy en día, progresivamente, los países de nuestro entorno cultural, económico y jurídico han procedido a dar reconocimiento al fenómeno de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

Los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas se agrupan fundamentalmente en dos sistemas: por un lado, los sistemas provenientes del Derecho anglosajón (Common Law) y por otro lado, los de Codificación de Europa Continental, donde estos últimos se sustentan en el pensamiento dogmático alemán y la normativa francesa.

En los países con sistemas de Derecho anglosajón prevalecía la idea de que las sociedades pudieran delinquir, mientras que en los países de la Europa continental predominaba la regla de que la persona jurídica no pudiera ser sujeto imputable en lo concerniente al Derecho Penal Económico. Tal distinción carece de sentido hoy en día, al no haber prácticamente distinción entre los dos sistemas.

Los sistemas que tienen su origen en el Common Law, países anglosajones, fueron los primeros en admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Países como Estados Unidos, Inglaterra, Canadá y Australia fueron los propulsores en dar reconocimiento a la responsabilidad penal de las personas jurídica. El mismo tuvo su origen en el siglo XIX, cuando los jueces comenzaron a responsabilizar a las sociedades por la actuación delictiva de sus directivos y empleados bajo el amparo de la persona jurídica. De este modo, los jueces de aquellos sistemas basados en el Responsabilidad penal de las personas jurídicas, los programas de cumplimiento.

Common Law comenzaron a destapar a aquellas personas físicas que ejecutaban acciones bajo el amparo del velo corporativo. El modelo anglosajón es de aplicación también en países como Noruega, Suiza y Holanda.

Siendo esto así, los sistemas provenientes del Derecho anglosajón han sido el foco y el origen del desarrollo del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en otras legislaciones de países con un sistema continental.

En el ámbito del Derecho Penal europeo, un número creciente de Estados miembros ha emitido un juicio favorable a la formulación “societas delinquere potest” como principio jurídico y legislativo. En este sentido, países como Francia, Países Bajos, Irlanda, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia y desde el 2010 España aplican sanciones penales contra las personas jurídicas. Por su parte, otros Estados miembros como Grecia, Austria, Alemania o Italia imponen únicamente sanciones administrativas, económicas a la persona jurídica.

A continuación, realizaré una breve mención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado (Derecho Alemán, italiano, francés y español).

En Alemania persiste el aforismo “societas delinquere non potest” y consecuentemente las personas jurídicas no son sujetos penalmente responsables. En el sistema alemán consideran que imputar responsabilidad penal a la persona jurídica no cumple con el principio de culpabilidad, debido a que las mismas siempre deben actuar por medio de la actividad, acción de las personas físicas. A pesar de esta concepción, las personas jurídicas si podrían ser sancionadas en vía administrativa⁴.

En Italia, rige el aforismo “societas delinquere potest” a través de un modelo mixto. En este sentido, las personas jurídicas podrían ser sancionadas en procesos penales a través de sanciones administrativas. Este sistema guarda cierto parecido a lo establecido en el territorio español a través de la Ley Orgánica 5/2010, ya que el

⁴ PEREZ ÁRIAS (2014:94).

legislador estableció que las penas atribuibles a las personas jurídicas no podrían ser otras que las consecuencias accesorias establecidas en el 129 del CP 2015. Actualmente, tales consecuencias accesorias coexisten con la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español.

Así pues, los estados de Alemania e Italia abogan por un modelo de responsabilidad de las personas jurídicas que se aproxima al derecho administrativo, a pesar de que las penas sean impuestas por la jurisdicción penal. Cabe señalar que es el derecho administrativo el que en cierto sentido abrió el camino al Derecho Penal en aras a desarrollar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

En lo que respecta a la ley penal francesa, las personas jurídicas son sujetos penalmente responsables desde el año 1992, excluyendo tanto el Estado Francés como aquellos entes territoriales. Estos últimos podrán ser penalmente responsables de aquellos delitos cometidos en el ejercicio de las actividades dispuestas en los convenios de delegación de servicios públicos, de acuerdo con el artículo 121.2 del Código Penal Francés.

Del mismo modo que en el Derecho Penal español, en la actualidad, en Francia se puede condenar penalmente a la persona jurídica incluso cuando no sea posible identificar a la persona física.

Son multas, las penas que se aplican mayormente en Francia. Pero tal y como ocurre en España el legislador francés también ha establecido penas accesorias como son entre otras el sometimiento a vigilancia judicial, la clausura o la disolución. Estas sanciones complementarias son de aplicación a las personas jurídicas sometidas al derecho público (al igual que en Finlandia, Dinamarca o Bélgica).

En un número creciente de países, están optando por aplicar el Derecho Penal, no abogando así por la utilización de la rama del derecho administrativo, al considerar el mismo insuficiente. El propósito además de apostar por un impacto preventivo es tratar de igual forma las actuaciones delictivas sean cometidas estas por personas físicas como por medio de personas jurídicas.

En el panorama nacional, la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido reflejo de los diversos Convenios Internacionales suscritos

Responsabilidad penal de las personas jurídicas, los programas de cumplimiento.

por España, además de varios Convenios del Consejo de Europa y directivas de la Unión Europea ratificados por España. Entre los antecedentes internacionales que requerían implantar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se encuentra la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos (2004). En el plano del Consejo de Europa, se halla el Convenio número 173 del Consejo de Europa sobre la corrupción hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999⁵. Las decisiones marco de la Unión Europea también han sido en parte origen de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Estas decisiones marco han obligado al legislador a modificar el ordenamiento jurídico con el fin de lograr una armonización entre los estados miembros de la Unión Europea en el área del Derecho Penal. Tal y como se ha indicado anteriormente las reformas han sido incorporadas prácticamente todo el conjunto de estados que configuran la Unión Europea.

En el ámbito estatal, el legislador español, a través de la reforma del CP 2010, introdujo un nuevo paradigma, instaurando la responsabilidad penal de las personas jurídicas, consagrando el aforismo “societas delinquere potest”. La Ley 5/2010 introdujo en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad objetiva penal de las personas jurídicas por la realización de determinadas actuaciones ilícitas de los administradores de estos, y lo que figura como más novedoso, por las consumadas por las personas a su cargo en caso de no emplear la diligencia debida en el desarrollo de herramientas de control y supervisión dentro de la organización. Así el legislador fijó las bases para inculcar la llamada “cultura de cumplimiento”, zanjando la controversia sobre si una persona jurídica puede ser penalmente responsable. Pero el CP 2010 tenía diversas lagunas en el ámbito procesal y sustantivo⁶.

En lo que respecta al **ámbito procesal**, el legislador español trató de suplir el vacío legal del CP 2010, a través de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, incluyendo medidas de agilización procesal e introduciendo las reformas necesarias en la Ley de Enjuiciamiento Criminal referentes a aspectos procesales en relación con la responsabilidad criminal de las personas jurídicas

⁵ RODRIGUEZ FERNANDEZ (2017:1).

⁶ JAÉN VALLEJO (2018:3-4).

(intervención en el juicio, competencia, derecho de defensa etc.). El legislador estableció así a través de esta normativa, una serie de garantías, un estatuto jurídico de la persona jurídica contra la que se siga un proceso penal. Así pues, se han creado unos preceptos que establecen qué es lo que tiene que hacer la persona jurídica cuando se presenta en un juzgado, bien porque ha sido acusado o juzgado. Se crea la figura del representante legal de la persona jurídica, que no tiene que coincidir con la persona del representante legal de la compañía, hasta el punto de que, si esta persona una vez citada para que acuda al juzgado para que represente a la persona jurídica, no compareciera, se recoge en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que podrá representar a la persona jurídica el propio abogado. En lo que respecta a las citaciones, la ley regula que las mismas deberán realizarse siempre en la sede de la persona jurídica. Además, el legislador también estableció la capacidad de la persona jurídica para ser parte, la postulación penal, la forma de declarar, las medidas cautelares que se pueden adoptar, su domicilio a efectos de notificaciones, su intervención en el juicio, la busca y captura, como realizar la entrada en el domicilio social ... regulando el actuar de la persona jurídica en el proceso penal abierto contra el mismo por alguno de los delitos susceptibles de ser cometidos conforme al CP. En definitiva, se establecen una serie de criterios procesales que sirven para estructurar desde el ámbito procesal la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En todo caso, esta reforma del 2011 operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, no solventa todas las cuestiones planteadas por la doctrina. En este sentido, no se regulan los derechos de la persona jurídica, nada se dice sobre el derecho de justicia gratuita, no se da regla alguna sobre la ejecución de la sentencia condenatoria (excepto en lo relativo a la intervención y la multa). Por su parte, la reciente reforma del CP2015, tampoco ha dado solución a todas estas incongruencias y omisiones señaladas en el área del derecho procesal penal.

Por su parte, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante su doctrina jurisprudencial, viene pronunciándose sobre esta reciente y trascendental materia. Así, el Tribunal Supremo desde su primera sentencia, Sentencia 514/2015, de 2 de septiembre⁷, declaró que las resoluciones condenatorias de las personas jurídicas

⁷ STS de 2 de septiembre de 2015 (RJ 2015/514).

tienen que estar fundadas en los principios del Derecho Penal sustantivo y los relativos al proceso ex artículo 24 de la Carta Magna. Dicho pronunciamiento fue reiterado tanto por la Sentencia 154/2016, de 29 de febrero⁸, como por la Sentencia 221/2016, de 16 de marzo⁹. En dichos pronunciamientos, el Tribunal Supremo manifestó que únicamente podría determinarse la responsabilidad criminal de una persona jurídica tras un procedimiento judicial con todas las garantías. Es decir, la doctrina y las Circulares de la FGE (mayormente la Circular 1/2016), demandan que una persona jurídica tiene los mismos derechos fundamentales de intervención en un proceso penal que una persona jurídica, teniendo derecho a la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez ordinario predeterminado por la ley... es decir todos los derechos recogidos en el artículo 24 de la Carta Magna. En virtud de ello, resuelve la doctrina jurisprudencial que la imposición de una sentencia condenatoria solo podría declararse siempre y cuando la función jurisdiccional hubiera estado sujeta a los principios y garantías que legitiman la actuación del ius puniendi.

En lo concerniente al **ámbito sustantivo**, el legislador procuró cubrir las lagunas mediante la reforma operada a través de la Ley Orgánica 1/2015. En este sentido la mejora técnica culminó con ocasión de la aprobación del CP 2015, delimitando el significado del “debido control” y permitiendo la aplicación práctica del Derecho Penal de las personas jurídicas. Así pues, la novedad legislativa del CP 2015, resultó en la introducción de modificaciones sustanciales en correspondencia con el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya existente previamente, estableciendo una cultura de cumplimiento, de autocontrol y destacando la potenciación de los compliance programs, no solo como meros atenuantes (como consagraba el CP 2010), sino como una forma de exención de responsabilidad criminal.

Con la promulgación del CP 2015, el legislador español profundiza en el desarrollo de protocolos de cumplimiento, programas de compliance penal como sistema de exención o atenuación (en su caso) de la responsabilidad penal de la persona jurídica. No obstante, la reforma también ha incluido nuevos ilícitos penal, no

⁸ STS de 29 de febrero de 2016 (RJ 2016/154).

⁹ STS de 16 de marzo de 2016 (RJ 2016/221).

contemplados en el CP 2010, entre los que se encuentran: el delito de concurso punible o bancarrota (artículo 259 CP), el delito de financiación ilegal de partidos políticos (artículos 304bis y 304ter del CP) y la modificación sustancial de los delitos de administración desleal (artículo 252 CP) y apropiación indebida (artículos 253 y 254 CP).

II. LOS SUJETOS PENALMENTE RESPONSABLES

Como ha mencionado BACIGALUPO SAGGESE, eminencia en materia de Derecho Penal económico, resulta posible imaginar a la persona jurídica como un sujeto penalmente responsable e imputable, añadiendo que la normativización del concepto del sujeto abre un nuevo panorama no solo a la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino a la necesidad de replanteamiento general de la problemática del sujeto del Derecho Penal¹⁰.

El artículo 31 bis del CP 2015, consagra el principio de doble autoría donde, por un lado, se encuentran las actuaciones de los directivos, representantes legales o de hecho de la persona jurídica, en definitiva, actividades de aquellos que ostentan facultades de organización y control, cuyos hechos punibles son imputables a la persona jurídica. Y, por otro lado, la actividad del personal trabajador, empleado sometido a la autoridad de los anteriores, por cuyos hechos responde también la persona jurídica si no se ha ejercido sobre ellos el debido control. Así pues, tras la reforma del 2015, la responsabilidad penal de las personas jurídicas viene derivada de la ausencia o falta de control de la actividad de los directivos de la organización, constituyendo el defecto de organización un criterio necesario y exigible para el legislador, siendo este un principio de política legislativa.

Asimismo, el legislador ha fijado dos sujetos dentro del organigrama de una entidad: sujetos de primer nivel y sujetos de segundo nivel.

Los sujetos de **primer nivel** (art. 31 bis punto 1 apartado a) del CP 2015) serían aquellos directivos, administradores o representantes legales, personas que se ubican

¹⁰ AGUDO FERNANDEZ-VALLEJO MANUEL (2016:12).

en la cúspide de la pirámide jerárquica, que, con su actuación delictiva, podrían provocar la asunción de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica. En el Derecho Penal español, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas es un sistema de responsabilidad acumulativa, dice ZUGALDÍA ESPINAR¹¹. En este sentido, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es un instrumento que tiene como fin eludir la responsabilidad individual bajo el amparo de una sociedad jerarquizada, sino que sería acumulativa a la de la persona física.

De acuerdo con el art. 31 bis punto 1 apartado a) del CP 2015 los requisitos que han de darse en los sujetos para que sean considerados de primer nivel son dos. Por un lado, actuar “en nombre o por cuenta de las mismas”. Por otro lado, actuar “en beneficio directo o indirecto” de la persona jurídica. El legislador ha considerado que son sujetos de primer nivel los representantes legales, quienes tienen la autorización para la toma de decisiones (tanto de forma individual como siendo parte de un órgano de administración) y aquellas personas que tienen facultades de organización y control dentro de la persona jurídica. En efecto, para que concurra la responsabilidad criminal de la persona jurídica, es condición necesaria que el representante legal o el administrador (tanto de derecho como, de hecho) cometa el ilícito tipificado en representación de la sociedad, y en su beneficio¹².

Se considera administrador de hecho la persona que ejerza realmente la toma de decisiones y control de la empresa, bajo la apariencia de otro título o un título nulo, extinguido o inexistente. Para que se dé la figura del administrador de hecho, el sujeto ha de ejercer funciones propias de un administrador de forma constante y permanente en el tiempo y no ha de recibir directrices ni instrucciones de otros. Se considerará administrador de derecho aquel sujeto que sea parte de la dirección empresarial o del consejo de administración de una sociedad, pudiendo ser este un órgano unipersonal o colegiado.

Los sujetos de **segundo nivel** (art. 31 bis punto 1 apartado b) del CP2015) serían aquellos sometidos o subordinados a la autoridad de los primeros. La

¹¹ ZUGALDIA ESPINAR (2010:19-20).

¹² GOMEZ TOMILLO (2011:54).

jurisprudencia tendrá que aclarar el alcance de los sujetos de segundo nivel, ya que parece ser que no se limita únicamente a los trabajadores en nómina de la empresa propiamente dichos, sino también podría ampliarse esta concepción a otros sujetos que tenga un vínculo con la empresa tales como subcontratados, agentes de seguros, agentes comerciales... El legislador español ha constituido un sistema fundamentado en el déficit o defecto organizacional. Así pues, si el delito fuera cometido por un subordinado ha de darse una condición adicional, que no se exige en el caso del delito del top manager, para hacer responsable también a la persona jurídica: que se haya incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control y ello haya favorecido la comisión del hecho delictivo¹³. En este sentido se ha pronunciado el voto particular en la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016¹⁴ cuando hace referencia a la “culpa in eligendo” y la “culpa in vigilando” como fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica.

El legislador español, por el momento ha excluido a las personas jurídicas de naturaleza pública en el ordenamiento jurídico como sujetos penalmente responsables. Así el artículo 31 quinquies del CP 2015 recoge que no son sujetos penalmente responsables entre otros el Estado, la Administración Pública, las Entes Públicas Empresariales, las Sociedades mercantiles públicas etc. siempre y cuando no hayan sido constituidas con el objeto de evitar la responsabilidad penal.

A pesar de que en un principio los sindicatos y partidos políticos estaban incluidos dentro de las exclusiones de la responsabilidad penal, la reforma de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre¹⁵, suprimió dicha exclusión. Siendo esto así los sindicatos y partidos políticos pueden ser sujetos penalmente responsables.

¹³ CLEMENTE CASAS-ÁLVAREZ FEIJOO (2011:29).

¹⁴ STS de 29 de febrero de 2016 (RJ 2016/154).

¹⁵ Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

III. LOS ASPECTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL: LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

Es evidente que el Código Penal impide la responsabilidad penal por el hecho ajeno. Para poder imputar la responsabilidad penal a la persona jurídica, al igual que ocurre en el caso de las personas físicas, es requisito indispensable la acción de una persona física. En este sentido, las actuaciones de las personas físicas serían los presupuestos y no los fundamentos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

El CP 2015 recoge en el apartado séptimo del artículo 33, penas graves imputables a las personas jurídicas, y por su parte el artículo 5 contiene que no cabe condena sin que medie el dolo o la imprudencia, configuración del principio de culpabilidad. De manera que, para la interposición de las penas recogidas en el apartado séptimo del artículo 33 del CP 2015, además de la responsabilidad del administrador el legislador establece que ha de probarse la culpabilidad de la persona jurídica.

La vía para la atribución de la responsabilidad penal a una persona jurídica, ante la comisión de un delito es la comisión por omisión. Así habrá de darse la acción u omisión realizada por un administrador, representante legal o dependiente. En ese sentido para la imputación de la acción u omisión de los sujetos de primer o segundo nivel, deben acreditarse los siguientes elementos:

- a) Interés para la organización.
- b) La persona física ha cometido un ilícito recogido en el Código Penal.
- c) Defecto de organización (presupuesto de punibilidad).

Tal y como se ha pronunciado la jurisprudencia y la doctrina, la persona jurídica es titular de derechos fundamentales. Ejemplo de ellos es que el Tribunal Constitucional da una respuesta positiva a la inviolabilidad del domicilio de una sociedad¹⁶, afirmando además la titularidad de derechos fundamentales en general de la persona jurídica.

¹⁶STC de octubre de 1985 (RTC 1985/137).

Es inimaginable que la acción u omisión la pueda protagonizar una persona jurídica, pero nada impide que se atribuya objetivamente la acción u omisión a una persona jurídica desde la modalidad de la comisión por omisión. Siempre resulta la omisión u acción de varias personas físicas pertenecientes a la organización que se equivocaron en la gestión, en la elección de las personas responsables (“culpa in eligendo” del directivo) o vigilancia de su funcionamiento (“culpa in vigilando”) tras la omisión de la persona jurídica.

La sustantividad y esencia de la persona jurídica no se adapta de forma coherente a un comportamiento omisivo doloso. No es compatible con la naturaleza de la persona jurídica que la misma pudiera tener conocimiento anterior y actual de los hechos y voluntad de aceptación en relación con su realización. Por ello, sería encajable la comisión por omisión inconsciente, cuya existencia no es real sino hipotética basada en la experiencia.

III.1. Sistema vicarial

En la Circular 1/2011, se instauró un sistema vicarial, de hetero responsabilidad, de representación, en definitiva, un sistema legal de atribución de responsabilidad por transferencia. Tesis que en principio fue rechazada por la exposición de motivos del CP 2015 además de la Circular 1/2016 de la FGE. En este sentido, se ha querido avanzar del sistema vicarial a la tesis de la autorresponsabilidad. En un primer momento, la Circular 1/2011 de la FGE en relación con la reforma del CP 5/2010 señalaba que en los dos párrafos del apartado primero del artículo 31 bis del CP 2010 se disponía la existencia de un modelo de atribución de la responsabilidad de tipo vicarial o por transferencia. En este sentido la fiscalía en la Circular 1/2011 manifestó que las personas jurídicas podrían ser sujetos penalmente responsables de aquellos hechos cometidos por algunas personas físicas. Así indicó que las personas jurídicas per se no podían cometer delitos y que era necesario que el ilícito penal fuera realizado por una persona física que estuviera trabajando para esa persona jurídica que presuntamente hubiere cometido un hecho delictivo. La mayor dificultad que entraña este modelo resulta en determinar qué sujetos, personas físicas pueden involucrar a la organización, ente colectivo, con su actuación.

Las razones por las que la doctrina y los destacados autores, pioneros en la materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, tales como BACIGALUPO SAGGESE y RODRIGUEZ RAMOS, rechazan la responsabilidad vicarial o indirecta, son las que se exponen a continuación. En primer lugar, defienden que es factible la atribución de la responsabilidad criminal a la persona jurídica, con independencia de la identificación o no de la persona física actuante en la organización. En segundo lugar, explican que del apartado segundo del artículo 31 ter del CP 2015 se concluye que la responsabilidad de la persona jurídica sea autónoma de la culpabilidad de la persona física que comete la actuación de conexión o de referencia. En tercer lugar, apoyan que del apartado primero del artículo 31 bis del CP 2015 se deriva la idea de que además de la actuación del superior, la acción de los subordinados también será determinante para la responsabilidad penal de la persona jurídica. En cuarto lugar, abogan por un modelo de autorresponsabilidad a través de una interpretación constitucional del artículo 31 bis del CP 2015, indicando que no es admisible imponer una pena a una persona jurídica sin basarse en una recriminación frente a la misma.

III.2. Modelo de autorresponsabilidad

El segundo modelo, augurado por la Circular 1/2016, sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por ley orgánica 1/2015 además del CP 2015, desarrolla un sistema de imputación, exclusivo de la persona jurídica, un sistema de autorresponsabilidad. El objetivo de este modelo es instaurar una mejora técnica de la normativa relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal y como recoge el legislador en la exposición de motivos del CP 2015 cuando dice que el objetivo es definir de forma apropiada el fondo del “debido control”, ya que el incumplimiento y vulneración de este podría ser el argumento para atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica. Asimismo, en el apartado tercero del preámbulo del CP 2015, el legislador indica que así se disipa la incertidumbre generada por la regulación del CP 2010, donde algunos sectores habían interpretado la responsabilidad criminal a través de un sistema de hetero responsabilidad, debiendo ser interpretada la misma por el régimen de la autorresponsabilidad.

En este nuevo tipo de atribución de responsabilidad, es el propio ente colectivo el que comete el delito. Estaríamos así ante una responsabilidad autónoma o directa de la persona jurídica. El presupuesto de punibilidad de una persona jurídica sería pues el denominado “culpabilidad por defecto de organización”. En este sentido, tal y como indica el FGE en la Circular 1/2016, la persona jurídica es responsable en aquellos supuestos en los que ignora acogerse a los indispensables mandatos relacionados con la prevención para sostener y salvaguardar una gestión sistemática, no delictiva de la acción empresarial.

El requisito de déficit o defecto de organización se convierte en el condicionante de la punibilidad de la persona jurídica, además de ser un presupuesto de la infracción del deber de supervisión y control de aquellos sujetos de primer nivel (administradores), sobre los sujetos de segundo nivel (subordinados de los primeros). Además, entre el riesgo originado por la ausencia u omisión de control debido y el resultado generado o no evitado debe haber una relación de imputación objetiva.

Así pues, a la hora de atribuir responsabilidad a la persona jurídica a través del sistema de autorresponsabilidad, los órganos jurisdiccionales tienen que fundamentar su fallo en un déficit de organización. Consecuentemente el juez tendrá que descartar la responsabilidad criminal de la persona jurídica cuando con anterioridad a la realización del hecho delictivo la persona jurídica haya desarrollado un protocolo de cumplimiento normativo unido a una serie de programas de control eficientes que posibiliten evidenciar y justificar que se ha cumplido con el deber de cuidado requerido con el fin de evitar el riesgo penal en el seno de la organización empresarial.

El legislador del 2015 ha querido atribuir y reforzar una posición de garante del empresario en la que pudiera sostenerse una responsabilidad en comisión por omisión, por defecto en la organización. El modelo que toma el CP 2015 se somete a la existencia de un hecho de conexión imputable a una persona física, no de la responsabilidad penal de esta última.

La distinción entre el sistema vicarial y el modelo de autorresponsabilidad reside en que mientras que, en el primer sistema, bastaría con que la persona física cometiera el delito y un nexo con la persona jurídica para que se le atribuyera la Responsabilidad penal de las personas jurídicas, los programas de cumplimiento.

responsabilidad penal, en el segundo modelo, el componente principal es la vulneración de la cultura del cumplimiento como elemento de tipo y que una persona física haya cometido el delito en su nombre.

En definitiva, el CP 2015, y en este sentido la exposición de motivos del CP 2015, avanza en un modelo de autorresponsabilidad o responsabilidad directa de las personas jurídicas, rechazando la tesis del sistema vicarial o hetero responsabilidad.

A pesar de ello, algunos destacados autores, entre los que se encuentra ORTÍZ ÚRCULO, Fiscal en las Audiencias de Bilbao Barcelona y Madrid, y RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, magistrado especializado en Derecho Penal y Procesal Penal, defienden que el sistema de atribución sigue siendo vicarial, por más que el preámbulo del CP 2015 establezca que la responsabilidad de las personas jurídicas no pueda considerarse una responsabilidad por representación o vicarial. Argumentan esta afirmación indicando que en todo artículo relacionado con la responsabilidad penal de las personas jurídicas son los administradores de echo o de derecho, en nombre o representación legal de la persona jurídica, los que realizan la acción, no siendo la persona jurídica el sujeto que comete la actuación, resultando así la persona jurídica penalmente responsable por representación o de forma vicarial. Defienden la persona física realiza un echo que alcanza a la persona jurídica, por haber actuado en nombre, por cuenta o en beneficio de ella, y es esta la forma de atribución de responsabilidad.

IV. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD Y EN ESPECIAL LOS COMPLIANCE PROGRAMS

El legislador español dispone para las personas jurídicas circunstancias atenuantes muy diferentes a las previstas para las personas físicas. No obstante, no figuran en el CP circunstancias agravantes de la responsabilidad para las personas jurídicas (a diferencia de lo dispuesto para las personas físicas). Sin embargo, el legislador ha fijado de forma tácita en el apartado segundo del artículo 66 bis del CP 2015 circunstancias que de darse podrían suponer agravar la pena¹⁷. Son así circunstancias agravantes de la persona jurídica: la reincidencia en la comisión de ilícitos penales y la utilización de la persona jurídica como instrumento con el fin de cometer el delito.

¹⁷ RODRIGUEZ RAMOS (2011:5).

El apartado cuarto del artículo 31 bis del CP 2015, recoge los requisitos a cumplir para eximir o atenuar de responsabilidad a la persona jurídica, así se consideran circunstancias atenuantes, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

- La autodeterminación o confesión ex ante.

- La presentación de pruebas nuevas y decisivas para el esclarecimiento de la responsabilidad penal resultante de los hechos acaecidos.

En suma, haber procedido la organización, con antelación a la celebración del juicio oral a reparar o disminuir el daño ocasionado. En la práctica, las personas jurídicas desarrollan programas de prevención antes del inicio del procedimiento contra la misma, con el fin de evitar o descubrir las actuaciones criminales que se puedan cometer bajo amparo de la persona jurídica. Los protocolos de cumplimiento normativo han de cumplir con la simplicidad con el fin de que sean comprensibles para todos los sujetos intervinientes (personas de primer y segundo nivel). Además, cada organización dispondrá de su específico protocolo, en base a las características de cada empresa, no pudiendo ser el mismo genérico para todas las organizaciones.

El legislador, en el apartado quinto del artículo 31 bis del CP 2015, establece las condiciones que deben cumplir los programas de cumplimiento empresarial que implanten las personas jurídicas. Siendo esto así, las empresas deben adoptar y ejecutar eficazmente protocolos específicos, modelos de organización, gestión y control adecuados, con objeto de prevenir delitos económicos. Así, los compliance programs son modelos de detección y prevención de delitos, que permiten eximir o atenuar las posibles responsabilidades penales, a la persona jurídica, como a sus administradores y directivos.

A continuación, se desarrollan las particularidades que todo código de buen gobierno corporativo, programa de compliance penal debe contener¹⁸:

¹⁸ MORAL T.-GONZALEZ B. (2015:4).

IV.1. Análisis de riesgos

La persona jurídica debe estudiar los supuestos delictivos en los que su actividad empresarial pudiera incurrir. En este sentido, la persona jurídica debe hacer un mapa de riesgos donde evalúe su actividad poniéndola en correlación de forma hipotética con el catálogo de *numerus clausus* de delitos que el legislador establece para las personas jurídicas¹⁹. Los delitos corporativos o riesgos pueden ser: delitos contra el mercado y los consumidores, normativos y regulatorios, económico-financieros o de gobierno. La evaluación del riesgo que realice la persona jurídica resalta la estrecha relación entre la persona jurídica, su objeto social y el objeto delictivo. La jurisprudencia ha desarrollado el elemento de la evaluación del riesgo añadiendo que no es preceptivo que las personas jurídicas recojan un exhaustivo análisis de riesgos que faculte convertir lo imprevisible en previsible.

Desde un ámbito práctico, el proceso-flujo de análisis de riesgos sería el que se presenta a continuación:

- Identificación de las áreas de la Organización.
- Identificación de los tipos penales.
- Valoración de los tipos penales en términos de frecuencia/Probabilidad e impacto.
- Identificación de controles implantados.
- Determinación del nivel de riesgo aceptable.
- Definición del plan de tratamiento del riesgo.
- Valoración del nivel de riesgo una vez implantados los controles.

IV.2. Protocolos de actuación

Las personas jurídicas deben implantar protocolos de actuación que delimiten el proceso de constitución de la voluntad y la toma de las decisiones de la persona jurídica. En este aspecto, las personas jurídicas deben determinar los mecanismos a través de los cuales controlarán las decisiones adoptadas, estableciendo un protocolo de toma de decisiones.

¹⁹ PEREZ ARIAS (2014:197).

IV.3. Recursos financieros, control económico: due diligence

Las personas jurídicas deben disponer de mecanismos de control económico, salidas y entradas de flujo monetario, modelos de gestión de recursos financieros adecuados, con el fin de evitar y prevenir la comisión de los delitos.

IV.4. Canal de denuncias: Whistle blowing

El legislador establece la obligatoriedad de que los códigos de buen gobierno corporativo recojan el deber y compromiso de comunicar los incumplimientos y riesgos al ente responsable de vigilar por el funcionamiento del compliance penal. En este aspecto las personas designadas por el órgano de control tendrán la obligación de comunicar a los órganos de vigilancia de las actuaciones u omisiones ilícitas y los incumplimientos del protocolo que vayan observando (whistle blowers). Estos programas de denuncia interna o externa serán requisito para evitar la comisión de fraudes e ilícitos penales, civiles y administrativos.

En la actualidad, en muchos países la práctica de gobierno corporativo del whistle blowing es considerado parte esencial de la cultura del compliance program²⁰, debido a que la denuncia del hecho ilícito tiene como objetivo prevenir y sancionar el incumplimiento de los reglamentos internos, códigos de conducta, estatutos o protocolos de la persona jurídica.

El funcionamiento del protocolo de prevención origina beneficios y buenas habilidades corporativas que se detallan a continuación. Por un lado, elude posibles actos ilícitos de complicidad en el seno de la empresa además de evitar que las seguridades en el ámbito laboral sean por omisión o por convivencia. Por otro lado, este sistema de denuncias tiene como efecto positivo el progreso y avance de la cultura de la transparencia, la rendición de cuentas y la legalidad en sede interno, señalando que la persona jurídica goza de una política de “tolerancia cero”.

El whistle blowing aboga por la configuración de la responsabilidad social de las personas jurídicas, formando valor compartido con el objetivo de llevar a cabo las

²⁰ REQUENA (2015:1).

mejores prácticas corporativas en el vínculo empresa-sociedad, definiendo valores de registro y control organizacional, cultura de la legalidad, integridad, confianza, transparencia y lealtad.

IV.5. Sistema disciplinario

En el programa de compliance penal, se deberá establecer un sistema disciplinario con el fin de sancionar de forma apropiada y lógica el incumplimiento de las pautas fijadas por el protocolo.

IV.6. Sistema de revisión periódica

Los responsables del modelo de vigilancia y prevención deben realizar un seguimiento, una comprobación del cumplimiento del protocolo y realizar las actualizaciones que procedan ante un incumplimiento grave o circunstancia modificativa de la estructura de la organización.

Definitivamente desde el campo práctico, el proceso para el establecimiento del protocolo para Prevención y Detección de Delitos sería el que se desarrolla a continuación. Una vez que la organización decida que alternativa escoger (eliminar la fuente de riesgo o el propio riesgo penal, alterar la probabilidad de ocurrencia, modificar las consecuencias, distribuir el riesgo con otros sujetos o aceptar el riesgo). Si la empresa decidiera tratar el riesgo, la misma tendrá que desarrollar un Plan de Mejora, detallando el plan de acciones a implementar teniendo en consideración los controles ya existentes. La empresa establecerá controles y medidas y determinará: su efectividad para prevenir y detectar los posibles ilícitos penales, su viabilidad para ser alegados en un hipotético juicio y la disminución del nivel de riesgo.

Es habitual en las organizaciones que el protocolo de prevención y detección de delitos venga acompañado por alguno de los siguientes documentos: política de prevención y detección, código ético y de buen gobierno, reglamento del oficial de cumplimiento, procedimiento de canal de denuncias, régimen sancionador, protocolo de actuación específicos y formación en su caso.

En palabras de GRANDE MARLASKA, presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y vocal del CGPJ, los programas de cumplimiento no son el Responsabilidad penal de las personas jurídicas, los programas de cumplimiento.

salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que han de ser algo más amplio, siendo el cumplimiento normativo genérico²¹.

La reforma de la Ley Orgánica a través del CP 2015, con la instauración de pautas de organización preventivos y control, tiene como objetivo fundamental introducir una nueva cultura corporativa respetuosa con las normas. Así a través de los programas de prevención penal busca implantar una nueva cultura en las empresas con intención de que toda la organización participe de forma activa en la evitación de la comisión de delitos.

La adopción y el posterior desarrollo por parte de una organización de un programa de prevención penal no es hecho suficiente para eximir de responsabilidad penal corporativa a la empresa. La jurisprudencia ha subrayado que la misma ha de ser relevante para prevenir y detener la comisión de delitos. Para evaluar la relevancia de un compliance program se requiere²²:

- a) Idoneidad. La organización debe diagnosticar la idoneidad entre el programa de prevención penal y el delito. Se requiere que el plan de prevención haya estimado ex ante de forma hipotética la posibilidad de la comisión del delito atendiendo a la actividad de la compañía. En definitiva, se trata de que se determine un análisis de riesgos y medidas eficaces e idóneas para prevenir o reducir el riesgo de la comisión delictiva tal y como se ha indicado anteriormente.

- b) Ejecución eficaz. No es suficiente con que las organizaciones dispongan de programas, sino que las mismas tendrán que haber sido desarrolladas con anterioridad a la comisión y ejecutarse eficazmente.

Son los requisitos tasados en el apartado quinto del artículo 31 bis del CP 2015 los que aseguran que el programa de cumplimiento sea un sistema de prevención real y eficaz.

²¹ MORAL GARCÍA (2017).

²² PORRES ORTIZ DE URBINA (2010:5).

Será el juez quien caso por caso deba de evaluar la eficacia de los programas de prevención. Deberá determinar si el plan se ocupa de prevenir o reducir el riesgo de comisión de delitos. Se encomienda al juez la ardua labor de realizar la evaluación caso por caso, lo cual ralentiza y complica la instrucción y el posterior enjuiciamiento de las causas, dando paso a copiosas pruebas y documentaciones, en las que son claves las pruebas periciales. Por ello, en el sistema anglosajón se han adoptado acuerdos de acusación o encausamiento diferido (deferred prosecution arrangements) con varias corporaciones e individuos, previa asunción de multas o medidas de otro tipo.

La propia existencia del delito supone en principio el falló o la caída del programa de prevención, por lo que la calificación del programa desde un ámbito genérico no ha de ser objeto de exención de responsabilidad criminal de la persona jurídica.

- c) Órgano de control autónomo del protocolo. Es una condición y requerimiento que establece el legislador con el fin de evaluar la importancia del programa de prevención. Así pues, el consejo de administración de una sociedad debe delegar poderes y autorizar que un órgano autónomo controle (sin requerimiento de la aprobación ex ante del órgano de administración) el sistema de prevención y en este sentido el control de medidas económico-financieras, operacionales etc.

Así pues, la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento normativo se llevará a cabo mediante la integración de un compliance officer.

El compliance officer, no es quien elabora el programa de prevención, sino que se trata del Órgano de vigilancia del compliance program.

La importancia del compliance officer en nuestro país es vital debido a que su intervención es condición indispensable para que el programa de cumplimiento normativo pueda suponer una herramienta de exención de responsabilidad criminal de la persona jurídica. Tal y como veremos en el capítulo séptimo relativo a la realidad en las PYMEs, el apartado tercero del artículo 31 del CP 2015, permite que las funciones de vigilancia y control

sean ejecutadas por el Órgano de Administración, siempre y cuando la sociedad presente Cuenta de Pérdidas y Ganancias Abreviadas.

- d) Eludir el programa de cumplimiento. La acción del directivo de la organización o la actividad de los empleados ha de sortear de forma fraudulenta el programa de prevención adoptada por la persona jurídica.
- e) Actuación del órgano de control. Se requiere que el órgano de control, compliance officer, del plan de prevención no incurra en omisiones o en prácticas insuficientes de su facultad y autoridad de supervisar, vigilar y controlar el programa. Esta condición está estrechamente relacionada con la idoneidad del programa. Así se requiere un cumplimiento diligente del plan por parte del órgano de control.

Las funciones de supervisión, vigilancia y control son atribuidas al administrador en el caso de las personas jurídicas de pequeña dimensión. Así en caso de las pequeñas y medianas empresas, el órgano de control se podría solapar con el sujeto del administrador, por lo que no tendría por qué existir un órgano de control autónomo del protocolo. Desarrollaré esta idea en el apartado séptimo, relativo a la realidad en las pymes, del presente trabajo. Siendo esto así, queda claro que el alcance del deber de control está condicionado a la dimensión de la persona jurídica.

En definitiva, el legislador requiere a las organizaciones desarrollar las siguientes pautas para prever y evitar ilícitos penales en el seno de la organización:

- Disponer de una cultura empresarial desarrollada, actualizada y abiertamente divulgada en la corporación. Debiendo cumplir la misma con la legalidad en todos los ámbitos de la normativa afectados por la actividad de la organización.

-
- Nombrar a una o varias personas físicas, o incluso crear un departamento (dependiendo de la dimensión de la organización) cuyas actividades serán entre otras: informar, intervenir en las operaciones y realizar auditorías de cuentas y gestión. En determinadas circunstancias, las empresas podrían también subcontratar el control de la calidad para asegurar que se cumpla con la normativa aplicable.

 - Aumentar la celebración de las due diligence en caso de absorciones, fusiones, compra de sociedades y demás implicaciones en otras sociedades, con el fin de descubrir cualquier tipo de contingencia que tenga relación con la responsabilidad por no cumplir con el ordenamiento jurídico o los contratos acordados entre las partes.

 - Incluir las recomendaciones precedentes en los protocolos de prevención de forma clara y concreta. No es suficiente con disponer de programas de prevención o responsables compliance officers para garantizar una buena organización y marcha de la compañía, ya que será el juez quien caso por caso tendrá que verificar hasta qué punto tal apariencia se asemeja a la realidad de la sociedad. Tal y como hemos indicado anteriormente, la figura del compliance officer es la encargada y responsable del cumplimiento normativo.

Será el tiempo quien determine si los protocolos de cumplimiento normativo constituyen una herramienta eficaz y eficiente para regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En el sentido negativo, el Tribunal Supremo ya ha comenzado a determinar la responsabilidad penal de organizaciones por no disponer de un programa de cumplimiento normativo. Así se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia 154/2016 de 29 de febrero de 2016, donde califica de elemento esencial en toda organización un programa de cumplimiento normativo y, además, fija la obligatoriedad al empresario de instaurar una cultura de cumplimiento efectivo a todos los niveles en su propia organización. Siendo esto así, el Tribunal Supremo indica que sólo si se cumplen estos requisitos, será admisible la atenuación o incluso

exoneración de la responsabilidad penal de la organización.

No obstante, nos encontramos con sentencias novedosas en las que en vez de condenar a la persona jurídica por la falta de “debido control”, se absuelve a las organizaciones por contar con estos programas de cumplimiento normativo. En este sentido se pronunció el auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional que acordó sobreseer la causa contra la consultora Deloitte por contar con un manual de compliance eficiente y adecuado para la prevención de delitos²³. El juez Fernando Andreu concluyó exonerando a Deloitte en el caso Bankia por contar con un programa de prevención que cumplía con los requisitos legales, ya que contaba para su gestión con las suficientes herramientas, políticas y protocolos que configuran el denominado “sistema de control de calidad” apto para exigir al personal de la consultora el cumplimiento de las normas profesionales, fijando medidas de vigilancia y control idóneas para evitar la comisión de ilícitos.

La FGE, en la Circular 1/2011 manifiesta que la confección, desarrollo y cumplimiento de los programas de prevención serán relevantes siempre y cuando se traduzcan en una conducta. Así pues, la propia elaboración de los programas de cumplimiento normativo no exime de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Tampoco es determinante demostrar que la actuación fue encaminada de acuerdo con el protocolo de prevención o si esta era adecuada para prevenir y evitar el delito tipificado. Lo verdaderamente concluyente es que con programa de prevención o sin ella, se le puede atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus administradores.

El legislador del 2015 establece la existencia de los programas de cumplimiento normativo como instrumento de exención de responsabilidad criminal de una organización. Pero no determina cuando, como y donde. Así, es posible exonerar de la pena del delito cometido en el seno de la organización, pero corresponde a la persona jurídica demostrar la existencia de los programas de cumplimiento, evidenciando que el mismo era efectivo, directo y eficaz para evitar el delito.

²³ SANTANA LORENZO (2017:2).

Por su parte el artículo 31 quarter del CP 2015 indica que “sólo” podrán tenerse en cuenta como circunstancias atenuantes de la responsabilidad ciertas actuaciones ex post de la actividad delictiva desempeñadas por los representantes legales de la sociedad. El adverbio “sólo” que emplea el legislador no puede considerarse como representativo y peculiar de otras circunstancias atenuantes. Constituyen circunstancias atenuantes delimitadas a las personas jurídicas las siguientes (artículo 31 quarter del CP 2015):

- a) La autodenuncia, con anterioridad al inicio del procedimiento penal contra la sociedad.
- b) La aportación de pruebas, colaborando de forma activa en la investigación del hecho delictivo. Las pruebas podrían aportarse en cualquier momento del proceso, siempre y cuando estas últimas fueras nuevas y decisivas para el esclarecimiento de la responsabilidad penal procedente de los hechos.
- c) Proceder a la reparación o disminución del daño causado por el delito, durante el procedimiento judicial contra la sociedad, y antes de la fase del juicio oral.
- d) Establecer herramientas eficaces para evitar y revelar la comisión de los hechos delictivos bajo el manto de la persona jurídica.

En el apartado de anexos, se adjunta un modelo de diseño e implantación de programa de compliance penal en una empresa²⁴.

En definitiva, la principal reforma que establece el legislador del 2015 es la introducción de un sistema de autocontrol, estableciendo los compliance program, como un instrumento de exención, penando en caso de no disponer del protocolo por defecto de organización. El problema es determinar cuando la existencia de estos programas de cumplimiento es suficiente para exonerar a una persona jurídica de responsabilidad penal ya sea como eximente completa, como incompleta, atenuante simple o cualificada. Las empresas van a tener que preocuparse de crear estos programas de prevención, de establecer los controles oportunos, cuestión que ya

²⁴ NEXIA INTERNATIONAL (2016). “CORPORATE COMPLIANCE. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. DEFINICIÓN, DISEÑO E IMPLANTACIÓN DE UN MODELO DE PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE DELITOS.

debían de haberlo echo siempre, pero ahora no solo formalmente sino llevándolo a la práctica. Las organizaciones que implante los programas de cumplimiento normativo habrán creado preventivamente, una eventual defensa en el futuro, dispondrán de medios para ejercitar la defensa en caso de que se abra contra ellos un futuro procedimiento penal.

V. DELITOS

El legislador ha continuado aplicando un régimen de *numerus clausus* en la reforma de la LO 5/2010 del CP. La mayor parte de los ilícitos penales son de carácter económico. Como ha indicado BACIGALUPO SAGGESSE²⁵, la criminalidad de empresa es la suma de todos los ilícitos que se cometen al amparo de una empresa.

El legislador establece un elenco tasado de delitos que pueden cometer las personas jurídicas, entre los que se encuentran: la estafa, las insolvencias punibles, el blanqueo de capitales, los delitos contra las Hacienda y la Seguridad Social, los delitos contra el medio ambiente, el cohecho y la falsedad y los delitos de organización.

Estos delitos serían aplicables a aquellas personas jurídicas sitas en el territorio nacional, pero las sociedades han de ser conscientes de que en caso de que los administradores o los subordinados a estos actúen a través de una filial, serán de aplicación los ilícitos penales de lugar de actuación. Además, es factible que la sociedad matriz sea responsable de los ilícitos cometidos por su filial siempre que la matriz disponga de control sobre la filial y la misma no se haya ejercido. Siendo esto así, se entenderá que existe deber de control cuando, la filial no cuente con autonomía y esté sometida a la matriz y cuando se genere un beneficio directo o indirecto en la matriz con la actuación en la filial.

Tal y como se viene indicando, el legislador español modifico el CP de 1995 en el año 2010, tras trasponer varias directivas de la Unión Europea. El legislador optó por establecer un *numerus clausus*, que hoy es de aplicación también, cuando ninguna directiva de la unión europea establecía que los delitos que fueran a ser

²⁵ BACIGALUPO SAGGESSE (1997:3).

cometidos por las personas jurídicas tuviesen que estar limitados. Lo anterior recae en una serie de omisiones incongruentes, ya que no se entiende porqué el legislador ha optado por un numero taxativo, un numerus clausus, por cuanto en principio todos los delitos susceptibles de ser cometidos por las personas físicas pueden ser cometidos por las personas jurídicas. Son pocos los delitos que se quedan fuera del alcance de esta afirmación. Así pues, el legislador debería de introducir en una próxima reforma del Código Penal, otros tipos delictivos susceptibles de comisión por la persona jurídica, delito tales como:

- La apropiación indebida. El legislador introduce el delito de estafa como susceptible de ser cometido por una persona jurídica y por el contrario no admite el delito de apropiación indebida.
- El “moving” y el acoso inmobiliario.
- Los abusos contra los consumidores por parte de las grandes sociedades de suministros tales como gas, agua, telefonía, transporte público etc.
- Los delitos de injurias y calumnias realizados por medio de la imprenta y otros medios de publicación, grabación y radiodifusión, con el fin de suprimir la responsabilidad en cascada prevista por el artículo 30 del CP 2015.
- Los delitos de contrabando.
- Los delitos de prevaricación y malversación.
- El delito de quebrantamiento de condena. Considero que es absolutamente necesario que el legislador incluya en una próxima reforma del CP este delito con el fin de evitar las situaciones en que una persona jurídica que haya sido condenada por sentencia firme reiteradamente incumpla los mandatos que libre el órgano judicial ejecutor de acuerdo al artículo 168 del CP. Actualmente, al no estar establecido este delito como susceptible de comisión por una persona jurídica, si la misma dejara de cumplir aquellos mandamientos para el cumplimiento de la condena que le mandare el órgano judicial ejecutor, no podría incurrir en un delito de quebrantamiento de condena porque no el mismo no viene recogido en el numerus clausus y en caso contrario se quebrantaría el principio de legalidad.

VI. LA DETERMINACION DE LAS PENAS

El apartado séptimo del artículo 33 del CP 2015 señala el catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas. Las penas son graduales, y pueden ir desde la disolución de la sociedad, hasta la imposición de una pena inferior que puede ser la pena de multa. El legislador establece los siguientes siete tipos de penas graves que pueden ser impuestas a las personas jurídicas:

- Pena pecuniaria (días multa o multa proporcional). El legislador establece que los órganos jurisdiccionales impondrán la pena de multa siempre y cuando la ley no recoja lo contrario. La pena de multa que se imponga a la sociedad tiene una extensión máxima de cinco años. En lo que respecta a la cuota diaria, pena de multa oscilará entre 30 y 5.000 euros.

Podría solicitarse al juez el fraccionamiento de la pena pecuniaria hasta un periodo máximo de cinco años, siempre y cuando el importe de la multa pusiera en grave peligro la continuidad de los trabajadores de la sociedad, así como la propia existencia de esta.

- Disolución de la persona jurídica. Como consecuencia de la disolución, la persona jurídica perderá la capacidad de intervenir en el tráfico jurídico, de llevar a cabo actividades empresariales independientemente de que sean lícitas o no y en definitiva su personalidad jurídica.

La FGE en la Circular 1/2011 indica que esta pena será aplicable a la persona jurídica en aquellos casos extremos de gran repercusión social, como son los delitos con un gran número de sujetos perjudicados.

- La suspensión de las actividades de la persona jurídica. Los jueces o tribunales tienen la potestad de imponer la pena de suspensión de actividades por un plazo máximo de cinco años siempre y cuando consideren los siguientes criterios. En primer lugar, los órganos jurisdiccionales han de atender a un criterio de necesidad. Es decir, la suspensión de la actividad ha de ser necesaria para prevenir y evitar la continuidad de la actividad delictiva. En segundo lugar, los jueces y tribunales deberán tener en cuenta y valorar las consecuencias que la suspensión podría tener de forma global en la economía,

Responsabilidad penal de las personas jurídicas, los programas de cumplimiento.

en la sociedad y en especial en los trabajadores y acreedores de la corporación. En tercer lugar, habrá de atenderse al puesto que ostentan en la persona jurídica aquellos sujetos que incumplieron el deber de control²⁶.

- Clausura de locales y establecimientos. Se trata de una pena potestativa que no puede superar el curso de los cinco años. Al igual que para la imposición de la pena de suspensión de actividades, en el caso de la clausura de locales, los jueces y tribunales tendrán que tener en cuenta los criterios de necesidad e impacto en la sociedad y economía.
- Privación de proceder en el futuro a desarrollar las actividades en cuyo seno se haya ejercido, promovido o encubierto la actividad tipificada. Para el establecimiento de esta pena los jueces y tribunales deben valorar los criterios de necesidad e impacto en la sociedad y economía. Dicha pena de prohibición de actividades en el futuro podría tener carácter definitivo o temporal. En caso de ser temporal en ningún caso podría superar los quince años de duración.
- Inhabilitación para optar a subvenciones o ayudas públicas, prohibición para contratar con el sector público, además de la restricción de disfrutar de beneficios fiscales o exenciones de la seguridad social. Todo ello por un plazo que no podrá exceder de los quince años.
- Intervención judicial con el fin de garantizar y proteger los derechos de las partes interesadas, tales como los trabajadores y acreedores, no excediendo de los cinco años de duración.

El legislador del 2015 destaca que el tipo de pena básico, primordial a imponer en los delitos susceptibles de comisión por las personas jurídicas es la multa (al igual que lo es para las personas físicas la prisión). Lo anterior es acorde con las recomendaciones de la Unión Europea y la pena tipo recogida en los ordenamientos

²⁶ ROIG ALTOZANO (2012:14).

jurídicos de nuestro entorno socio político cultural, especialmente en la Unión Europea que la pena básica se la multa. Es acertado el establecimiento de una pena de doble vía, diferenciándose en el artículo 31 bis 1 del CP 2015, según el delito haya sido cometido por los directivos, representantes legales de la persona jurídica o por los trabajadores, empleados de la misma.

Pero, el legislador incurre en omisiones incongruentes respecto a la doble vía a imponer. Debería el legislador español establecer dos regímenes penales diferenciados siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea, que establece que deben imponerse, en caso de que una persona jurídica incurriera en una infracción grave, sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias. Así, más grave en caso de que el delito sea cometido por un directivo o representante legal o de hecho de la persona jurídica, y menos grave, más leve, en el caso de que sea cometido por un trabajador, un empleado de la empresa. Esta doble vía, debería de llevar un distinto tipo de pena, y lo único que fija el legislador español en este sentido es establecer circunstancia agravante concurriendo una serie de presupuestos y requisitos.

Igualmente, el listado de penas parece insuficiente pudiendo el legislado haber incluido entre otras la amonestación pública o privada, la publicación de la sentencia en los medios de comunicación social o la obligación de adoptar medidas específicas para evitar la reiteración delictiva. Algunas de estas penas estaban recogidas en las decisiones marco de la Unión Europea que han sido objeto de trasposición en la reciente reforma del Código Penal.

Además, no se entiende porque todas las penas que pueda incurrir una persona jurídica tienen carácter de graves cuando algunas de ellas, especialmente las recogidas en las letras c, d, e, f y g del artículo 33.7 del CP 2015 pueden durar días, semanas o escasos meses. Respecto a las personas físicas, la regla general del artículo 33 del CP 2015 es distinguir entre penas graves, penas menos graves y penas leves, detallándose las mismas en los apartados segundo, tercero y cuarto del artículo 33 del CP. Por el contrario, en relación a las personas jurídicas, el legislador establece que todas las penas son graves. La doctrina ha criticado esta distinción entre las penas que se pueden imponer a las personas física y las penas que se pueden imponer a las personas jurídicas, máxime cuando es importante el objeto a la hora de establecer

los plazos de prescripción y también respecto a las medidas cautelares en la fase de instrucción por la aplicación de los principios de proporcionalidad.

Existe una total falta de regulación en relación con la ejecución de las penas previstas para las personas jurídicas que hubieran cometido el hecho delictivo. Hay unas escasas reglas respecto a la aplicación de la pena de multa y de intervención judicial, creándose así un auténtico vacío legal. Existe además una falta de previsión absoluta de las reglas de sustitución y suspensión de la pena respecto a las que se impongan a las personas jurídicas al contrario de la regulación existente para las personas físicas (artículo 80 y siguientes del CP 2015). El legislador español tampoco procede a regular las consecuencias de la falta de cumplimiento de la pena impuesta, al no legalizarse el delito de quebrantamiento de condena, el órgano judicial encargado de la ejecución de la pena que haya sido impuesta a una persona jurídica por sentencia firme, no tiene la facultad de deducir testimonio por el delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del CP 2015 al no recogerse entre los delitos susceptibles de ser cometidos por las personas jurídicas (numerus clausus, numero taxativo). En caso contrario se vulneraría el principio de legalidad.

En lo que respecta a las medidas cautelares, antes de la Ley 37/2011 sobre medidas de agilización procesal, existía una discrepancia en la doctrina sobre si los órganos jurisdiccionales solo podrían adoptar como medidas cautelares las previstas en el artículo 33.7 del CP o si estas eran meramente indicativas. Establece el artículo 33.7 del CP que las medidas cautelares que el juez podría adoptar son la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de actividades y la intervención judicial. La doctrina discutía si eran medidas simplemente ilustradoras o tenían un carácter taxativo. La cuestión se ha resuelto de manera negativa, estableciéndose en el artículo 544 quarter de la Ley 37/2011 de Enjuiciamiento Criminal, que cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponerse son las establecidas en el CP, es decir las tres recogidas en el artículo 33.7 del CP (clausura, suspensión e intervención).

Tal limitación legal es criticable a mi juicio, ya que no existe dicha limitación en las medidas cautelares para las personas físicas. Parece lógico que algunas medidas

menos invasoras de derechos fundamentales, tales como el embargo, la fianza o la anotación preventiva de la querrela, serían admisibles en un proceso penal contra la persona jurídica, atendiendo siempre a los criterios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad. En suma, la previsión legal de las medidas cautelares que se pudieran adoptar en un proceso penal seguido contra una persona jurídica debería de ir más allá, en cuanto el juzgado de instrucción, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso podría ponderar la adopción de otras medidas menos invasoras para evitar la reiteración delictiva, para evitar la consumación del delito y en definitiva para proteger a la víctima. Así ante una próxima reforma el legislador no debería de discriminar y limitar de forma injustificada las medidas cautelares a adoptar, no debiendo limitarse a las establecidas en el apartado tercero del artículo 129 del CP 2015 en relación con el apartado séptimo del artículo 33 del CP 2015.

Las consecuencias y daños colaterales que podrían resultar de la responsabilidad penal de las personas jurídicas podrían ser entre otras las que se exponen a continuación: imposibilidad material de acudir a fuentes de financiación externa; desprestigio de la marca comercial de la compañía; pérdida de confianza de actores macroeconómicos: gobierno, instituciones; clientes, proveedores y desanimo de los trabajadores

Es importante señalar lo que el legislador, con objeto de eludir que la persona jurídica lleve a cabo actuaciones engañosas con el fin de evitar la responsabilidad criminal resultante de un proceso judicial, ha introducido el apartado segundo del artículo 130 del CP 2015. En él recoge que cualquier tipo de cambio relacionado con el funcionamiento o estructura de la sociedad (transformación, fusión, absorción o escisión) no agota la responsabilidad criminal de la misma. Indicando que la responsabilidad penal se trasladaría al organismo o compañía que resultara de la transformación, quedara fusionada o absorbida y se extendería a entidad o entidades que se derivaran de la escisión.

El legislador español señala también que la simple disolución aparente o encubierta de la persona jurídica no es razón para extinguir de responsabilidad penal

a la persona jurídica. En este sentido, además de las pruebas que las partes puedan aportar para probar la disolución, el CP 2015 recoge que, existirá disolución encubierta o aparente cuando la persona jurídica conserve la identidad esencial de los trabajadores, proveedores y cliente y prosiga con la actividad económica.

Por su parte la FGE en la Circular 1/2011, estableció disposiciones y orientaciones dirigidas a los Fiscales, indicando expresamente que en caso de que la persona jurídica lleve a cabo actuaciones encaminadas a eludir la responsabilidad criminal, insten al juez la adopción de la medida cautelar relativa a la intervención judicial con el objeto de proteger los derechos de los acreedores y trabajadores.

VII. LA REALIDAD EN LAS PYMES

En las corporaciones de pequeñas dimensiones, las actuaciones de supervisión de la marcha y cumplimiento del programa de cumplimiento normativo implantado pueden ser ejercidas directamente por el órgano de administración. Tienen la consideración de empresa pequeña (en adelante PYME), aquellas que de acuerdo a la normativa aplicable estén habilitadas a formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada (tal y como se recoge en el apartado certero del artículo 31 bis del CP 2015).

El legislador recoge en el artículo 258 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), que sociedades puede formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

A pesar de la oportunidad que brinda el legislador a las PYMEs, al establecer que el Plan de Prevención sea realizada por el Órgano de Administración, en ocasiones podría ser más recomendable que las labores de compliance officer fueran desarrolladas por un órgano colegiado. En definitiva, el objetivo no sería más que distribuir y repartir las responsabilidades, la toma de decisiones y las funciones. Y ello debido a que una de las claves del cumplimiento normativo reside en la separación de los poderes, funciones a desempeñar.

El legislador penal español no ha fijado ningún requisito formal a la hora de definir el perfil del compliance officer, ya que menciona el “órgano de la persona jurídica” y no así el “organismo”. Siendo esto así el legislador no realiza ninguna limitación, a pesar de que en la mayoría de las situaciones lo más aconsejable sería nombrar un órgano colegiado, con el fin de que la actuación conjunta sea más rápida y eficaz que la acción individual de una persona. Por su parte el FGE a través de su Circular 1/2016 ha reconocido que el compliance officer podría estar formado por una o varias personas.

Las sociedades también podrían externalizar de forma parcial las funciones del compliance officer, dando soporte al órgano u organismo que ostenta el cargo dentro de la persona jurídica. En este sentido la externalización no podría de ser total o absoluta, ya que la Fiscalía en su Circular 1/2016, utiliza la palabra “necesariamente” a que el órgano de vigilancia debe de pertenecer a la sociedad.

En relación con el perfil de los miembros o miembro que componga el órgano de vigilancia, es recomendable que el mismo pudiera tener conocimientos jurídico penales, debido a que sus funciones tienen una correlación directa con la responsabilidad penal de la persona jurídica. Pero tal y como se ha indicado anteriormente, cada tipo de organización necesitará un perfil de compliance officer distinto, donde lo más relevante es que el mismo tenga un conocimiento exhaustivo de la compañía, ámbito de actividad y sector, funcionamiento etc., con el fin de que pueda asegurar el cumplimiento del programa de prevención. Será cada sociedad quien tenga que dar con la formula de vigilancia del compliance program, o bien un órgano unipersonal compuesto por una persona y con varios asesores, competentes cada uno en una rama (financieros, asesores jurídicos-económicos, auditores, laborales...), o colegiado, compuesto por varios responsables especialistas trabajadores de la propia compañía.

Es requisito imprescindible que el compliance officer sea un órgano que garantice el compromiso con sus funciones de vigilancia y control garantizando su imparcialidad. Además, de acuerdo con lo establecido en el artículo 255 de la LSC los administradores deben: acatar la normativa aplicable con la debida diligencia

empresarial, dedicar el tiempo y recursos necesarios (recabando la información adecuada) para la correcta dirección y gestión del negocio.

Esta cuestión es realmente importante ya que el órgano de administración deberá admitir y trasladar dicha situación de autonomía con el fin de que el compliance officer pueda desempeñar las funciones asignadas de forma precisa y adecuada.

Las funciones específicas a desempeñar por un compliance officer serías las que se exponen a continuación:

- Asistir en la toma de decisiones en correlación con el programa de prevención.
- Gestionar el programa de cumplimiento penal.
- Vigilar y controlar el personal sometido al compliance officer Penal.
- Informar y formar al colectivo de la sociedad sobre el compliance program.
- Divulgar a sujetos externos a la empresa sobre el programa de cumplimiento.
- Revisar y actualizar el programa de prevención.
- Gestionar el canal de denuncias e investigaciones internas.

Así pues, las funciones del compliance officer guardan relación directa con los requisitos que el legislador impone a los programas de cumplimiento normativo. De lo anterior podríamos concluir que son tres los grandes pilares a cumplir, vigilar y controlar: la prevención de los delitos, la detección de las conductas criminales y la acción frente a esas conductas delictivas, en definitiva, prevención, detección y reacción.

En las PYMES, puede darse el caso en el que ciertas personas físicas reúnen y concentran tanto poder en la organización, que, hasta cierto punto, manifiesta ser artificioso el hecho de imaginar y hablar sobre dos realidades distintas. En efecto este podría ser el caso del administrador o socio único de una sociedad mercantil que explota un negocio de tamaño pequeño. En tal caso, será complejo exponer que la persona jurídica pueda controlar a ese administrador o socio único (el alter ego) ya que este último estaría vigilándose a sí mismo.

La doctrina del alter ego o modelo de identificación tiene a entender a la persona jurídica como un sujeto gestionado por sus directivos, a los que les atribuye Responsabilidad penal de las personas jurídicas, los programas de cumplimiento.

ser la mente y la voluntad de la corporación (convirtiendo la actividad del directivo en la actividad de la sociedad). Este modelo de responsabilidad posibilitaba imputar a la sociedad por aquellas acciones llevadas a cabo por los representantes (administradores) pero no por sus empleados.

En este sentido la doctrina del “alter ego” podría ser deducida del párrafo primero del apartado primero artículo 31 bis del CP 2015. Entendiendo que la supervisión que ejercen los mandos directivos, alter ego, es la supervisión que ejerce el ente (párrafo segundo del apartado primero del artículo 31 bis del CP 2015). Esta transferencia de responsabilidad tiene su razón de ser en la confusión entre la intención y voluntad del administrador o socio único y la sociedad. En este sentido, con la supervisión de los administradores sobre los empleados, se convertirían los primeros en “alter ego” de la sociedad entendiéndose en consecuencia que, si los unos omiten el deber de supervisión, se deduce también que el ente lo ha omitido.

Este sistema del alter ego se acopla y tiene concordancia en las sociedades que tienen un socio único y que a su vez el mismo es el administrador único del ente, pero es más difícil de encajar en sociedades empresariales de grandes calados, donde intervienen distintas personas físicas, que a su vez interactúan en distintos niveles de poder.

CONCLUSIONES

La redefinición que el legislador ha realizado a través de la revisión vigente desde 28 de Octubre del Código Penal 2015, ha reiterado en cierto sentido el espíritu y la incoherencia que trasladaba desde el CP de 1995. Considero que el legislador español ha escatimado esfuerzos en la construcción de la prevención en el ámbito de las personas jurídicas debido a los siguientes motivos.

En primer lugar, debido a que ha fijado un régimen de numerus clausus de delitos y penas, habiendo omitido o cuidadosamente sorteado de una forma reprochable, que por cuestiones de política criminal debían de haberse incluido.

Para futuras reformas el legislador debería introducir un sistema de *numerus apertus* incluyendo delitos como las imprudencias profesionales, delitos de contrabando, de prevaricación y en especial el delito de quebrantamiento.

Así pues, considero que el legislador debería de establecer la oportunidad para que las personas jurídicas pudieran participar en todo tipo delictivo contemplado en el Código Penal.

En segundo lugar, estimo que es incoherente excluir la aplicación del artículo 31 bis del CP a las personas jurídicas públicas. Tanto en el ámbito del derecho comparado como a nivel nacional, en los momentos políticos que vive España se está aclamando un desarrollo, una integración y una expansión de la cultura del cumplimiento normativo por lo que la no integración de las personas jurídicas publicas como sujetos penalmente responsables es un equivoco por parte del legislador. Las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativas a la adjudicación de los contratos públicos son el claro ejemplo de que se está abogando por una cultura de cumplimiento global, sin excepciones. La creencia de que el Derecho Administrativo es suficiente para impulsar y favorecer la cultura del cumplimiento empresarial en los entes de carácter público es un error. Es cierto que algunas de las penas, tales como disolución y la clausura de la persona jurídica no tendrían cabida, aplicación en personas jurídicas de naturaleza pública, pero el legislador podría modular y adecuar penas a estas últimas.

En tercer lugar, el legislador mantiene la incongruencia en la reforma del CP del año 2015 ya que considera en el artículo 129 la exigencia de penas reales a entidades sin personalidad jurídica, sin el previo reconocimiento jurídico de la capacidad de estas últimas para ser sujetos activos de delitos.

La reforma del CP que comenzó en 2010 y prosiguió en el 2015 está siendo un desarrollo legislativo conflictivo. En el panorama nacional se están produciendo diversas reformas legislativas que se están traduciendo en una inseguridad jurídica importante. Las sucesivas reformas normativas (Ley de Sociedades de Capital, Ley Concursal, Ley de Blanqueo de Capitales, Ley de Enjuiciamiento Criminal etc.) han causado carecer de doctrina y jurisprudencia en que la legislación pueda apoyarse y

por ello varios aspectos legislativos relacionados con la responsabilidad penal de las personas jurídicas son ambiguos.

Considero que los principios del Derecho Penal, tal y como los conocemos actualmente no son idóneos para combatir las modalidades de criminalidad de las personas jurídicas. El legislador del 2010 introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas omitiendo cualquier modificación en el ámbito sustantivo y procesal. Tenemos que recordar que el Código Penal estaba previsto para castigar aquellos delitos cometidos por las personas físicas, no por las personas jurídicas. Al introducir la responsabilidad de las empresas, el legislador omitió cualquier modificación de la teoría general del delito, del principio de culpabilidad, de la subjetividad de la pena... es por ello por lo que se pone de manifiesto la incongruencia legislativa, de las omisiones tan importantes a mi entender del legislador del 2010. El legislador del 2015 establece las normas de compliance para poder exonerar o al menos minorar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero tampoco da solución a las inexactitudes, las incongruencias y las omisiones citadas, que han sido puestas de manifiesto no solo por la doctrina, sino por la Fiscalía General del Estado y por las escasas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo manifiesta sus dudas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No sobre su existencia, sino sobre su estatuto jurídico, sobre las garantías de actuación de la persona jurídica en el proceso penal, sobre los delitos que pueden ser susceptibles de comisión etc.

Desde la entrada en España en 2010 de la tendencia global de la responsabilidad penal de las personas jurídica, esta ha tenido una aplicación escasísima, apenas alcanzando el número de 12 sentencias en la materia. ¿Qué interés social alcanza si por año se dictan aproximadamente una sentencia? Desgraciadamente, desde mi punto de vista, considero que el actual Código Penal no tiene capacidad de asumir las consecuencias de la pena. Creo que es realmente difícil imputar la pena a la persona jurídica, y que el mandato y objetivo del legislador no ha sido otro que favorecer la implantación de programas de prevención en el entorno empresarial español, beneficiando a los técnicos que ofrecen asesoramiento en la elaboración de protocolos de cumplimientos, códigos de conducta de empresa.

El corporate compliance se ha instaurado en España con vocación de permanencia por lo que no basta mirar hacia otro lado, no basta con no hacer nada ya que actualmente no hacer nada puede suponer un delito. Las empresas y sus administradores deben ser conocedores y sujetos que cumplan con el establecimiento de los debidos controles sobre su actividad y subordinados. Será imprescindible el “debido control” para evitar exponer a la sociedad que representan a severas contingencias y responsabilidades criminales. Además, creo firmemente que el legislador debería de considerar incorporar a las personas jurídicas de naturaleza pública en el ordenamiento jurídico como sujetos penalmente responsables. La cultura del cumplimiento empresarial ha de calar en profundidad en nuestra sociedad, no pudiendo tratar de forma distinta a personas jurídicas privadas y públicas.

Para finalizar, quisiera hacer una reflexión ¿no sería mejor regular una responsabilidad de las personas jurídicas por la vía del derecho administrativo sancionador? Esta sistemática sería más práctica, loable y precisa e incluso podría llevar mayor sanción. Debe recordarse que las Directivas de la Unión Europea no establecían que las infracciones graves de una persona jurídica debieran de ser perseguidos por el Derecho Penal sustantivo, con las garantías establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino simplemente que estas sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. Esto es, bastaría con sanciones por la vía del derecho administrativo sancionador. Así lo han hecho otros ordenamientos de la Unión Europea tales como el alemán y el italiano, ordenamientos jurídicos más garantistas y respetuosos con la temática penal, con la definición del delito, con el principio de responsabilidad subjetiva, con los principios de culpabilidad y personalidad de la pena proclamados, tanto por nuestra doctrina constitucional como por la jurisprudencia.

Concluyo parafraseando a CIZERON en la primera técnica catilinaria, “Que usque tándem abutere, Catalina, patientia nostra?” es decir, ¿hasta dónde debe aguantar nuestra paciencia en relación con la actuación del legislador?

VIII. BIBLIOGRAFÍA

VIII.1. Referencias bibliográficas

VIII.1.1. Libros

AGUDO FERNANDEZ, E.- JAEN VALLEJO, M.- PERRINO PÉREZ, A. (2016), *Derecho Penal de las personas jurídicas*, Madrid, Dykinson, págs.1-63,105-121,189-196.

PEREZ ARIAS, J. (2014), *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, Dykinson, págs.195-220.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (2012), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin responsabilidad y de sus directivos*, Madrid, Tirant lo Blanch, págs. 60-63.

VIII.1.2. Artículos publicados en revistas o en periódicos digitales

BACIGALUPO SAGGESE, S. (1997), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal”, disponible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4345/29501_bacigalupo_saggese_silvina.pdf%3Fsequence%3D1+LA+RESPONSABILIDAD+PENAL+DE+LAS+PERSONAS+JUR%3%8DDICAS,+BARCELONA+1998&tbo=1&sa=X&ved=0ahUKEwih29qRz7zaAhWCwxQKHxD3B7gQHwgqMAA&biw=704&bih=576).

CLAMENTE CASAS, I.-ÁLVAREZ FEIJOO, M. (2011), “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENENDEZ, 28, págs. 28 <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf>).

GOMEZ TOMILLO, M. (2011), “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema Español”, REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN, 25, págs. 55-56

(disponible en https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/PlantiIla100Detalle/1215245063566/_/1284190414074/Redaccion).

JAÉN VALLEJO, M (2018), “La persona jurídica y su responsabilidad penal: modelo de imputación basado en defecto de organización”, BOLETIN DIGITAL PENAL, 23, págs. 1-19 (disponible en <http://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2018/04/AJFV-Bolet%C3%ADn-penal-abril.pdf>)

MORAL T.-GONZÁLEZ B. (2015). “Responsabilidad penal de personas jurídicas y corporate compliance”, CUATRECASAS GONÇALVES PEREIRA, págs.1-4 (disponible en https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1427373226es.pdf fecha ultima consulta 02-2015).

MORAL GARCÍA A. (2017). “A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal”, EL DERECHO.COM (disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Programas-cumplimiento-compliance-penal_11_1160680001.html).

PORRES DE ORTIZ DE URBINA, E. (2015). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, REVISTA DE JURISRPUDENCIA, 2, págs. 1-9 (disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Responsabilidad-penal-personas-juridicas_11_843055003.html).

SANTANA LORENZO, M. (2017). “Compliance penal: eximente real de responsabilidad penal”, LEGAL TODAY, págs. 1-2 (disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/compliance-penal-eximente-real-de-responsabilidad-penal>).

REQUENA, C. (2015), “Whistleblowing, ¿uso o abuso de controles empresariales?”, FORBES MEXICO, págs. 1-2. (disponible en <https://www.forbes.com.mx/whistleblowing-uso-o-abuso-de-controles-empresariales/>).

RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, R. (2017), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, UNIR REVISTA, págs. 1-2 (disponible en <https://www.unir.net/derecho/revista/noticias/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/549202980082/>).

RODRIGUEZ RAMOS, L. (2011). “COMO PUEDE DELINQUIR UNA PERSONA JURÍDICA EN UN SISTEMA PENAL ANTROPOCÉNTRICO? (LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE OTRO POR OMISIÓN IMPRUDENTE: PAUTAS PARA SU PREVENCIÓN”, DIARIO LA LEY, Nº 7561, SECCION DOCTRINA (disponible en <http://resppj.blogspot.com.es/2011/04/como-puede-delinquir-una-persona.html>).

ROIG ALTOZANO, M. (2012), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *societas delinquere et puniri potest*”, *NOTICIAS JURÍDICAS*, págs. 1-17 (disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4746-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-societas-delinquere-et-puniri-potest/>).

ZUGALDIA ESPINAR, J.M. (2011), “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español”, CENTRO DE INVESTIGACIÓN INTERDISCIPLINARIA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO págs. 1-36 (disponible en <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espinar.pdf>).

VIII.1.3. Informes de instituciones

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos (2004).

VIII.2. Fuentes

VIII.2.1. Legislación

Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas, los programas de cumplimiento.

Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la ley Orgánica 1/2015.

Convenio Penal sobre la Corrupción (número 173 del Consejo de Europa) (Estrasburgo; 27 de enero de 1999)

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Art. 225

Art. 258

VIII.2.2. Jurisprudencia

2015

STS de 2 de septiembre de 2015 (RJ 2015/514).

2016

STS de 29 de febrero de 2016 (RJ 2016/154).

STS de 16 de marzo de 2016 (RJ 2016/221).

2017

Auto de la Audiencia Nacional del 11 de mayo de 2017 (2012/59).

IX. ANEXO

NEXIA INTERNATIONAL (2016), “CORPORATE COMPLIANCE. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. DEFINICIÓN, DISEÑO E IMPLANTACIÓN DE UN “MODELO DE PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE DELITOS”.



Corporate Compliance

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS**

*DEFINICIÓN, DISEÑO E IMPLANTACIÓN
DE UN "MODELO DE PREVENCIÓN Y
DETECCIÓN DE DELITOS"*

Madrid, Febrero de 2016



AUDALIA
LAES NEXIA

2.- Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^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 delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a.

3.- En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. (son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada).

4.- Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1 (empleados, colaboradores, agentes), la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad 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 o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En los casos en que las anteriores circunstancias solo puedan ser acreditadas de forma parcial, serán valoradas a efectos de atenuación de la pena.



Se introduce un nuevo artículo 31 ter, con el siguiente contenido:

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.»

Se introduce un nuevo artículo 31 quáter, con el siguiente contenido:

«Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.»

Se introduce un nuevo artículo 31 quinquies, con el siguiente contenido:

« 1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 (multa e intervención). Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. »

3. REQUISITOS

Requisitos mínimos establecidos en el Código Penal de un modelo de prevención y detección de delitos:

Mapa de riesgos penales:

Identificación de las actividades de la entidad en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

Protocolos de actuación:

Establecerá los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de voluntad de la organización, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas en relación con aquellos.

Recursos financieros:

Dispondrá de modelos de gestión y de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

Canal de denuncias:

Impondrá la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

Sistema disciplinario:

Establecerá un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

Sistema de revisión periódica:

Establecerá un sistema de revisión periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, se produzcan cambios en la organización o en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los haga necesarios.

4. PENAS IMPUESTAS

Las penas que pueden ser impuestas comprenden:

- **Multa** por cuotas o proporcional.
- **Disolución** de la persona jurídica.
- **Suspensión** de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- **Clausura** de sus locales y establecimientos por no más de cinco años.
- **Prohibición** definitiva o temporal de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- **Inhabilitación** por no más de 15 años para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios fiscales o de Seguridad Social.
- **Intervención** judicial por no más de cinco años a favor de acreedores o trabajadores.

5. FASES DEL PROYECTO

Fases de realización del proyecto de implantación de un **Sistema de Prevención y Detección de Delitos** conforme a los requisitos del Código Penal:

PLANIFICACIÓN



Plan de proyecto
Compromiso de la Dirección
Entrega de documentación

ANÁLISIS DE RIESGOS



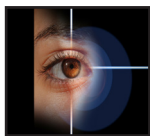
Análisis de riesgos
Determinación del riesgo asumible

PLAN DE MEJORA



Inventario de medidas a implementar
Canal de comunicación
Sistema disciplinario
Plan de acción

PROTOCOLO DE PREVENCIÓN DE DELITOS



Creación de un órgano de control independiente
Elaboración de la normativa interna

FORMACIÓN Y CONCIENCIACIÓN



Formación a los empleados y directivos sobre los protocolos desarrollados

Fases de desarrollo del trabajo de implantación del **Sistema de Gestión de Riesgos para la Prevención de Delitos** en las organizaciones.:

PLANIFICACIÓN



Plan de proyecto
Compromiso de la Dirección
Entrega de documentación

DETERMINACIÓN DEL ALCANCE



Identificación del contexto interno y externo
Identificación de los requisitos de las partes interesadas
Determinación del alcance del sistema de gestión
Establecimiento de la política

GESTIÓN DEL RIESGO



Identificación de los riesgos penales
Evaluación de los riesgos
Tratamiento y control del riesgo penal

PROCEDIMIENTOS Y MEDIDAS



Creación de un Órgano de control independiente
Elaboración de la normativa interna necesaria para dar cumplimiento (código de conducta, catálogo de conductas, etc.)
Definición de objetivos

CANAL DE DENUNCIAS / PROCEDIMIENTOS POST DELICTIVOS



Establecimiento del canal de denuncias
Definición de los protocolos post delictivos
Sistema disciplinario
Definición de responsabilidades y autoridad

MEJORA CONTINUA



Plan de formación anual
Impartición de la formación
Definición de indicadores
Procedimiento de NC, AC y AP
Plan de auditoría interna
Informe de auditoría interna

6. ANÁLISIS DE RIESGOS

El proceso de análisis de riesgos se representa gráficamente de este modo:



- Elaboración del Análisis de Riesgos, con la finalidad de identificar las amenazas y vulnerabilidades de las diferentes áreas de negocio de la compañía.
- Para ello se mantendrán entrevistas con los responsables de las distintas áreas de negocio con objeto de conocer su organización y funciones, valorando la probabilidad e impacto de cada uno de los tipos penales de posible comisión.
- Los resultados se trasladan a un mapa de riesgos en el que se determina que nivel de riesgo puede ser aceptado por la compañía y cuáles recibirán atención prioritaria dentro del sistema de Prevención de Delitos por resultar más relevantes.
- El Análisis de Riesgos ha permitirá conocer la compañía, tanto a nivel de su organización como en los procesos de negocio, así como las medidas preventivas que ya estaban implantadas.

El listado de los tipos penales que deben ser analizados son los siguientes:

| Tipo Penal | Artículos Código Penal |
|--|------------------------|
| Tráfico Ilegal de órganos | 156 bis |
| Trata de seres humanos | 177 |
| Delitos relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores | 187 - 189 |
| Delitos de descubrimiento y revelación de secretos | 197 |
| Estafas y fraudes | 248 y 251 |
| Frustración de la ejecución | 257 y 258 bis |
| Insolvencias punibles | 259 - 261 |
| Daños informáticos | 264 |
| Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y los consumidores | 270 - 286 |
| Corrupción en los negocios | 286 bis - ter |
| Blanqueo de capitales | 301 |
| Financiación ilegal de partidos políticos | 304 bis |
| Delitos contra Hacienda y Seguridad Social | 305 - 308 |
| Delito contable | 310 |
| Delitos de tráfico ilegal e inmigración clandestina | 318 bis |
| Delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo | 319 |
| Delitos contra el medio ambiente | 325 - 327 |
| Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes | 343 |
| Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes | 348 |
| Delitos contra la salud pública y tráfico de drogas | 359 - 369 |
| Falsificación de moneda y medios de pago | 386 y 399 bis |
| Cohecho | 419 - 427 |
| Tráfico de influencias | 428 - 430 |
| Delitos relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas | 510 |
| Financiación del terrorismo | 576 |

Así mismo se revisarán los siguientes tipos penales:

| Tipo Penal | Artículos Código Penal |
|---|------------------------|
| Delitos de alteración de precios en concursos públicos y subastas | 262 |
| Delitos societarios (impedir actividad supervisora) | 294 |

7. PLAN DE MEJORAS Y PROTOCOLO

7.1 Plan de mejoras

Tratamiento de los riesgos penales detectados. La Empresa debe decidir que opción va a desarrollar:

- Eliminar el riesgo penal
- Eliminar la fuente de riesgo
- Modificar la probabilidad de ocurrencia
- Modificar las consecuencias
- Compartir el riesgo con otras partes
- Aceptar el riesgo.

En caso de tratar el riesgo, bien para reducir la probabilidad de ocurrencia o bien para limitar las consecuencias del mismo, se elaborará un Plan de Mejora, con las acciones específicas que se llevarán a cabo teniendo en cuenta los controles ya existentes.

La organización implantará controles y medidas y evaluará:

- Su efectividad para prevenir y detectar los posibles delitos
- Su viabilidad para ser alegados en un futuro juicio
- La reducción del nivel de riesgo

7.2 Protocolo de Prevención

En el marco del programa desarrollado en materia de Prevención y Detección de Delitos, y con el fin de velar por el cumplimiento normativo en general en el seno de la organización, se define el protocolo de prevención de delitos.

Este protocolo se completa con los documentos desarrollados como parte del sistema de Prevención y detección de delitos, como son:

- Política de prevención y detección.
- Código Ético y de Buen Gobierno.
- Reglamento del Oficial de Cumplimiento.
- Procedimiento de canal de denuncias.
- Régimen sancionador.
- Protocolos de actuación específicos.
- Formación



MADRID · BARCELONA
José Lázaro Galdiano, 4
28036 · Madrid

www.audaliaesnexia.com