
Los programas de cumplimiento como programas de prudencia penal

PID_00249521

Juan Antonio Lascuráin Sánchez

**Juan Antonio Lascuráin
Sánchez**

Primera edición: marzo 2018
© Juan Antonio Lascuráin Sánchez
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2018
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Diseño: Manel Andreu
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita del titular de los derechos.

Índice

Introducción.....	5
1. El alcance del programa de cumplimiento.....	9
2. Los programas de cumplimiento.....	13
2.1. Análisis de riesgos	14
2.2. Sistema de normas	15
2.3. Sistema sancionador.	17
2.4. Instituciones	19
3. Epílogo: la reforma española de 2015.....	21
Bibliografía.....	23

Introducción

Tanto en el ordenamiento español como en el portugués, las personas jurídicas pueden resultar penadas, cosa bien ajena a nuestras respectivas tradiciones jurídicas. Y tanto en el ordenamiento penal portugués como en el español rige el principio de culpabilidad que, entre otras cosas, proscribire la responsabilidad penal por el hecho ajeno. Solo podremos penar a las personas jurídicas por lo que ellas, y no otros –sus administradores, directivos o trabajadores– han hecho; solo podremos penarlas porque su manera de actuar haya sido inadecuadamente lesiva (Lascuraín, 2013).

Las siguientes reflexiones reparan en ese adjetivo (lesiva) y en ese adverbio (inadecuadamente). Y por ello, visto a la inversa, se refieren a la cuestión de qué deben hacer las personas jurídicas –si se me permite la imprecisión, qué deben hacer las empresas, que son las más preocupadas al respecto– para no resultar penadas. Si lo prefiere el lector: sobre cuándo, desde la perspectiva penal, podemos decir que una empresa es prudente y cuándo actúa dentro de la frontera del riesgo permitido. Esa **prudencia** es la que procuran los programas de cumplimiento penal en las empresas.

En definición de Alonso Gallo, «los *compliance programs* o programas de cumplimiento son los sistemas internos de control que tienen algunas empresas con el fin de evitar incumplimientos normativos serios por parte de sus empleados y directivos o, de producirse estos, detectarlos» (A. Gallo (2011). «Los programas de cumplimiento». En: J. Díaz-Maroto (dir.). Estudios sobre las reformas del Código Penal. Madrid: Civitas).

El tema es novedoso y mis ideas al respecto provisionales. Pero en realidad, si bien se mira, nuestras ideas siempre son, como nosotros mismos, provisionales. Tenía razón Borges cuando decía: «No puede haber sino borradores. El concepto de texto definitivo no corresponde sino a la religión o al cansancio».

En el fondo, la cuestión del cumplimiento en las personas jurídicas no es tan diferente en las personas físicas, ya que también estamos sometidos al cumplimiento de ciertas reglas de prudencia, de control del propio cuerpo y de nuestro ámbito de organización. Reglas de diligencia para no dañar a los demás: el conductor de un vehículo ha de estar sobrio y respetar las normas de velocidad, el jugador de golf ha de comprobar que no haya nadie en el lugar hacia el que lanza la bola, la enfermera ha de desinfectar el bisturí que da a la cirujana en una operación quirúrgica, etc. Todos los individuos estamos sometidos a reglas de cumplimiento. Y en ocasiones hemos de racionalizar y de programar nuestro propio cumplimiento. ¿Significa esto que no existen diferencias entre el cumplimiento individual y el colectivo?

No. Una primera diferencia radica en la **complejidad**. No se trata solo de que uno ponga de acuerdo a sus neuronas, sino de coordinar las neuronas de muchos cerebros. Tal complejidad se domeña con un control único y superior. Si

Referencia bibliográfica

J. A. Lascuraín (2013). «Compliance, debido control y unos refrescos». En: L. Arroyo; A. Nieto Martín (dirs.). El derecho penal económico en la era *compliance* (págs. 118 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanc.

en ese todo multiorgánico que somos cada uno manda el cerebro, no es tan diferente lo que sucede en la empresa, organización fuertemente jerarquizada en la que las decisiones básicas las toman los administradores.

Por ello, si la empresa tiene que cumplir penalmente –tiene que no dañar–, la organización de ese cumplimiento corresponde inicialmente a los administradores; y la responsabilidad societaria por el incumplimiento recae inicialmente en los administradores.

Responsabilidad penal

Esto lo refleja con claridad el Código penal español, que señala que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal si «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» (art. 31 bis 2 1º). Se ha planteado si la ausencia de programas de cumplimiento que genere responsabilidad penal para la sociedad puede generar una acción de responsabilidad social contra los administradores. Véase al respecto A. Nieto Martín y otros (2015). *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (págs. 149, 189, 236 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanc.

Una segunda característica de las empresas como colectivo en materia de cumplimiento penal es precisamente su **tendencia al incumplimiento**. Su tendencia congénita a hacer ciertos daños a los demás. No se trata obviamente de un déficit moral de los empresarios, sino de que la competitividad propia de un sistema capitalista hace que las empresas tiendan al ahorro de costes o a la maximización de beneficios. Existe la constante tentación de deshacerse de los residuos tóxicos vertiéndolos al río, de no colocar redes de seguridad en los edificios en construcción, de sobornar a un funcionario para obtener un contrato público. Y en la organización interna de la empresa, en un mundo con escasez de puestos de trabajo, existe una segunda y también constante tentación: la que tiene cada empleado de hacer trampas en favor de la empresa, para así ganarse el favor de esta, mantener el puesto de trabajo o ascender a un puesto mejor (Nieto Martín, 2015; Artaza Varela, 2013).

Referencias bibliográficas

Nieto Martín, A. y otros (2015). *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (págs. 50 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanc.

Artaza Varela, O. (2013). *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal* (págs. 45 y ss.). Madrid: Marcial Pons.

En esto reside la razón de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: en que las mismas constituyen un factor criminógeno que solo puede ser eficazmente combatido mediante la responsabilidad penal del ente colectivo. Con el sistema de responsabilidad penal individual la empresa no tiene suficientes alicientes para disuadir los delitos individuales que se comenten en su beneficio y los incumplimientos penales que le favorecen. Si el vertido contaminante no se detecta, mejor para la empresa. Si se detecta, peor para el individuo que lo haya ordenado o realizado. La empresa quedará solo sujeta a una reparación de los daños producidos que podrá serle rentable si se tienen en cuenta las probabilidades de que no sea detectada.

Un sistema de responsabilidad penal colectiva, que nos resulta inicialmente tan incómodo –penal y colectiva casan como el aceite y el agua–, le dice a la persona jurídica (la empresa): «Si uno de los tuyos delinque en tu favor con tu complacencia, si tú no haces lo razonablemente exigible para evitar los delitos de los tuyos en tu favor, te imputaré a ti el delito individual cometido». *Rectius*, como luego veremos: «No te imputaré el mismo delito, pero sí otro delito, consistente, en esencia, en ser mal policía de los tuyos» (Nieto Martín, 2008; Feijóo Sánchez, 2012).

En la reflexión en torno a por qué penamos a la persona jurídica, a veces se pierde de vista en la polémica cuestión, en Portugal (Brandão y Jesus, 2014; Marques da Silva, 2008) y en España, el tema de qué delitos deben generar responsabilidad penal de las personas jurídicas. En España resulta discutible, por ejemplo, la exclusión de la apropiación indebida y de la administración desleal frente a la inclusión de la estafa. Y sobre todo llama la atención que unos delitos que pueden resultar tan alentados por el afán empresarial de lucro como los delitos contra los derechos de los trabajadores no generen responsabilidad de la persona jurídica (Bacigalupo Saggese, 2011; Mestre Delgado, 2011). Habrán de pensarse solo los delitos en los que se constate que la persona jurídica es *per se* un factor criminógeno. Y no se deberá dejar de prever tal responsabilidad colectiva allí donde este factor lo aconseje.

Referencias bibliográficas

Nieto Martín, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo* (págs. 49 y 134). Madrid: Civitas.

Feijóo Sánchez, B. y otros (2012). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pág. 79). Madrid: Civitas.

Referencias bibliográficas

Brandão, N.; Jesus, S. (2014) «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués». *Éguzkilore* (n.º 28, págs. 133 y ss.).

Marques da Silva, G. (2008). «Responsabilidade penal das pessoas colectivas». *Revista do CEJ* (n.º 8, pág. 73).

Bacigalupo Saggese, M. (2011). *La Ley* (7.541, punto II.b).

Mestre Delgado, E. (2011). «Un nuevo deber de garante». *La Ley Penal* (n.º 87, pág. 4).

1. El alcance del programa de cumplimiento

Los programas de cumplimiento penal en la empresa no son otra cosa que una manera de organizarse para que desde la empresa no se cometan determinados delitos en su favor. O si se prefiere: son programas de control para que los miembros individuales de la empresa no delincan. Son programas de prevención penal. Son, si se quiere, miniorde-namientos penales intraempresariales.

Antes de abordar la cuestión del contenido de los programas de prevención en la empresa, que es el objeto principal de este artículo, debe abordarse la cuestión de su **objetivo** y en concreto la controvertida cuestión de si deben prevenirse sólo los delitos de los empleados o si, para evitar la responsabilidad de la persona jurídica, deben también prevenirse los delitos de, en expresión del Código Penal portugués, “*peessoas que nelas ocupem uma posição de liderança*”. La cuestión, muy debatida en España hasta ahora¹, pero aclarada con la reforma del Código penal que entró en vigor el pasado 1 de julio, es si en el caso de estas personas –los líderes; los *apicales* en el ordenamiento italiano– la persona jurídica responde penalmente en todo caso si cometen un delito actuando como tales (*em seu nome eno interesse colectivo*), o si, en cambio, no debe pensarse a la empresa que tenía un sistema adecuado de vigilancia y control sobre sus líderes.

⁽¹⁾Véase Lascuráin, 2013, págs. 123 y ss.

Antes en España y ahora en Portugal parece configurarse una **responsabilidad automática** de la empresa cuando delinquen sus administradores –actuando como tales y en favor de la empresa–, pues el requisito de la falta del debido control es un requisito de imputación del delito a la empresa solo en el caso de los delitos de los subordinados: sólo si delinquen otros miembros, pero no si delinque el cerebro².

⁽²⁾Véase Brandão y Jesus, 2014, pág. 129.

Yo creo que esta manera de interpretar los correspondientes preceptos, el ya derogado en España y el vigente en Portugal, es **inconstitucional**; y que hay que interpretar que también respecto de los delitos de los administradores se requiere, para penar a la empresa, que los administradores estuvieran «descontrolados».

Nuestros legisladores han optado por un sistema penal de sanción a las personas jurídicas. España y Portugal han optado por los cañonazos (las penas) y no por las balas (las sanciones administrativas), y ahora han de ser consecuentes con tal opción. Como es peligroso, disparar con cañón tiene unas reglas, garantías y principios más estrictos que disparar con balas o con flechas (sancionar administrativamente). Y uno de esos principios es el principio de personalidad de las penas, derivado del principio de culpabilidad, que señala que solo se puede penar a una persona por lo que hace, por una conducta propia, como recuerda Marques da Silva (2008, pág. 93).

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

De acuerdo en que esta opción por el derecho penal «no es una cuestión baladí» y que «no se trata de una mera cuestión de nombres» (Gallo, 2011, pág. 144). También Feijóo Sánchez (2011, págs. 87 y ss.). Bacigalupo Zapater relativiza en cambio esta diferencia (2011, pág. 83).

Este principio constitucional comporta que la responsabilidad penal de la persona jurídica no puede ser una carga por lo que su administrador o empleado han hecho, sino que solo puede ser la consecuencia de lo que la persona jurídica como ente colectivo ha hecho. La responsabilidad penal no puede ser vicarial o por representación. La responsabilidad penal no puede transferirse.

La responsabilidad penal no puede transferirse

En este sentido, hieren el oído algunas de las afirmaciones de la Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado española: «responsabilidad vicarial» (III.1, VII.2), «sistema de heteroresponsabilidad» (III.1), «transferencia de responsabilidad» (II.1, II.4, VII.2), que sea «indiferente la naturaleza dolosa o imprudente del gestor» (III.3) o que «la tipicidad, los criterios de imputación objetiva y subjetiva, el dolo o la imprudencia [...] deben residenciarse en las personas físicas» (III.1) y no en la corporación que también va a ser penada y estigmatizada.

La persona jurídica responderá porque, o bien a través de sus mecanismos de decisión la sociedad optó por el delito –hubo dolo: había una política delictiva en la empresa–, y esto será lo más excepcional, o bien en su manera colectiva de actuar y decidir o en su modo de producción no fue cuidadosa –hubo imprudencia–. Responderá porque fue un **defecto de organización** el que ocasionó el delito (Feijóo Sánchez, 2008, págs. 77 y ss.; Artaza Varela, 2013, págs. 277 y ss.), porque no desplegó el debido control para que desde su seno no se cometieran delitos en su favor.

Sanción administrativa

Como ha afirmado recientemente el Tribunal Supremo español, «cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal» (STS, de 2 de septiembre de 2015, FD 3). Véase el comentario al respecto de Gómez-Jara (2015).

Referencias bibliográficas

- Dopico Gómez-Aller, J. (2010). *Memento Reforma Penal Ley Orgánica 5/2010* (págs. 118, 162). Madrid: Francis Lefebvre.
- Gómez-Jara, C. (2010). «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal». *La Ley* (7.534, punto III.5).
- Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (2011). «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (*Compliance Programs*)». En: *Ética empresarial y Códigos de Conducta* (págs. 118 y ss.). Madrid: La Ley.
- Díez Ripollés, J. L. (2012). «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» *Indret* (págs. 5 y ss.).

Esta afirmación tiene dos consecuencias importantes:

1) No se imputa a la empresa el delito del individuo, sino su propio delito, que será siempre de mera actividad o de mera pasividad. El delito individual opera así como una condición objetiva de punibilidad, lo que, por cierto, justifica la relativa homogeneidad de las penas a las personas jurídicas a pesar de la diversa gravedad de los delitos individuales.

2) El legislador debería haber distinguido expresamente entre el dolo empresarial y la imprudencia, y que al no haberlo hecho los comportamientos empresariales imprudentes deberían ser sancionados con el tramo más bajo del marco penal (véase Dopico Gómez-Aller, 2010, pág. 180). Se debería también haber restringido expresamente la pena a los casos de imprudencia grave.

Dolo empresarial

Con la regulación anterior, De la Mata, Bilbao y Algorta (2011, págs. 7 y ss.) interpretaban *ex art. 12 del Código penal* que sólo cabe la sanción a la persona jurídica por su comportamiento doloso. De acuerdo con la interpretación, Díez-Ripollés (2012, pág. 22).

Creo que ambas cosas se pueden hacer por vía interpretativa, pues lo primero, la distinción punitiva entre el dolo y la imprudencia, viene demandada por el principio de culpabilidad (Mir Puig, 2015, pág. 137). Y lo segundo arroja una interpretación sistemática del Código Penal español. Por un lado, porque solo prevé la punición de la imprudencia menos grave para nada menos que los casos de homicidio (art. 142.2) y lesiones muy graves (art. 152.2). Sería raro entender que en este régimen de excepcionalidad cabe cometer por imprudencia menos grave los muchos delitos que pueden imputarse a la persona jurídica. Más raro aún sería que se consideraran tales delitos cometidos por la persona jurídica por imprudencia menos grave como delitos graves castigados con pena grave (arts. 13.1 y 33.7), cuando en aquellos excepcionales supuestos en los que se castiga expresamente la comisión por imprudencia menos grave se los califica como delitos menos graves y se les asigna una pena menos grave. Dicho en breve: ¿puede interpretarse que es aplicable a cualquier delito de la persona jurídica el excepcional régimen de la punición de la imprudencia menos grave? ¿Es sostenible que en tales casos se califique el delito nada menos que como grave?

Poderosos argumentos que contrarrestan dos coqueteos del legislador español con el castigo de la imprudencia no grave de las personas jurídicas. El primero lo encontramos en el párrafo segundo del artículo 31 bis 2 del Código penal (y en el 31 bis 4, párrafo 2.º), cuando, tras describir los rasgos del sistema preventivo que se exige a las personas jurídicas, señala que «en los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena». Después, en el artículo dedicado a las directrices para la determinación de la pena a las personas jurídicas, señala que, cuando se refiera a delitos de los

Referencia bibliográfica

De la Mata, N.; Bilbao, M.; Algorta, M. (2011). «La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo». *La Ley Penal* (n.º 87).

Referencia bibliográfica

Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor.

subordinados y cuando su responsabilidad «derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control **que no tenga carácter grave**», la penas interdictivas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años (art. 66, párrafo 2.º).

A mi juicio, si el incumplimiento no es grave, no cabe responsabilidad penal de la persona jurídica. Ha de interpretarse esta desafortunada mención en los términos médicos de mejora dentro de la gravedad: que las penas interdictivas deben ser más leves si la imprudencia grave de la empresa se sitúa en la franja más baja de dicha gravedad.

No cabrá argumentar que, probado el delito individual, cabe presumir un defecto de organización: que se apañe la empresa con la prueba de que fue cuidadosa; que demuestre su inocencia.

Aunque esto fue lo que pretendió la Fiscalía General del Estado:

«Dado que el precepto hace responder a la corporación por los hechos delictivos cometidos como consecuencia de la *omisión del debido control* en cada caso, resulta previsible que la persona jurídica oponga en su defensa el establecimiento previo de determinados estándares de prevención del delito en su seno, correspondiéndole la carga de la prueba acerca de su existencia y sobre todo, su incidencia real en los hechos. Ello es así por cuanto, frente a la constatación de un hecho típico atribuible a una de las personas físicas a que se refiere el artículo 31 bis del Código penal, cabe presumir la antijuridicidad y la culpabilidad en la conducta, salvo que se acredite por quien efectúe una alegación en ese sentido, la concurrencia de circunstancias que justifiquen la misma o gradúen la responsabilidad por el hecho» (Circular 1/2001, III.3).

Esto es incorrecto desde la comprensión de la culpabilidad por defecto de organización: es la acusación la que tiene que probar que un segundo sujeto, la persona jurídica, hizo las cosas mal permitiendo dolosa o imprudentemente que el delito individual se cometiera.

Que algo tan evidente desde el punto de vista constitucional no estaba plenamente en la cabeza del legislador lo demuestra la extraña fórmula ya transcrita para atenuar la pena en casos de cumplimiento parcial. Se atenúa si el cumplimiento solo ha sido objeto de acreditación parcial, y no, como sería lo correcto, si el incumplimiento se ha probado plenamente por la acusación pero se trata de un incumplimiento parcial.

2. Los programas de cumplimiento

Toca ya, después de tantas líneas, tratar de responder a la pregunta que es el objeto principal de mi intervención: ¿qué es un programa de cumplimiento?

Me demoro aún unas palabras más para hacer balance. En nuestro sistema penal, que es un sistema decente, con garantías, regido por principios democráticos, no culpamos a unos por lo que hacen otros, por mucho que eso pudiera ser útil. No encarcelamos a las madres de los terroristas para combatir penalmente el terrorismo. En materia de responsabilidad penal de personas jurídicas no puede sino suceder lo mismo. No penamos a la persona jurídica por lo que ha hecho uno de sus miembros, sino que la penamos por lo que ella misma ha hecho o ha dejado de hacer. La penamos porque como colectivo, como organización articulada y jerárquica, ha permitido que sus miembros (administradores, directivos o trabajadores) delincan en su favor.

Dicho en breve y con una etiqueta ya clásica en el derecho penal reciente: la persona jurídica no responde por los hechos individuales de sus miembros o de las personas a su servicio, sino por su propio y nocivo **defecto de organización**.

Así pues, si una empresa desea que no se le impute un delito, no ser tachada de delincuente y sufrir una pena, lo que tiene que hacer es, sencillamente (aquí sencillamente no equivale a fácilmente), organizarse para que los suyos no delincan en favor de la empresa. Tiene que organizar un sistema interno de prevención penal y realizar un programa de cumplimiento penal; en la terminología del Código penal español, adoptar y ejecutar con eficacia un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos (art. 31 bis 2 1.^ª).

Llamo aquí la atención sobre el doble uso del término **cumplimiento**. La empresa cumple con su deber penal si procura razonablemente que sus miembros no delincan, observen sus deberes penales. Perdóneseme el juego de palabras: la empresa cumple si consigue que sus miembros cumplan las normas básicas (penales) que condicionan su conducta.

Dedicarse al estudio del derecho penal es dedicarse a la reflexión sobre los sistemas de prevención penal. ¿Qué debe hacer una sociedad para evitar que se produzcan delitos, conductas altamente lesivas de sus miembros? ¿Cómo ejercitar ese control social?

1) En primer lugar, con **normas** que especifiquen a qué se dirige tal control. Normas que indiquen qué no se puede hacer u omitir. Esas normas han de emanar del poder legítimo, han de ser claras, han de comunicarse a sus destinatarios y han de vincular a los órganos que las aplican. Son las exigencias que comprendemos usualmente bajo el principio de legalidad.

2) A esas normas les precede algo que está muy claro en el ámbito de los programas de cumplimiento penal en la empresa y que suele darse por supuesto en la prevención social del delito, que es el denominado **análisis de riesgos**. El Parlamento tendrá que reflexionar sobre qué conductas son posibles y lesivas. Las agresiones sexuales son desgraciadamente posibles, más probables y altamente lesivas, y por ello las especificamos como modalidad muy agravada de coacción. Sin embargo, no creemos necesario tipificar expresamente el delito de canibalismo o el de matar a marcianos.

3) Las normas penales no son normas éticas sin más, meras proclamaciones axiológicas. Son imperativos. Son normas que tratan de imponerse y que para ello requieren de un **sistema sancionador**. El sistema sancionador efectivamente aplicado disuade al potencial infractor y confirma en su opción al destinatario que se adhiere a la norma. Se trata, como decía Carrara, de sanciones que intimiden a los malos ciudadanos y conforten a los buenos.

Señalaba Carrara que la pena sirve a la «corrección del culpable», al «reforzamiento de los buenos» y como «advertencia a los mal inclinados». Efectos que no han de confundirse «ni con el concepto de la enmienda, ni con el de la intimidación», pues «una cosa es inducir a un culpable a no volver a delinquir y otra pretender hacerlo interiormente bueno. Y una cosa es recordar a los mal inclinados que la ley ejecuta sus amenazas y otra difundir el temor en los ánimos». Porque «la pena está destinada a actuar más sobre los otros que sobre el culpable (...) para tranquilizarlos tanto respecto del delincuente mismo, como respecto de sus temidos imitadores»

F. Carrara (1924). *Programma del Corso di diritto criminale* (secciones 619 y 621).

4) Todo lo anterior requiere de legisladores, jueces y policías. Un sistema sancionador requiere de **instituciones** que generen las normas, que las actualicen, que vigilen su observancia, que sancionen su incumplimiento.

2.1. Análisis de riesgos

Estos mismos rasgos ha de tenerlos un sistema de prevención de delitos en la empresa. Lo que el ordenamiento pide –exige penalmente– a las empresas, en España desde el año 2010, es que hagan su propio ordenamiento sancionador. Y lo primero que tienen que hacer es un análisis serio de riesgos penales. Saber qué delitos pueden cometer los suyos desde la empresa y a favor de la empresa. Hay que poner el carro antes de los bueyes: para conformar un sistema de prevención de riesgos penales hay que saber qué riesgos hay que prevenir (véase Nieto Martín, 2015, págs. 152 y ss.).

La empresa ha de analizar cuáles de los delitos imputables a la persona jurídica son realizables en su seno, cuándo y por quiénes, y con qué grado de probabilidad, para así adoptar estrategias racionales de prevención y distribuir racionalmente los recursos destinados a la misma. Dicho con un ejemplo: no tiene sentido un complejo programa de evitación de los delitos medioambientales en una aséptica empresa de oficinas.

Un buen análisis de riesgos debe tener en cuenta dos factores:

1) La **probabilidad abstracta** del hecho delictivo. Algunos riesgos delictivos son estructurales, comunes a todas las empresas, como los delitos tributarios. Pero otros riesgos penales son coyunturales: el riesgo de daños graves al medioambiente es elevado en una empresa química; el riesgo de corrupción pública solo existirá en empresas con contacto con la Administración.

2) Los **sistemas de control**. El riesgo de contaminación medioambiental puede ser elevado en abstracto pero reducido en concreto por los severos mecanismos de control interno que tiene la empresa.

En cualquier caso, lo sensato parece no ir del delito a la actividad, sino **de la actividad al delito**, tal como lo expresa el Código penal al enumerar los requisitos del sistema de prevención: «Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos». Mejor que preguntarse delito por delito cuándo podría producirse el delito en la actividad de la persona jurídica –estrategia utilizada por algunos analistas– se trata de pensar qué hace la persona jurídica, cuáles son sus procedimientos de gestión, captación de clientes, producción y distribución; y a partir de cada uno de ellos reflexionar sobre la posibilidad y la probabilidad de que en su desarrollo se cometan delitos.

2.2. Sistema de normas

Conscientes de los riesgos penales que hemos de prevenir desde la empresa, lo primero que tendremos que hacer es construir o revisar el sistema normativo interno. Preguntarnos si existen y si son claras en su contenido las normas que prohíben conductas delictivas y conductas previas destinadas a evitar las conductas delictivas, bien porque prohíban conductas peligrosas para el bien jurídico, bien porque impongan conductas de control orientadas a la evitación de las lesiones de ese bien jurídico.

Y para ser buenos kelsenianos, debemos situar en la cúspide una *norma mater*, un **código ético** o de conducta que exprese los valores de la empresa, las normas esenciales de conducta y la obligatoriedad de las mismas. Un buen código vertebrará la normativa interna de la empresa – abundante y compleja en las empresas grandes– y la da a conocer.

Como van descubriendo las empresas españolas y nos enseña la sociología empresarial, un buen código, un buen sistema normativo y un buen sistema de cumplimiento, lejos de ser otra pesada mochila en las cansadas espaldas de las empresas, son fuentes de productividad en cuanto que fomentan la paz social y los sentimientos de fidelidad y de pertenencia de los trabajadores y directivos. Esto no es distinto de lo que los penalistas conocemos por **prevención general positiva**: unas normas penales justas y que se hacen valer y un sistema penal decente y vigente hacen que los ciudadanos se sientan orgullosos de pertenecer a la sociedad y que estén dispuestos a observar las normas.

Algunos de los códigos éticos o de conducta al uso tienden a adolecer de dos defectos. Y todos plantean ciertas dudas.

1) Respecto al primer defecto, una tentación habitual de una empresa puede ser la de dirigir el código de conducta solo a los trabajadores o fundamentalmente a los trabajadores, cuando su vigor va a depender sobre todo de que se dirija a los administradores y a los directivos, y de que sea asumido por ellos. Es la cultura ética desde arriba; lo que se conoce con la expresión en inglés ***tone from the top***.

2) Una segunda tentación, muy habitual, será la de hacer del código un instrumento elaborado y decidido solo por el consejo de administración, ni siquiera asesorado por especialistas en prevención. Como nos indican las teorías de la democracia industrial, cuanto mayor sea la **participación de los trabajadores** en la elaboración del código, mayor será su legitimación y su seguimiento. Aún más, y sé que esto es ambicioso: no sobrará la aportación de los representantes externos de los intereses que pueden verse negativamente afectados por la actuación de la empresa. ¿Qué mayor legitimación del código ético de una empresa química que el aval de la principal asociación ecologista del entorno?

Aludía hace unas líneas a las dudas que suscitan los códigos de conducta, puestas de manifiesto por algunos iuslaboralistas. ¿Qué es un código ético? ¿Es manifestación del poder de dirección del empresario? ¿Es una concreción de la buena fe laboral? ¿Pueden convertirse en un instrumento espurio, artero, de ampliación de los deberes contractuales del trabajador o de restricción de la negociación colectiva?

Iuslaboralistas

Véase los trabajos de Sierra Hernáiz (págs. 222 y ss.), Calvo Gallego (págs. 264 y ss.), Morato García (págs. 414 y ss.), Goñi Sein (págs. 584 y ss.) y Palomeque López (pp. págs y ss.) en: **Goñi Sein, J. L.** (dir.) (2011). *Ética empresarial y códigos de conducta*. Madrid: La Ley.

Finalizo ya esa reflexión sobre el elemento normativo de los programas de cumplimiento. Allí donde sea necesario para controlar un riesgo penal, será necesario tener **normas de desarrollo**. Por ejemplo, normas anticorrupción o normas de utilización de los medios telefónicos e informáticos. Una peculiaridad del pequeño, controlable y cerrado mundo empresarial –los auditores se suelen referir a él como un «entorno de control»– es que este tipo de normas de desarrollo contienen tanto normas de conducta (por ejemplo, «no realices invitaciones a potenciales clientes por importe superior a cincuenta euros») como normas de control («las invitaciones serán contabilizadas y documentadas con la correspondientes factura»). De hecho, estas normas suelen denominarse *programas* o *protocolos*. En la empresa es probablemente más potente el control *a priori* de la conducta irregular que el control *a posteriori* que despliega el sistema sancionador.

2.3. Sistema sancionador.

Si el análisis de riesgos es el primer elemento de un modelo de prevención y el sistema normativo el segundo, el tercer elemento estará constituido por un sistema sancionador interno, sin el cual todo el aparato de cumplimiento puede convertirse en un brindis al sol. Tal sistema sancionador requiere no solo de sanciones sino también de mecanismos para detectar las irregularidades. Forma parte de su contenido un mecanismo ubicuo de denuncias que garantice la confidencialidad y la indemnidad del denunciante de buena fe, y un sistema de investigaciones internas eficaz y garantista (véase al respecto García Moreno, 2015, págs. 206 y ss.).

En relación con ello expongo las dos siguiente observaciones.

1) La empresa deberá ser especialmente cuidadosa con su modo de investigar, sobre todo en lo que se refiere a los **derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones**, por lo demás de perfiles bastante inciertos. Es curioso cómo el cumplimiento penal derivado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigido a combatir los factores criminógenos que supone la actividad competitiva, puede comportar, paradójicamente, un factor criminógeno: para evitar los delitos en su seno, la empresa puede verse tentada a vulnerar la intimidad de los suyos.

Derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones

Según la jurisprudencia constitucional el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero se inmiscuye (para escuchar y/o para grabar) sin consentimiento ni autorización judicial en la comunicación que otros realizan a través de un canal opaco (una línea telefónica). También hay vulneración, siquiera más leve, si de la información de la que se apodera es la relativa a quién y cuándo comunican. No hay vulneración si uno de los interlocutores es el que graba la conversación. Y resulta discutido si la hay si uno de los interlocutores permite a un tercero escuchar o grabar la conversación sin permiso del segundo. Por un lado, parecería que el secreto se vulnera para el comunicante no informado; por otra, la importante STC 114/1984 señala expresamente que «quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones». Una doctrina similar se encuentra en la STC 56/2003. Y alguna sentencia penal ha afirmado la corrección de la escucha permitida (SAP Barcelona, 8.ª, 14/03/05).

Referencia bibliográfica

Nieto Martín, A. y otros (2015). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanc.

Lo dudoso del caso se refleja en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. Considera que no hay vulneración constitucional en tal práctica, pero, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que «debe no obstante obrarse con cautela en este tipo de supuestos» (punto 5.2). La intimidad se vulnera cuando nos apropiamos sin consentimiento de la información personal de otro. En este ámbito resultan controvertidas dos cuestiones: si lo personal es lo que cada uno decide que lo sea (así lo entiende el Tribunal Constitucional español en los últimos años) o es un concepto objetivo; si hay lesión de la intimidad si un segundo difunde a un tercero la información íntima que el primero le ha confiado. El Código penal español solo pena al respecto determinados supuestos extremos (art. 197.7 del Código penal).

No puedo entrar ahora en un problema complejo y muy debatido en España, pero, dicho ahora en síntesis, sólo cabrá **investigaciones empresariales de los ordenadores y de las comunicaciones** en términos de proporcionalidad, y tal juicio de proporcionalidad solo será exitoso cuando las mismas se hayan configurado como ámbitos potencialmente transparentes, no aptos para el almacenamiento o la comunicación de información íntima. Si del almacenamiento de información se trata, la empresa deberá advertir que los instrumentos correspondientes son propiedad de la empresa, de uso exclusivamente profesional y susceptibles de control empresarial. Que no son espacios que generen expectativas de intimidad.

Por su parte, respecto al ámbito especialmente sensible de las comunicaciones, la empresa debe saber que no puede entrometerse en ellas salvo si se cumplen los rigurosos requisitos de que se trate de comunicaciones profesionales a través de los medios de la empresa en las que se advierte expresamente a los interlocutores que no se trata de un canal opaco, sino que se está procediendo a la escucha o grabación por parte de un tercero.

2) Con respecto a la reciente reforma del Código penal español, cuando se refiere al sistema de denuncias como parte del programa de cumplimiento parece referirse a **la denuncia como una obligación**. El art. 31 bis 5 5.º señala que los modelos de organización y gestión «impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención».

Las denuncias hay que facilitarlas, alentarlas como actos éticos, acentuar su carácter positivo en una cultura tan opuesta a ella como la española. Pero... ¿obligar a denunciar? ¿Por qué sancionar no al que hace daño sino al que no tiene nada que ver con él y simplemente no lo denuncia? ¿Por qué imponer en la empresa algo que no existe en general en la vida social, más allá, en España, de los estrechos límites del art. 450 del Código penal, denuncia de un delito grave que se va a cometer? En todo caso, frente al fomento de una cultura ética y solidaria, ¿es lo mejor el ambiente policial que genera una obligación general de denuncia en la empresa?

Considero que el requerimiento informativo del artículo transcrito puede ser interpretado de una manera mejor, más funcional y coherente con los valores de nuestro ordenamiento.

El sistema de cumplimiento es un sistema que parte de la cúpula de la empresa y que se conforma y organiza con órganos especializados (oficial de cumplimiento, órgano de supervisión), pero que debe observarse por cada miembro de la estructura jerárquica de la organización empresarial. Cada uno debe cumplir por sí y velar por que sus subordinados cumplan. Y, para que el sistema funcione y se perfeccione, debe informar hacia arriba o a los órganos especializados en los que se centraliza la información preventiva de los nuevos riesgos y de los incumplimientos que detecte. A esa obligación anudada al ejercicio profesional y en el ámbito de la misma es a la que se refiere el Código penal, y no, sin más, a una obligación general de denuncia.

2.4. Instituciones

La cuarta pata de nuestra mesa preventiva –las otras tres: análisis de riesgos, normas, sanciones– son las instituciones preventivas.

Al igual que un sistema penal necesita de policías, fiscales y jueces, el sistema de cumplimiento penal exige que se cree un **órgano de cumplimiento** penal que, por delegación del consejo de administración, lidere la estrategia de prevención penal: que revise la eficacia del sistema, que proponga normas y controles, que gestione el canal de denuncias, que realice o encargue las investigaciones internas.

Más allá de este órgano ejecutivo de cumplimiento, si la empresa quiere evitar su responsabilidad por los delitos de sus administradores y altos directivos, deberá instituir, y así, a semejanza del italiano, lo exige el Código penal español, un **órgano de supervisión** del cumplimiento que tenga poderes autónomos de iniciativa y control. Como Ulises, se trata de que los administradores se aten al mástil del barco para no ser tentados con los cantos de las sirenas de la corrupción.

En España, en las empresas cotizadas este órgano será la **Comisión de Auditoría**, que es una comisión delegada del consejo de administración, con mayoría de consejeros independientes y presidido por un consejero independiente. Así lo sugiere el propio Código penal cuando afirma que órgano de supervisión podrá serlo el órgano «que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica» (art. 31 bis 2. 2.º). En otras empresas, sobre todo en las de menor tamaño, no siempre va a ser fácil constituir este órgano que, en paralelo al consejo, tenga poderes de control sobre este. Las alternativas pasan por un consejero independiente o por la externalización de la función.

El legislador es consciente de esta dificultad y prevé que en las **personas jurídicas de menor tamaño** («aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada», art. 31 bis 3 CPE), «las funciones de supervisión [...] podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración». Sensata previsión que no debe ocultar que, salvo en el caso de que se trate de varios administradores que se controlen entre sí de manera creíble, cosa que no parece fácil, en estos supuestos la empresa está renunciando al control de sus administradores y se verá arrastrada a la responsabilidad penal por el delito de estos si actúan como tales y en favor de la misma.

3. Epílogo: la reforma española de 2015

Acabo con una última reflexión relativa a la importante reforma del Código penal en esta materia, con apenas unos meses de vigencia. Quizás nuestros avatares legislativos puedan ser útiles para la discusión portuguesa.

En España partimos en el año 2010 de un modelo bastante similar al vigente portugués y lo hemos reformado ahora hacia un **modelo similar al italiano**. Con dos objetivos principales: aclarar que la persona jurídica puede exonerarse de responsabilidad penal respecto de los delitos de los administradores; y aclarar en qué consiste el delito de la persona jurídica exponiendo los elementos de un sistema adecuado de cumplimiento penal.

Modelo italiano

Véase el artículo de Nieto Martín «Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo» (<http://almacendederecho.org>).

Exonerarse de responsabilidad penal respecto de los delitos de los administradores

Este es también el modelo chileno. El artículo 3.º de la Ley núm. 20.393, bajo el título «Atribución de responsabilidad penal», señala que: «[l]as personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1. que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión [...]. Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente».

El abordaje de este segundo objetivo muestra cómo nos gustan a los españoles los extremos. Con el nuevo 31 bis pasamos de no decir casi ni pío (solo dos palabras: «debido control») a ser indebidamente pesados. Se pasa de la no regulación al **exceso regulativo**. El 31 bis 1.º pasa de unas modestas cien palabras a unas excesivas setecientas. Valga el ejemplo: el homicidio doloso y el imprudente, el asesinato, la inducción al suicidio y la cooperación en el suicidio ocupan unas cuatrocientas palabras en nuestro Código. Si bien es cierto que el Código penal debía ser más explícito en lo que entiende que es el debido control, qué es la prudencia empresarial, qué es el cumplimiento, no tenía sin embargo que hacer un inapropiado reglamento. Hubiera bastado una definición orientativa de los elementos esenciales del debido control para luego dejar que su concreción se realizara en los lugares adecuados para el detalle, como los estándares de los destinatarios de las normas, la doctrina jurisprudenciales o las leyes de sociedades.

Exceso regulativo

Decía Jeremy Bentham que uno de los tres defectos primarios en los que puede incurrir una ley es, además de la incognoscibilidad y la ambigüedad, es la voluminosidad, y que esta puede manifestarse en el defecto secundario del embrollo (Bentham, 2000, págs. 33 y 41). Si deseáis ver lo que quería decir Bentham leed nuestros tipos penales de blanqueo de capitales (art. 301 del Código penal) o de protección de datos (art. 197).

Referencia bibliográfica

J. Bentham (2000). *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Madrid: CEPC.

Creo que hubiera bastado algo así: «Los sistemas de cumplimiento penal deben comprender métodos de análisis de riesgos penales, normas claras que describan las conductas irregulares y los controles para evitarlas, y un sistema sancionador que incluya mecanismos de denuncia de las irregularidades que garanticen la indemnidad de los denunciadores de buena fe. El órgano encargado del cumplimiento penal gozará de los recursos materiales necesarios y autonomía respecto a las personas destinatarias de su control».

Bibliografía

Artaza Varela, O. (2013). *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Madrid: Marcial Pons.

Bacigalupo Saggese, M. (2011). *La Ley* (7.541, punto II.b).

Bacigalupo Zapater, E. (2011). *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi.

Bentham, J. (2000). *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Madrid: CEPC.

Brandão, N.; Jesus, S. (2014). «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués». *Eguzkilore* (n.º 28, págs. 133 y ss.).

Carrara, F. (1924). *Programma del Corso di diritto criminale* (secciones 619 y 621).

Díez Ripollés, J. L. (2012). «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» *Indret* (págs. 5 y ss.).

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). *Memento Reforma Penal Ley Orgánica 5/2010* (págs. 118, 162). Madrid: Francis Lefebvre.

Feijóo Sánchez, B. y otros (2008). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pág. 79). Madrid: Civitas.

Feijóo Sánchez, B. (2011). «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: J. Díaz-Maroto (dir.). *Estudios sobre las reformas del Código Penal*. Madrid: Civitas

Gallo, A. (2011). «Los programas de cumplimiento». En: J. Díaz-Maroto (dir.). *Estudios sobre las reformas del Código Penal*. Madrid: Civitas

Gómez-Jara, C. (2010). «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal». *La Ley* (7.534, punto III.5).

Gómez-Jara, C. (2015). «El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales». *La Ley* (6.051).

Goñi Sein, J. L. (dir.) (2011). *Ética empresarial y códigos de conducta*. Madrid: La Ley.

Lascuraín, J. A. (2013). «Compliance, debido control y unos refrescos». En: L. Arroyo; A. Nieto Martín (dirs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanc.

Marques da Silva, G. (2008). «Responsabilidade penal das pessoas colectivas». *Revista do CEJ* (n.º 8, pág. 73).

De la Mata, N.; Bilbao, M.; Algorta, M. (2011). «La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo». *La Ley Penal* (n.º 87, págs. 7 y ss.).

Mestre Delgado, E. (2011). «Un nuevo deber de garante». *La Ley Penal* (n.º 87, pág. 4).

Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor.

Nieto Martín, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo* (págs. 49 y 134). Madrid: Civitas.

Nieto Martín, A. y otros (2015). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanc.

Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (2011). «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (*Compliance Programs*)». En: *Ética empresarial y Códigos de Conducta* (págs. 118 y ss.). Madrid: La Ley.

