
La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español

PID_00249640

Adán Nieto Martín

Adán Nieto Martín

Primera edición: febrero 2018
© Adán Nieto Martín
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

1. El artículo 31 bis: evolución y problemas generales.....	5
2. Subordinados, administradores y directivos.....	7
2.1. Administradores y directivos	7
2.2. Subordinados	10
3. La imputación de responsabilidad a la persona jurídica: la eficacia del modelo de organización.....	12
3.1. El test de eficacia para los sujetos del artículo 31 bis 1.b.....	16
3.2. Modelos de prevención y administradores (art. 31 bis 1.a)	22
3.3. Medición de la eficacia en pequeñas empresas	24
3.4. La imputación en el caso de delitos imprudentes	26
3.5. Los programas de cumplimiento como eximentes plenas de responsabilidad o circunstancias atenuantes	29

1. El artículo 31 bis: evolución y problemas generales

La implantación de la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema penal español tuvo lugar con el Código penal (CP) de 1995. No obstante, hasta la reforma operada por la Ley orgánica 5/2010 no se estableció con claridad su responsabilidad penal y la relevancia práctica de los programas de cumplimiento tanto en el momento de establecer la responsabilidad (art. 31 bis) como en la individualización de la pena (art. 31 cuáter y 66 bis).

La rápida reforma del artículo 31 bis no ha permitido que la jurisprudencia y la doctrina aclararan los aspectos más debatidos de este precepto, como por ejemplo las relaciones entre el «debido control», término clave en el artículo 31 bis antes de la reforma de 2015, y los programas de cumplimiento. Mientras que para una parte de la doctrina eran términos equivalentes, para la Fiscalía General del Estado (FGE), el debido control consistía en una actividad diferente a contar con un programa de cumplimiento.

La «formalización» de un programa de cumplimiento, señalaba la FGE, «no aporta ni su existencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal». Lo que se imputa a la persona jurídica es la falta de debido control por parte del superior, que puede ser ejercido por el administrador «de forma directa, bien a través de la cadena de delegaciones que se haya podido prever a tal fin, el control debido respecto de su actividad».

La Circular relativiza la utilidad de los programas de cumplimiento en esta tarea: «la política corporativa o la llamada organización empresarial resultarán útiles... como instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra esa necesaria supervisión de la actividad empresarial en el caso concreto».

Conforme a este entendimiento, la Circular dejó claro que el objeto de la prueba en el proceso no es si el programa es eficaz en términos generales. En primer lugar, lo único relevante es, si en el caso concreto, y atendiendo a las circunstancias del caso, se ejerció el debido control. A decir de la Fiscalía, esta interpretación del tipo penal venía propiciada porque el artículo 31 bis representaba un modelo de responsabilidad vicarial. En segundo lugar, también se discutía si la existencia de programas de cumplimiento eficaces constituía una

causa de exención de la responsabilidad, cuando el delito había sido cometido no solo por subordinados, sino también por administradores de hecho o de derecho.

Mediante la interpretación conforme a la constitución del artículo 31 bis y la sistemática, la mayor parte de la doctrina llegaba a la conclusión, aparentemente contraria al tenor literal, de que los programas de cumplimiento, o el debido control, podían servir de defensa a la empresa tanto en los casos en los que el delito fuera cometido por administradores como por subordinados.

En tercer lugar, tampoco llegó a aclararse si mediante la aplicación de un atenuante analógico podía tenerse en cuenta en la medición de la pena la existencia de un programa de cumplimiento previo a la comisión del delito, en aquellos casos en los que, aunque no se considerase enteramente eficaz, podía tenerse en cuenta como circunstancia atenuante.

La reforma operada por la Ley orgánica 1/2015, en lo que aquí interesa, contiene cambios significativos en los tres puntos indicados. Es decir, aclara, en primer lugar, la importancia de los programas de cumplimiento o modelos de organización como factor determinante para establecer la responsabilidad de la persona jurídica; establece, en segundo lugar, que son decisivos tanto si el delito es cometido por un subordinado como si lo es por un administrador o alto directivo; finalmente, en tercer lugar, señala que también pueden actuar como circunstancia atenuante en la medición de la pena.

Además de solventar estas cuestiones, la otra gran pretensión de la reforma consiste en aclarar cuáles son los elementos esenciales de los programas de cumplimiento o modelos de organización y gestión. En la resolución de todas las cuestiones es más que notoria la influencia del artículo 6 del Decreto legislativo 231 italiano, por lo que la doctrina y la jurisprudencia de aquel país resultan de gran utilidad.

2. Subordinados, administradores y directivos

La principal característica del Código penal español, antes y después de la reforma de 2015, es que establece dos sistemas diferentes de responsabilidad según quién sea la persona física autora del delito.

Estos dos tipos de delitos son:

- 1) Delitos cometidos por los representantes legales de la empresa o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en el nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
- 2) Delitos cometidos por personas sometidas a la autoridad de las personas físicas que ocupan una posición directiva.

Dado que los requisitos de responsabilidad de la persona jurídica son diferentes en ambos casos, resulta imprescindible determinar con precisión qué sujetos se integran en cada uno de los conjuntos aludidos. Ello resulta necesario, además, para la confección de los programas de cumplimiento. De un lado, la noción de «personas sometidas a la autoridad» determina el **perímetro de los programas de cumplimiento**; de otro, conviene que las empresas conozcan a las personas que se integran en el «club del 31 bis a», pues sobre ellos debe centrarse especialmente la supervisión del organismo de vigilancia, y probablemente los controles que les afecten hayan de ser más estrictos.

2.1. Administradores y directivos

Las expresiones que utiliza el artículo 31 bis 1.a para delimitar el primer grupo de sujetos activos coinciden con las que emplean las normas armonizadoras de la UE, donde se distingue también entre dos grupos de sujetos, de manera semejante a lo que hace el artículo 31 bis. Desde el II Protocolo al Convenio para la protección de los intereses financieros de la UE, que fue la primera norma que armonizó esta materia (*Diario Oficial*, n.º C 221, de 19 de julio de 1997), se entiende que el primer grupo está conformado por quienes poseen «un poder de representación de la persona jurídica, una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o una autoridad para ejercer el control», siempre que todas ellas «ostenten un cargo directivo».

El Informe explicativo de esta norma (*Diario Oficial*, n.º C 18, de 31 de marzo de 1999, pág. 8) ofrece valiosas explicaciones acerca de cómo determinar términos tan difusos como «autoridad para ejercer el control». En concreto,

señala que este término debe ser objeto de una interpretación restrictiva «de manera tal que garantice que el autor físico de la infracción ostenta un cargo directivo dentro de ella».

La autoridad para ejercer el control puede «derivarse en particular de la responsabilidad de control financiero interno y de la revisión contable, así como de la pertenencia a un organismo de control o de supervisión interno en la persona jurídica». En cualquier caso, aclara que «no se considerará la facultad de control atribuida a personas que no conlleve posibilidad alguna de influir en la gestión a la persona jurídica». Igualmente, señala que, por esta misma razón, no pueden incluirse «personas ajenas a la persona jurídica», como los revisores de cuentas.

En el derecho de la Unión Europea (UE), la función de la distinción entre este grupo de alta dirección y el resto de subordinados consiste en otorgar un margen mayor de discrecionalidad a los Estados miembros a la hora de elegir las sanciones a imponer a las personas jurídicas. Con ello, el legislador europeo intenta alcanzar un consenso básico. De acuerdo con las posiciones del derecho inglés o francés, la responsabilidad de los entes deriva, por regla general, únicamente de personas que pertenecen al «cerebro» de la organización o, como indica expresamente el Código penal, se trata tan solo de administradores.

De este modo, la armonización de la UE obliga a establecer determinadas sanciones en relación con este primer grupo, y deja, normalmente, mayor libertad a la hora de establecer las sanciones para el segundo. Pese a que, como puede comprobarse, el objetivo de las normas de la UE no es establecer distintos modos de imputación, las consideraciones contenidas en el Informe explicativo son de gran utilidad y deben constituir el punto de partida.

Aunque aparentemente el círculo de personas al que se refiere el artículo 31 bis *a* tras la reforma del 2015 es más amplio que el del 2010, que hacía referencia a administradores de hecho y de derecho, el círculo de personas es substancialmente similar. Ello se deriva, en primer lugar, de la interpretación restrictiva que impone una interpretación conforme al derecho de la UE. Como acabamos de ver, solo integran el primer grupo personas que tienen un cargo directivo. El principal defecto del artículo 31 bis *a* en este punto es que, pese a querer transponer literalmente la normativa europea, se ha olvidado del elemento más importante, el paraguas común, cargo directivo que cobija a todos los que se encuentran en este grupo.

Con la **interpretación conforme al derecho de la UE**, se remedia la insostenible indeterminación de los términos escogidos por el artículo 31 bis: personas autorizadas para tomar decisiones individualmente o facultades de organización y control. Hay cientos de personas dentro de una entidad que tienen atribuidas estas funciones.

A partir de esta primera concreción, una interpretación teleológica y sistemática del precepto lleva a determinar aún con mayor precisión qué es un «cargo directivo».

Una interpretación sistemática con otros preceptos del Código penal (el propio artículo 31 o los delitos societarios) debe llevar a la conclusión de que son cargos directivos los administradores de derecho, evidentemente, y los administradores de hecho. Los administradores de hecho vendrían expresamente mencionados al referirse a aquellos que se «integran en un órgano de la persona jurídica» o que tienen capacidad para representarla de manera general. Los administradores de hecho, según la jurisprudencia, son aquellos que sin título ejercen la administración de manera continuada sin estar sujetos a «esferas superiores de aprobación o decisión» (STS de 26 de enero de 2007).

De este modo deben ser considerados sujetos del artículo 31 bis *a* los **administradores ocultos**: aquellas personas que realmente ejercen el poder dentro de la organización, en situaciones en que los administradores de derecho son testaferros. Por la misma razón, también quedan incluidos en este **grupo los administradores o altos directivos de la sociedad matriz**, que dominan la actividad de la filial por encima de los administradores que, *de facto*, no son sino meros subordinados.

Ahora bien, en este caso, para considerarlos administradores de hecho es necesario que exista una dirección continuada, y no una mera intervención puntual. La existencia de administradores, de hecho, de estas características, no impide considerar que los administradores de derecho pasen a la categoría de simples subordinados.

Sin duda, el criterio que más dudas plantea es el de los **altos directivos** de la entidad, que no encajan en los conceptos de administradores de hecho, por existir sobre ellos un poder de supervisión. En este punto, para determinar en qué medida se incluyen los altos directivos, conviene recurrir a una **interpretación teleológica**. La principal razón de ser de la distinción entre las dos categorías de sujetos del artículo 31 bis reside en las funciones del órgano de vigilancia a las que se refiere el artículo 31 bis 2.1. Tal como después se expondrá, la función principal de este órgano es hacer creíble la eficacia de los controles que se derivan del cumplimiento normativo en relación con aquellos que ostentan el poder máximo en la entidad.

Resulta poco creíble que, por ejemplo, los administradores de una entidad puedan establecer un conjunto de medidas eficaces de control de sus gastos. Este problema lo resuelve el Código penal, que exige un órgano de vigilancia que tenga poderes autónomos, para supervisar que efectivamente dichos controles se cumplen y efectivamente son eficaces.

Pues bien, la necesidad de establecer mecanismos de control específicos solo tiene sentido en relación con un grupo reducido de personas que tienen un poder autónomo dentro de la entidad. En el momento en el que se ocupe una posición subordinada en la entidad o desde el segundo escalón jerárquico de la cadena de mando, el problema de control al que hacemos referencia desaparece.

De este modo, dentro del «club del 31 bis *a*» solo debe incluirse a la persona de **alta dirección**, que, aunque lógicamente está sometida a la supervisión del consejo, tiene una **margen de autonomía independiente y relevante**. Por independiente se entiende que goza de un margen de discrecionalidad amplio, sometido siempre solo a una alta supervisión que se realiza *ex post*. Por relevante se entiende que este margen de autonomía lo tiene en una parcela importante de la actividad de la empresa.

De este modo, forman parte de esta categoría, por ejemplo, la alta dirección de determinadas unidades de negocio o divisiones. Pero en ningún caso forman parte del «club del 31 bis *a*» técnicos, directivos, responsables de oficinas bancarias, gerentes de establecimientos que ejercen funciones delegadas en un determinado sector (por ejemplo, encargado de protección de datos) o áreas geográficas, pero están sometidos a una supervisión más intensa. Y ello aunque estas personas puedan tener una cierta capacidad de organización y control, e incluso de representación de la entidad en determinados aspectos (v. gr. conceder préstamos de manera jurídicamente válida, adquirir determinados bienes etc.).

2.2. Subordinados

La segunda categoría de personas a las que se refiere el artículo 31 bis *b* son aquellas que están «sometidas a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado anterior». Una primera discusión, en este punto, es si se trata de personas directamente sometidas a la autoridad de las anteriores o también personas sometidas indirecta o mediatamente por las distintas cadenas de delegaciones de la empresa. La primera alternativa supondría, por decirlo de una forma gráfica, que la responsabilidad de la persona jurídica derivaría únicamente de los «dos primeros escalones jerárquicos de la entidad», lo que supondría reducirla a la alta dirección.

Nada obliga, sin embargo, a esta interpretación restrictiva, que mermaría notablemente los objetivos de política criminal que se desean alcanzar con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Antes al

contrario, el término elegido por el legislador permite confeccionar un grupo relativamente amplio de personas cuyo comportamiento puede dar lugar a la responsabilidad de la entidad.

Este grupo comprendería no solo a trabajadores, sino también a personas ajenas a la estructura de la empresa, pero que en una operación o actividad concreta trabajan *de facto* sometidas al poder de dirección y organización del empresario. Sería el caso, por ejemplo, de los «falsos autónomos», subcontratas o profesionales independientes (consultores, arquitectos...) que mantienen una relación de subordinación a las estructuras jerárquicas de la empresa. En esencia, este segundo criterio permite manejar un criterio similar al del *respondeat superior* que opera en el derecho norteamericano.

3. La imputación de responsabilidad a la persona jurídica: la eficacia del modelo de organización

Aunque el legislador no señala expresamente en la exposición de motivos de la Ley orgánica 1/2015 a qué modelo de imputación se acoge, el artículo 31 bis del Código penal representa un **modelo de autorresponsabilidad mixto**. Ello se deriva de cuatro características importantes de la nueva regulación del Código penal:

1) En primer lugar, la declaración de responsabilidad de la persona jurídica necesita la constatación de un delito por parte de una persona física, si bien la responsabilidad de la persona física y la jurídica son independientes y se miden por parámetros distintos.

En la redacción del artículo 31 bis *b* genera especial confusión el hecho de que en el caso de que el delito haya sido cometido por el subordinado se exija que alguno de los altos directivos del artículo 31 bis *a* hayan «incumplido gravemente sus deberes de supervisión». Una primera opción sería interpretar que para que exista responsabilidad penal de la persona jurídica en estos casos es necesario constatar tres cosas:

- a) que un subordinado ha cometido un delito,
- b) que lo ha hecho debido a la falta de supervisión grave de un administrador o alto directivo,
- c) que después la empresa carece de un modelo de cumplimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 31 bis 4.

Este esquema debe rechazarse por redundante. Las medidas de supervisión de los superiores consisten, precisamente, en la implantación del sistema de cumplimiento a que se refiere el artículo 31 bis 4. Por esta razón, el esquema debe ser más sencillo:

- a) Constatar la comisión del delito por parte del subordinado.
- b) Evidenciar que la empresa carece de un modelo de organización apropiado, en los términos que después se explicaran.

El error del artículo 31 bis es que mezcla dos modelos de imputación muy próximos. Como hemos explicado en el apartado anterior, las versiones más evolucionadas de la heteroresponsabilidad, o modelo vicarial, consideran que la persona jurídica responde no solo cuando alguien de «cerebro», de la alta dirección, comete el delito, sino también cuando el delito se comete como consecuencia de la infracción de su deber de supervisión. Sin ir más lejos, esta es la fórmula que acoge el apartado 130 de la Ley de delitos administrativos alemana (OWiG).

Esta versión del modelo vicarial ya es muy cercana al modelo de autorresponsabilidad o culpabilidad propia, sobre todo cuando se entiende, como se hace, por cierto, en Alemania, que la supervisión consiste precisamente en la adopción de un programa de cumplimiento.

Por esta razón, debe hacerse una lectura no redundante del artículo 31 bis, que ha consagrado, como decíamos, un modelo mixto. Esto quiere decir que solo necesita constatar el delito del subordinado como «hecho de conexión» de la persona física, sin sumarle un hecho individual más como es la falta de supervisión.

Quizás la necesidad de un «doble comportamiento individual de conexión» solo tendría sentido si entendiéramos que los subordinados a los que se refiere el artículo 31 bis *b* son solo aquellos que directamente deben ser vigilados por los sujetos pertenecientes al «club del 31 bis *a*».

Pero esto, como anteriormente señalábamos, conduce a resultados político-criminales desastrosos, sobre todo para las grandes empresas, que acabarían por generar un régimen de impunidad.

2) En segundo lugar, la importancia que los modelos de organización tienen a la hora de responsabilizar a la entidad evidencia que la responsabilidad de la empresa deriva de un defecto de organización, de la no implantación o del mal diseño o ejecución del modelo de cumplimiento.

3) En tercer lugar, habría que mencionar la relevancia que tiene el comportamiento posdelictivo en la determinación de la pena. El artículo 31 cuáter del Código penal es la expresión de la denominada culpabilidad reactiva, que se corresponde con el concepto de culpabilidad de empresa dinámico que se ha expuesto anteriormente.

4) Finalmente, el régimen de determinación de la pena previsto en el artículo 66 bis tiene una orientación más que notoria al tipo de organización que ha cometido la infracción, ya que el hecho cometido por la persona física no desempeña ningún papel. Esto solo se entiende si se parte de un modelo de autorresponsabilidad y no de transferencia de responsabilidad.

Como ocurre en los sistemas mixtos, la adopción de un sistema de responsabilidad basado en un defecto de organización no significa que para calibrar la responsabilidad de la organización e individualizar la pena haya que desentenderse del autor individual y de cómo ha realizado su comportamiento.

La eficacia del programa de cumplimiento depende, en buena medida, de cómo se haya comportado en el caso concreto. Por esta razón, el artículo 31 bis 2.3, cuando el delito se haya cometido por los administradores o alta dirección, exige demostrar, además de la implantación correcta del sistema, que en el caso concreto el autor ha eludido expresamente alguno de los controles previstos. Igualmente, el nivel jerárquico del autor individual tiene importancia en la determinación de la pena (art. 66 bis 1.b).

Núcleo de verdad de la teoría de la identificación

La importancia en estos casos del hecho en concreto y su autor deriva de lo que se ha denominado núcleo de verdad de la teoría de la identificación. La cultura organizativa de una entidad resulta mucho más cuestionable cuando el delito proviene de la cúspide. Si en la cultura de la organización influye de sobremanera el compromiso de los directivos (*tone from and at the top*), su implicación es un indicio muy fuerte de que la empresa está mal organizada, en el sentido de que su programa de cumplimiento puede ser «cosmético».

Si, conforme se ha indicado, la responsabilidad de la empresa deriva de un defecto de organización y este, a su vez, fundamentalmente, deriva de no haber diseñado o implementado de manera correcta un programa de organización, el test de imputación a la persona jurídica debe realizarse de manera coherente con los elementos de los modelos de organización. Esta forma de proceder resulta coherente en relación con el propio artículo 31 bis 5, que detalla sus elementos básicos, precisamente con esta finalidad.

En el siguiente apartado, analizaremos con detalle cuál es la lectura e interpretación de este precepto, con la conclusión de que no puede hacerse una interpretación literal, desconectada de la praxis internacional sobre los elementos de los programas de cumplimiento.

Por ello, ahora basta con señalar que los elementos esenciales de un programa de prevención.

Elementos esenciales de un programa de prevención

1. análisis de riesgos (art. 35 bis 5.1)
2. normas (códigos éticos, políticas de prevención)
3. formación
4. controles (art. 31 bis 5.3)
5. mecanismos de detección (canales de denuncia, investigaciones internas) y sanción (art. 31 bis)
6. protocolos de reacción (art. 31 bis 5.6)
7. asignación de responsabilidades (parte de los art. 31 bis 2.1 y 2.2) y creación de un órgano de cumplimiento
8. evaluación periódica (art. 31 bis 5.6)
9. flujos de comunicación y documentación (art. 31 bis 5.4)

Los elementos del programa de prevención que acaban de enumerarse forman un todo y funcionan como un todo, por lo que su eficacia no puede determinarse por separado, ni tenerse en cuenta para apreciar el defecto de organización solo una de las partes del programa o un determinado control, sino que debe **comprobarse de manera global**.

Para la prevención de la corrupción, tener un canal de denuncias que funcione correctamente, y que no sea un mero apartado en la web de la empresa, es tan importante como los controles específicos que se diseñen para el control de la gestión de los recursos financieros; e igualmente lo es que los empleados sepan que las infracciones al Código ético no se toleran, sino que se investigan y sancionan; de gran importancia es también la implicación de los directivos y que los encargados de supervisar si los controles se aplican tengan los poderes y la autoridad suficientes.

Por esta razón no puede considerarse que los elementos transversales o comunes del programa, a los que se refiere precisamente en la mayoría de sus apartados el artículo 31 bis, constituyan simplemente el entorno de los verdaderos controles que son los referidos al hecho concreto y son los que únicamente debe valorarse.

De este modo, aunque el Código penal parece insistir en que han de valorarse exclusivamente «las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza», en realidad y de acuerdo a la metodología

que inspira la construcción de programas de cumplimiento, no es posible deslindar la eficacia de estas medidas, que obviamente deben existir, de otros aspectos más globales del programa de cumplimiento, que tienen una eficacia preventiva de importancia capital.

El análisis global del debido control es **coherente con la visión del control interno**, tal como se entiende mayoritariamente a partir del marco de referencia COSO (lección I). Los componentes del control interno (entorno de control, evaluación de riesgos, supervisión, actividades de control, información y comunicación) no pueden ser evaluados de manera autónoma para determinar la eficacia del sistema, sino de manera conjunta.

En especial, dentro de la valoración del programa de cumplimiento, y del defecto de organización, tiene especial importancia la cultura corporativa de la entidad que representa la argamasa que une todos los elementos del sistema. Así pues, su análisis no puede hacerse desconectada del resto de los controles. Para el control interno, un defecto en los sistemas de control puede compensarse por un entorno de control correcto. Dicho con un ejemplo: allí donde existe una correcta cultura corporativa, pueden relajarse algunos controles internos. Una empresa, de algún modo, podría elegir como forma de control de la corrupción mejorar sus valores mediante la formación y un sistema de incentivos salariales, en lugar de crear un estricto sistema de control sobre el efectivo.

Desde esta perspectiva técnica, suministrada por el control interno, el **juicio de eficacia no solo debe ser global, sino también dinámico o diacrónico**. No se trata de tomar una fotografía de la entidad en el momento en el que suceden los hechos, sino de «ver la película» en la que se muestra como ha funcionado el programa de cumplimiento en los últimos tiempos, con el fin de determinar si ha habido un esfuerzo continuado por parte de la dirección en su implantación.

De cuanto se lleva dicho se desprenden algunas conclusiones. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, que reducía la importancia de los programas de cumplimiento, no resulta acertada. No lo resultaba ya en el texto derogado y menos en el nuevo artículo 31 bis. La determinación de la responsabilidad de la empresa exige una mirada más amplia –global y dinámica– sobre el programa de cumplimiento.

En el caso de los subordinados, este es el aspecto central, como después veremos, mientras que en el caso del 31 bis *a*, es necesario comprobar la eficacia global más la elusión fraudulenta, tal como se desprende del artículo 31 bis 2.

Una implicación importante del sistema de evaluación de los programas de cumplimiento que se propone y, por tanto, de la imputación a la empresa, es que no resulta correcta la pretensión doctrinal de identificar el injusto de la infracción cometida por la persona jurídica con el defecto de organización

(la no previsión o el fallo de una medida de control) y la culpabilidad con la cultura corporativa del ente (implicación de directivos, revisión del programa, funcionamiento del canal, etc.).

Más allá de la discusión relativa a si en el caso de las personas jurídicas tiene sentido la distinción entre injusto y culpabilidad, lo cierto es que desde el punto de vista de las técnicas de control interno, en la valoración global del programa de cumplimiento no resulta correcto desvincular la cultura corporativa de la eficacia de los controles.

Una vez sentado lo anterior, en lo que sigue ofreceremos un **test de eficacia** de los programas de cumplimiento que puede ser utilizado como **esquema de argumentación judicial** a la hora de valorar la responsabilidad de la empresa, pero también como modelo para estructurar, por ejemplo, los informes periciales que necesariamente habrá de recabar el juez en este punto.

Con el fin de ser claros en nuestra exposición, procederemos del siguiente modo. En primer lugar, abordaremos la exención en el caso de los subordinados (31 bis 1.b), pues es donde el sistema aparece más sencillo; a continuación, nos centraremos en los altos directivos (31 bis 1.a). Una interpretación coherente del artículo 31 bis lleva a pensar que en este último caso deben constatarse todos los elementos que son necesarios para declarar la ausencia de responsabilidad en el supuesto de delitos cometidos por subordinados, más otro criterio adicional, como es la elusión fraudulenta del modelo. En tercer lugar, se analizará si el análisis de la eficacia del modelo debe hacerse de manera similar en el caso de delitos dolosos o imprudentes. Finalmente, ofreceremos algunos criterios tendentes a averiguar cuándo nos encontramos ante una exención plena de responsabilidad y cuándo debe aplicarse la circunstancia atenuante prevista en el artículo 31 bis 2 (último párrafo) y 31 bis 4.

La exposición que se realiza a continuación, dada la naturaleza de esta obra centrada en el cumplimiento normativo, se ocupa exclusivamente del análisis de la relevancia del modelo de organización en la responsabilidad de la empresa. No son objeto de atención el resto de los requisitos que contiene la regulación española, como por ejemplo, el que el delito haya sido cometido con el fin de beneficiar a la entidad o preceptos como los artículos 31 ter y *quinquies*.

3.1. El test de eficacia para los sujetos del artículo 31 bis 1.b

Conforme a lo que acaba de exponerse, la evaluación de la eficacia a partir de los elementos de los modelos de prevención, en el caso de que el delito haya sido cometido por un subordinado, requiere dar los siguientes pasos:

1) **Previsibilidad del delito.** El análisis de riesgos al que se refiere el artículo 31 bis 5.1 es el instrumento básico de todo programa de cumplimiento o de prevención. En términos penales, el análisis de riesgos viene a medir la probabilidad de que ocurra una infracción en la entidad, determinando las activi-

dades o procedimientos en los que resulta más probable su aparición. Los programas de prevención constituyen la concreción de un estándar de diligencia debida, lo que implica que su función es establecer un control razonable, en el que los costes de las medidas de prevención atiendan a la importancia real del riesgo que se quiera prevenir. Un estándar de cuidado que exigiera prevenir todos los delitos por igual y, además, sin atender a un análisis de costes, sería disfuncional.

De la importancia del análisis de riesgos como corazón del modelo de prevención se desprenden las siguientes consecuencias a la hora de establecer la responsabilidad de la persona jurídica:

- No haber realizado el análisis de riesgos significa que el programa de cumplimiento no es en modo alguno eficaz. Después se verá que esta valoración penal es coincidente con el derecho de sociedades, donde el estándar administrador diligente no obliga necesariamente a establecer controles, pero sí a realizar un examen previo para adoptar esta evaluación.
- No realizar el análisis de riesgos equivale a evaluar la eficacia del programa periódicamente o como consecuencia de circunstancias que pongan de manifiesto la aparición de un nuevo factor de riesgo, la aparición de infracciones, el cambio de control o el desarrollo de una nueva actividad (art. 31 bis 5.6).
- Igualmente, equivale a realizarlo de manera defectuosa. Este es, probablemente, el aspecto más complicado de evaluar, ya que aún no existe una metodología estándar para su realización. En cualquier caso, un análisis de riesgos resulta defectuoso cuando se han cerrado los ojos ante riesgos que resultan manifiestos y cuando no se ha realizado de manera concreta, atendiendo a los concretos procesos y actividades de la persona jurídica.
- Si el análisis de riesgos ha sido realizado correctamente, y esto depende de la calidad de la metodología utilizada, sus resultados deben gozar de una presunción de veracidad.
- Una empresa puede no tener controles para la prevención de un determinado delito cuando esta decisión es consecuencia de un análisis de riesgos correcto. En este caso, la empresa carecerá de responsabilidad, pues su infracción no será previsible.
- Los delitos previsible no lo son por igual en todas las actividades o procesos. El análisis de riesgos determina en qué sectores de la actividad deben concentrarse los controles, por lo que si el delito se produce en una actividad que, según el análisis de riesgos, no necesitaba de controles, también habrá que determinar que la actividad no era previsible.

Fruto de la importancia del análisis de riesgos es esencial que cada persona jurídica documente de la forma más completa posible dicho análisis, la metodología que ha seguido, la periodicidad con el que lo hace, los eventos que le deben llevar necesariamente a su revisión, etc. El análisis de riesgos es un elemento esencial para evaluar el debido control que toda empresa debiera tener. No obstante, debe ser la empresa la que decida o no aportarlo al proceso penal. En este sentido, y como desarrollaremos posteriormente, debe instaurarse en nuestro derecho un *self evaluating privilege*. Si la empresa toma en serio esta tarea, el análisis de riesgos debe poner de manifiesto los problemas de cumplimiento y las necesidades de mejora. El hecho de que en el marco del proceso penal se obligue a su entrega, desincentiva a las empresas a hacer las cosas bien.

2) **Eficacia de los controles.** Si, conforme a lo dicho, el delito era previsible, el segundo paso del test de debido control es evaluar la eficacia de los controles que la empresa ha establecido para prevenir este tipo de delitos. Este test consta de dos partes:

a) **Eficacia de los elementos básicos o transversales** del programa de cumplimiento: su función es comprobar si desde la dirección de la empresa han hecho esfuerzos serios y de manera continuada por crear una **cultura de la legalidad**. En líneas generales, puede decirse que estos elementos coinciden con lo que en la terminología del control interno se denomina **entorno de control**. Este análisis debería atender a los criterios de calidad del sistema de cumplimiento.

Criterios de calidad del sistema de cumplimiento

1. implicación de los directivos
2. participación de los trabajadores y *stakeholders* (legitimidad del programa)
3. independencia y formación de los responsables de cumplimiento (órgano de vigilancia, oficina de cumplimiento, etc.)
4. coherencia con la cultura de la empresa y las políticas y prácticas en materia de recursos humanos
5. vigencia de las normas del programa (funcionamiento del canal denuncias, imposición de sanciones, comportamiento posdelictivo...)

Aunque puede parecer paradójico, es igualmente importante en este punto atender al **comportamiento posdelictivo** de la entidad. Debido a la distinta estructura temporal de la culpabilidad de empresa, un correcto comportamiento posdelictivo es un potente revelador de la eficacia del programa de cumplimiento. La cooperación en el proceso, la reparación del daño, la sanción de los responsables o la revisión del programa de cumplimiento son indicadores de que existe un adecuado ambiente de control. Por esta razón, la concurrencia de las cuatro atenuantes que se prevén en el artículo 31 cuárter a lo que debe conducir, en el marco de la valoración conjunta del resto de los elementos, es a considerar correcto el «debido control».

b) Eficacia de los controles relacionados con el delito cometido. La segunda parte del test consiste en examinar la existencia de medidas de prevención para hechos similares a los que se han producido. Las características de este test dependen del grado de desarrollo y estandarización de las medidas de prevención de una determinada forma de comportamiento. El artículo 31 bis, tras la reforma del 2015, aunque ha hecho un esfuerzo loable por fijar los elementos de los programas de cumplimiento, en realidad solo se ha referido a elementos transversales. La única referencia a un control específico es el relativo a la gestión de los recursos financieros, que efectivamente resulta un medio de control básico, por ejemplo, en la prevención de la corrupción, pero que nada tiene que ver con otros muchos delitos como los medioambientales.

Por esta razón a la hora de realizar esta parte del test deben tenerse en cuenta:

- Los **criterios legales**: en determinados sectores como medio blanqueo de capitales, protección de datos o blanqueo de capitales. Donde el legislador ha recurrido a la autorregulación regulada, los elementos del artículo 31 bis deben completarse con los previstos en la legislación administrativa.
- Los **estándares y best practices**: el cumplimiento normativo es una materia que paulatinamente se está estandarizando, tanto en lo que se refiere a su estructura general como a los controles específicos de control de cada delito. Incluso por sector de actividad, en materias como la corrupción, están apareciendo propuestas de medidas específicas de control. Desde luego, en un ámbito tan internacionalizado como el de los negocios, debe atenderse a la praxis internacional, e incluso a los criterios legalmente establecidos en otros sistemas. Tal como ha hecho el legislador italiano, el español también debiera haber promovido la publicación de directrices sectoriales, elaboradas por organizaciones empresariales o grupos de empresas.

Los estándares sectoriales, como el que en estos momentos se está elaborando en materia de corrupción en la ISO 37101, resulta de gran utilidad esta materia. En cambio, la UNE ISO 19600 es mucho más útil a la hora de medir los elementos básicos o transversales.

3) Juicio de valoración global. Para comprobar la idoneidad del programa de prevención desde un punto de vista metodológico, se deben seguir los siguientes **criterios**:

Las dos partes del test de idoneidad tienen carácter secuencial, aunque la eficacia total del modelo de organización responde, finalmente, a su valoración conjunta. No superar claramente la primera parte del test (*b.1*) indica que la empresa carece de las estructuras básicas del sistema de cumplimiento y evidencia que la dirección de la empresa, sus administradores, se han despreocu-

pado por implantar una cultura de la legalidad en la empresa. Dicho gráficamente, si se ha obtenido una «baja nota» en la primera parte del test, debiera indicarse que el programa de comportamiento no es ya, generalmente, eficaz.

En la valoración del test, las dos partes deben poseer un valor similar, en aquellos casos en los que puede determinarse con relativa certeza cuáles son las medidas de control que en concreto la empresa debería haber implantado (criterios legales, presencia de estándares muy consolidados...). A menor grado de certeza sobre la norma de cuidado a seguir para la prevención del delito en concreto, mayor debe ser el peso de los controles generales, esto es, de la existencia de una cultura de control y de legalidad en la empresa.

Valoración de la idoneidad

En la valoración de la idoneidad de las medidas también deben tenerse presente las valoraciones procedentes del análisis de riesgos de la entidad. Incluso dentro de sectores en los que existe un alto grado de estandarización, la adopción de determinadas medidas de prevención puede además resultar discutible (por ejemplo, la rotación en los puestos de trabajo para evitar la corrupción). Para realizar la valoración de este tipo de medidas, puede ser útil un criterio similar a la *business judgment rule* que opera en el derecho de sociedades. La adopción de un determinado control en lugar de otro o su no adopción no resulta reprochable si ha sido adoptada de manera cuidadosa, tras haber manejado una información suficiente, en el marco del análisis de riesgos.

4) Descripción del fallo de control en concreto. A la hora de evaluar la eficacia del sistema de cumplimiento conviene, igualmente, analizar cómo han actuado los sistemas de control en el caso concreto. En este punto es importante comprobar, en primer lugar, si la dirección de la empresa, tal como exige el artículo 31 bis 2.1, ha implantado correctamente el sistema de cumplimiento. De este modo, si el fallo se debe a que un encargado de cumplimiento no ha supervisado adecuadamente, pese a tener los medios a su alcance para hacerlo, debe excluirse la responsabilidad o, al menos, atenuarse. Obsérvese que el artículo 31 bis 1.a sitúa también personalmente el deber de supervisión en los administradores. A mayor nivel jerárquico de la persona responsable del fallo de control, mayor será la responsabilidad de la empresa. Como antes señalábamos, al hablar del núcleo de verdad de la teoría de la identificación, esta consideración es coherente con un modelo de autorresponsabilidad.

Asimismo, en el análisis del caso en concreto, resulta relevante cómo la empresa ha organizado los controles, tras el análisis de riesgos. Si resulta razonable, por ejemplo, que los controles resulten aleatorios, no puede decirse que no exista un ejercicio debido del control. Otra cosa acaece en el caso de los directivos, donde, como veremos, es necesario demostrar la elusión fraudulenta.

En este momento de la argumentación judicial relativa a la eficacia del programa de cumplimiento, debe tenerse en cuenta, además, en qué medida el control existente ha entorpecido la realización del delito. Evidentemente, si el control ha entorpecido notablemente la comisión del hecho delictivo y ha permitido, por ejemplo, descubrirlo con prontitud, debe tenerse especialmente presente a la hora de valorar la eficacia del programa, ya que que confirma *ex post* su correcto diseño e implementación. Por esta razón, y a salvo de lo que

se indicará a continuación, la persona jurídica no responde cuando, gracias a la eficacia de sus controles, haya impedido la ejecución de un hecho delictivo, que en el *iter criminis* del autor individual había entrado en fase de tentativa.

Un problema que todavía nos queda por debatir es qué ocurre cuando una empresa carece de medidas de cumplimiento genéricas, es decir, no ha establecido ningún tipo de control específico, pero cuenta con un control, establecido por cualquier otra razón, que de modo casual ha funcionado entorpeciendo la realización del hecho delictivo. Si se es consecuente con el fundamento político criminal de la responsabilidad de las personas jurídicas, consistente en que cuenten con medidas específicas de prevención implantadas tras un análisis de riesgos, no conviene establecer ningún tipo de excepción acerca de cómo se ha de determinar la eficacia del programa de prevención para este tipo de casos. A lo sumo, en este tipo de casos, podría discutirse la aplicación de una atenuante.

Ejemplo

La empresa A carece de cualquier medida anticorrupción. No obstante, tiene previsto un control sobre los pagos con el fin de evitar ser defraudada por sus empleados y tener un control sobre las operaciones de caja. Casualmente, este control ha entorpecido que un directivo realice un pago ilícito simulando un contrato. Las medidas de control sobre los pagos han permitido, además, su pronta detección de forma tal que la empresa, que carecía de medida de cumplimiento alguna, ha puesto en conocimiento los hechos del juez.

Como puede comprobarse, la determinación de la eficacia del programa de cumplimiento, ni aún en relación con el caso concreto, no equivale a realizar, como sostienen algunos autores, un juicio semejante a la imputación objetiva. El análisis *ex post* es solo una parte del juicio de valoración global del programa de cumplimiento.

Además, como se ha explicado, la debilidad en determinados controles puede ser compensada por la eficacia de otros o un adecuado ambiente de control o cultura de la legalidad. Por esta razón, no siempre resultará sencillo aplicar una lógica similar a la de la teoría de la imputación objetiva y entender que el delito es, precisamente, expresión o realización del defecto detectado en el programa de cumplimiento.

La imputación objetiva nace con el fin de averiguar un aspecto mucho más concreto, que es la relación entre un determinado comportamiento y un resultado. Mientras que aquí se trata de averiguar la relación entre una determinada forma de *management* y el comportamiento de un individuo con libertad plena para actuar.

5) Exigibilidad del debido control. El principio de exigibilidad es un principio regulador común en todo el derecho penal, por lo que debe ser de aplicación también en el caso de personas jurídicas. La idea de exigibilidad podría encontrar aplicación en aquellos casos en los que por diversas circunstancias a la empresa le ha sido imposible el desarrollo del programa de cumplimiento.

Por ejemplo: la empresa *A* ha adquirido recientemente la empresa *B*, que carecía de programas de cumplimiento. Pocas semanas después de la absorción, un antiguo directivo de la empresa *B* ha cometido un hecho delictivo. En este caso podría decirse que la empresa *A* no había tenido tiempo real para implantar un nuevo programa. Un caso similar sería la entrada de un nuevo consejo de administración que incluso esté dando ya los pasos para la implantación del programa en la empresa.

Conclusión

En conclusión, la eficacia del programa de cumplimiento en el caso los delitos cometidos por los subordinados exige del juez realizar una ponderación, cuya argumentación debe dar respuesta a las siguientes cinco preguntas:

- ¿Era el delito previsible a partir del análisis de riesgos realizado por la empresa? En caso de respuesta afirmativa, argumentarlo.
- ¿Existe en la empresa una adecuada cultura de la legalidad y un ambiente de control?
- ¿Cuenta con los controles adecuados en relación con delitos como el que se ha cometido u otros de naturaleza semejante?
- ¿Cómo se ha comportado el sistema de prevención en el caso concreto?
- ¿Era exigible a la empresa contar con un programa de prevención?

3.2. Modelos de prevención y administradores (art. 31 bis 1.a)

El artículo 31 bis es más exigente cuando el delito ha sido cometido por un directivo (art. 31 bis 1.a). Como hemos señalado, esta opción es enteramente compatible con un modelo de autorresponsabilidad. La implicación de un administrador de derecho o de hecho en la comisión de los hechos muestra, normalmente, que el programa no es creíble.

De hecho, en la mayoría de las empresas españolas en las que la propiedad, y, por tanto, el poder, suele concentrarse en muy pocas manos, a veces en una solo, resulta tremendamente complicado crear un programa de cumplimiento que supervise el comportamiento (por ejemplo, los gastos) de aquellos que tienen el poder, casi absoluto. Propiciar que en estos casos la empresa pueda distanciarse del hecho cometido por las personas que ostentan el máximo poder dentro de la entidad es el objetivo que persigue el órgano de vigilancia.

En la práctica, la exclusión de la responsabilidad de la persona jurídica en estos casos se producirá en dos escenarios diferentes:

1) En primer lugar, cuando el delito haya sido cometido por alguien de quien puede decirse que es administrador y, sobre todo, alto directivo perteneciente al «club del 31 bis a», pero que materialmente no es la persona con más poder dentro de la entidad. Siempre es imaginable que quien detenta la mayor cuota de poder imponga y diseñe controles para el resto.

2) El segundo escenario, que es para el que verdaderamente está pensada la excepción de responsabilidad que establece el Código penal, es para sociedades abiertas, con un número muy amplio de socios, sin una mayoría clara y en las que los administradores y altos directivos sean, en realidad, profesionales de la gestión. En este tipo de sociedad sí que es posible imaginar un sistema de *check and balances*, del cual formaría parte el órgano de vigilancia de la entidad. Como ya se advirtió, en realidad, el problema de control de los administradores, con el fin de que respeten la legalidad, no es sino un problema más de **gobierno corporativo**.

En cualquier caso, y conforme a cuanto acaba de indicarse, es correcto que el 31 bis del Código penal establezca un sistema de responsabilidad más estricto para aquellos casos en los que el delito ha sido cometido por un directivo. La mayor rigidez se plasma en tres exigencias ulteriores al test de idoneidad que acabamos de señalar:

- La primera de ellas es que el órgano de vigilancia haya supervisado la eficacia de los controles que expresamente se han previsto para los administradores de hecho y de derecho (art. 31 bis 2.4).
- La segunda se desprende implícitamente de la anterior: es necesario un programa de cumplimiento específico para los sujetos del artículo 31 bis *a*. Más concretamente, es necesario un análisis de riesgos específicos y, a partir del mismo, diseñar si se estima necesario controles específicos acordes con los riesgos de los directivos.
- La tercera exigencia es que el administrador, de hecho o de derecho, eluda en el caso concreto estos controles.

Los dos primeros puntos serán analizados respectivamente al abordar el análisis de riesgos y la labor y conformación del órgano de vigilancia, por lo que ahora nos centraremos en el último de los requisitos.

La **elusión fraudulenta** supone incidir en una de las preguntas que ya se han formulado en el apartado anterior en relación con los subordinados: la eficacia *ex post* de los controles. La diferencia radica en la importancia que este análisis tiene en los distintos test de imputación. Mientras que en el caso de los subordinados la eficacia *ex post* constituye un elemento más para valorar la eficacia del programa, en este caso es una parte fundamental del test.

En el caso de los administradores, se deben superar dos listones distintos: se ha implantado de manera eficaz un programa de prevención y su implantación ha sido tan eficaz que el administrador autor del delito ha tenido que eludir un específico control del programa.

Conviene distinguir entre las dos partes del test, no solo por razones analíticas, sino porque fundamentalmente puede ser útil en orden a decidir si se excluye totalmente de responsabilidad a la persona jurídica o, en cambio, existe una reducción de la sanción por medio de la apreciación de la atenuante.

El sentido que ha de darse a la exigencia de que el administrador debe eludir fraudulentamente un control ha sido determinado por la jurisprudencia italiana, para quien la elusión fraudulenta requiere algo más que demostrar la existencia de un sistema de controles genéricos dirigidos a todos los empleados de la entidad. La elusión fraudulenta exige que el administrador, en el caso concreto, haya tenido que evadir o evitar el control.

Ello exigirá comprobar, en la mayoría de los casos, que haya tenido que desplegar una actividad específica destinada a eludir el control, o que haya omitido cumplir con una determinada actuación (por ejemplo, un deber de comunicación) que se le imponía en base a un control específico.

El que deba existir una elusión del control implica que, a la hora de diseñar los controles para los administradores, estos no pueden tener, por ejemplo, carácter aleatorio. Tampoco basta con medidas necesarias, pero genéricas, como la formación o la existencia de normas de conducta situadas en el Código ético u otras políticas de la empresa. Infringir una norma de comportamiento es algo distinto a la elusión de medidas específicas de control.

3.3. Medición de la eficacia en pequeñas empresas

Uno de los aspectos menos desarrollados del cumplimiento normativo es su implementación en pequeñas empresas y, sobre todo, micropymes. La previsión que contiene el Código penal a este respecto, relativa las peculiaridades del órgano de vigilancia, ni de lejos solventa el problema. Es dudoso que un pequeño negocio deba instalarse un programa de prevención con los requisitos que señala el artículo 31 bis 5 del Código penal. Sin duda, hubiese sido más correcto, desde el punto de vista político-criminal, contemplar la responsabilidad solo a partir de medianas empresas.

Otra solución, podría venir de la mano del principio de oportunidad o por la posibilidad de elegir, sobre todo en infracciones imprudentes, entre la sanción a la empresa y la persona jurídica. La Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2011, ha excluido negocios unipersonales que adoptan formas societarias, lo cual, aunque es evidentemente acertado, solo sirve para solucionar un concreto grupo de casos. Admitida la responsabilidad de pymes y micropymes (menos de cincuenta trabajadores), debe hacerse un esfuerzo por determinar los elementos del programa de cumplimiento que son imprescindibles y, a continuación, establecer los criterios de imputación.

En este sentido, lo primero que debe resaltarse es la dificultad de diseñar un programa de cumplimiento para las personas a las que se refiere el artículo 31 bis 1.a del Código penal. Con buen criterio, este exime, por ejemplo, a las pequeñas y medianas empresas de establecer un órgano de vigilancia (art. 31 bis 3), por considerarlo seguramente desmedido.

Sus funciones pueden ser desempeñadas por el órgano de administración. Cuando se acoja esta opción, debe ocuparse especialmente de verificar los controles que afectan a los consejeros y al personal de alta dirección. Solo de este modo podrá declararse la no responsabilidad de la persona jurídica conforme al artículo 31 bis 2.

No obstante, en muchas pymes y micropymes en las que existe una dirección eminentemente unipersonal, por la persona que además es propietaria de la mayoría del accionariado, resulta muy difícil, y, por ello, escasamente creíble, que exista un órgano capaz de supervisar los controles del *factotum* de la entidad. La consecuencia es que la comisión de un delito por esta persona conlleva de manera automática la imposición de la sanción para la persona jurídica.

En caso de pequeñas empresas, esta circunstancia equivaldrá, en muchos casos, a un *bis in idem*: la persona física será castigada como autor individual y, además, como socio mayoritario o único de la entidad, sufrirá las consecuencias de la multa impuesta a la empresa. Con el fin de evitar una sanción desproporcionada, el **artículo 31 ter 1 (segunda frase)** permite modular las cuantías de las multas.

Este texto no aporta, sin embargo, solución alguna para aquellos casos, mucho más graves, en los que al dirigente se le impone una pena de prisión, y a la persona jurídica, una multa. En estos casos nada impide una aplicación analógica de esta previsión inspirada en el **principio de proporcionalidad y *ne bis in idem***. Así, por ejemplo, en los casos en que exista una pena de prisión efectiva, podría optarse por la no imposición de sanción a la persona jurídica.

Igualmente, en este tipo de casos puede discutirse hasta qué punto, conforme al **principio de no exigibilidad**, puede requerirse al máximo responsable de una pequeña empresa o micropyme que nombre a una suerte de «policía interno» de sí mismo que controle la forma en que, por ejemplo, tiene diversas atenciones con funcionarios públicos o con responsables de otras empresas o tenga que dar cuenta de cómo utiliza la tarjeta de crédito de una empresa de la que tiene la práctica totalidad de capital.

El riesgo penal que recae sobre este tipo de personas físicas por la gestión de la empresa hace innecesario que el derecho penal refuerce sus mandatos mediante la sanción de la persona jurídica. Tiene, por supuesto, pleno sentido la sanción de la empresa cuando el delito ha sido cometido por un subordinado, pues se trata, con ello, de motivar a sus dirigentes para que establezcan controles. Pero no cuando la sanción recae sobre el que tiene un poder omnímo-

do en la organización. Carece de sentido que el derecho penal establezca un mandato consistente en vigilarse a uno mismo y una sanción para la empresa (que no es sino un *alter ego*) en caso de incumplimiento.

Más allá de este problema, y en relación con **subordinados** (art. 31 bis 1.b) sobre los que sean exigibles las labores de supervisión y control, la valoración de la eficacia del programa de cumplimiento debe hacerse de modo parcialmente distinto. En una pequeña empresa, el sistema de cumplimiento carecerá normalmente de elementos transversales, o estos tendrán un menor grado de formalización, por lo que resulta más complicado medir el entorno de control.

Así pues, el juicio de idoneidad debe basarse en los aspectos siguientes:

- 1) el análisis de riesgos y la previsibilidad de la infracción (pues cualquier persona jurídica, con independencia de su tamaño, debe acometer esta tarea, que además representa una exigencia del deber de representante diligente de los administradores),
- 2) los controles específicos para los riesgos que se detecten,
- 3) el funcionamiento *ex post* de los controles.

Como puede apreciarse en las pymes y micropymes, dentro del test que hemos diseñado, la constatación de elementos transversales o de la cultura corporativa no resulta decisiva, sobre todo a medida que va descendiendo el tamaño de la entidad.

3.4. La imputación en el caso de delitos imprudentes

Hasta ahora no se ha discutido demasiado acerca de la forma de actuar de los programas de cumplimiento en relación con los delitos imprudentes de los que puede haberse hecho responsable la persona jurídica. En nuestro caso, principalmente, los delitos de blanqueo de capitales (art. 302.2 CP) y, sobre todo, delitos contra el medio ambiente (art. 328 CP) y los trabajadores (art. 318 CP).

En núcleo del problema en relación con la responsabilidad penal de personas jurídicas en delitos imprudentes puede describirse del siguiente modo: al igual que ocurre en los delitos dolosos, la responsabilidad penal de la persona jurídica deriva de un defecto de organización, cuya función es impedir lesiones o riesgos derivados, en este caso, de comportamientos negligentes de los miembros de una organización.

Lo peculiar de estos supuestos es, sin embargo, que el propio defecto de organización puede dar lugar a la responsabilidad de personas físicas, en muchas ocasiones de forma cumulativa. La ausencia de organización preventiva o su

ejecución gravemente defectuosa es apta para generar responsabilidad individual en dirigentes y empleados, algo que no ocurre prácticamente nunca en los delitos dolosos.

La conexión del defecto de organización de la entidad con comportamientos singulares de individuos que pueden ser castigados implica que, a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos, la sanción de la persona jurídica no resulta, a primera vista, tan necesaria como instrumento para motivar una correcta organización. Los propios dirigentes empresariales, quienes tienen el poder, pueden ser alcanzados en los casos más graves por la sanción penal o, al menos, saben que pueden verse envueltos en el proceso penal, con la consiguiente «pena de banquillo».

Desde el punto de vista de la motivación para la autorregulación, esta circunstancia hace que la pena a la persona jurídica no sea necesaria, y, por tanto, deba considerarse desproporcionada. Además, cuando el defecto de organización es el sumatorio de responsabilidad individual, una sanción posterior al ente tiene un fuerte tufo a *bis in idem*, y desde luego resulta cuestionable desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

En el derecho comparado, es fácil constatar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se comporta de manera diferente en los delitos dolosos que en las infracciones imprudentes. Así, por ejemplo, en el Reino Unido, la Ley Corporate Manslaughter and Corporate Homicide de 2007 sanciona exclusivamente a la persona jurídica en casos de muertes imprudentes derivadas de defectos en la organización preventiva, que se concibe precisamente como sumatorio de pequeñas negligencias individuales. La responsabilidad individual solo tiene lugar, cumulativamente, cuando se constata una imprudencia grave. En Francia y Bélgica se constata aún de manera más clara la tendencia a sancionar o bien, en exclusiva, a la persona jurídica o bien, en exclusiva, a la física en los casos de imprudencia. El artículo 121.2 del Código penal francés establece, en determinados casos, la responsabilidad exclusiva de la persona jurídica cuando la responsabilidad individual no es significativa. La Circular de la Fiscalía de 2004 (Circulaire relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales) ha extendido este criterio. Mediante el principio de oportunidad procesal, se señala que, de no acreditarse de manera suficiente la imprudencia de una persona física, únicamente será sancionada la jurídica.

En nuestro país, y de *lege lata*, puede acogerse una solución similar mediante la previsión contenida en el artículo 31 ter 1, que permite la compensación de sanciones pecuniarias, estableciendo una excepción al férreo principio de la acumulación de sanciones. De este modo, podríamos encontrarnos en las siguientes situaciones:

- Cuando exista un comportamiento negligente grave de un subordinado que no esté vinculado a un defecto de organización o, en cualquier caso, sea notoriamente más importante para explicar el hecho de que el defecto de organización, debería existir en exclusiva responsabilidad individual. Por el contrario, los comportamientos negligentes de subordinados vinculados a un defecto de organización deben dar lugar a responsabilidad conjunta de la persona física y jurídica.
- Cuando exista un defecto de organización, vinculado al comportamiento gravemente imprudente de un administrador o directivo (art. 31 bis a),

debiera bastar también con la responsabilidad individual. La sanción a la persona jurídica debería entenderse compensada por lo dispuesto en el artículo 31 ter 1 (segunda frase). Como puede apreciarse, se trata de una situación similar a la que hemos visto en relación con los delitos cometidos en pequeñas y medianas empresas por los que tienen el poder máximo en la entidad. La doble sanción resulta desproporcionada y dudosa desde el punto de vista del principio de *ne bis in idem*.

- La persona jurídica responde cuando se trata de un grave fallo estructural, pero que no va unido a una imprudencia grave de ningún directivo o empleado de la entidad. Es decir, a aquellos casos en los que, como indica este precepto, **no es posible individualizar** a las personas físicas responsables (art. 31 ter 1).

El término *individualizar*, de este modo, no se referiría solo a casos en los que no es posible identificar a la persona que ha cometido la infracción, sino también a supuestos en los que el defecto de organización resulta del sumatorio de varias imprudencias individuales de carácter leve, pero que en su conjunto revelan un defecto de organización grave.

No obstante, debe reconocerse que esta interpretación choca con el tenor literal del artículo 31 bis, que, como sabemos, acoge un sistema de autorresponsabilidad mixto en el que siempre es necesario un hecho de conexión consistente en una infracción penal cometida por una persona física. La imputación de la persona jurídica en casos de imprudencia requiere, además, aquilatar dos elementos del artículo 31 bis, que, evidentemente, está pensado más para supuestos de delitos dolosos.

El primero se refiere a que el hecho delictivo debe ser cometido por la persona física «**en su beneficio directo o indirecto**». La expresión *en su beneficio* presupone un momento intencional en el comportamiento imprudente del autor individual. Aunque en algunos casos puede existir, será normalmente difícil de probar. El tenor literal de esta expresión permite, sin embargo, una interpretación objetiva. De este modo, habría beneficio indirecto en aquellos casos en que, con independencia de la intención del autor, la empresa se beneficia por el ahorro de costes que supone el fallo de organización. En cualquier caso, y de *lege desiderata*, debería prescindirse de este elemento. Lo relevante en el caso de infracciones imprudentes es que se ha infringido el deber de implementación de medidas de organización, administración y control adecuadas para prevenir el tipo de delito cometido.

En segundo lugar, y en el caso de los administradores y directivos (art. 31 bis 1.a) **la expresión *eludir fraudulentamente un control* carece de sentido**, porque también presupone un momento intencional en la imprudencia, que no siempre tiene que aparecer. No obstante, en este caso, y tal como está redactado el precepto, es preciso constatar que el comportamiento imprudente

ha venido propiciado por la elusión dolosa de un control (por ejemplo, la necesidad de realizar determinados análisis antes de efectuar un vertido) que de haberse efectuado lo hubiera dificultado seriamente.

3.5. Los programas de cumplimiento como eximentes plenas de responsabilidad o circunstancias atenuantes

El artículo 31 bis 2 y 4 prevé, tras la reforma operada por la Ley orgánica 1/2015, que los modelos de organización puedan servir para excluir la responsabilidad de la empresa, pero también como circunstancia que atenúa la responsabilidad. El artículo 31 bis, sin embargo, no solo ofrece pocas pistas para determinar cuándo estamos en uno u otro caso, sino que, además, en ocasiones las que indica resultan contradictorias.

En efecto, de un lado, señala que la exención de responsabilidad está condicionada a que, al menos, las medidas de control ayuden a **reducir «de forma significativa el riesgo de comisión del delito»**, lo que sugiere un nivel muy estricto de exigencia. Sin embargo, en el artículo 31 bis 1.b, y en relación con los subordinados, exige un **incumplimiento «grave»** de los deberes de supervisión, lo que resulta un criterio más *pro reo*, pero contradictorio con el anterior. En cualquier caso, lo que parece claro es que un primer **elemento** para distinguir entre un supuesto y otro es el puramente **cuantitativo**.

Algo más revelador puede ser, de otro lado, la expresión utilizada por el artículo 31 bis, **«acreditación parcial»** de los distintos elementos que componen el modelo de organización; recuerda en cierta medida a la expresión que emplea el artículo 21 al referirse a las eximentes incompletas, «la no concurrencia de todos los requisitos necesarios».

En realidad, la posibilidad de atenuar en el caso de las personas jurídicas resulta estructuralmente similar a las causas de justificación y exculpación incompletas previstas en el artículo 20 y que, como es conocido, remiten a la idea, enteramente correcta, de que el injusto y la culpabilidad penales son entidades graduables.

Por esta razón, al lado del criterio cuantitativo, a la hora de decidir si existe exculpación o atenuación podría utilizarse también un criterio estructural, en el sentido de considerar que existen elementos esenciales de los programas de cumplimiento sin cuya presencia no puede existir una atenuación plena, y otros requisitos no esenciales que darían lugar a la aplicación de una eximente plena.

Como hemos indicado, el análisis de riesgos es el elemento esencial del programa de cumplimiento sobre el cual pivota toda su racionalidad. No haberlo realizado impide que pueda apreciarse la existencia de un programa de cum-

plimiento como atenuante. No haberlo revisado, existiendo razones más que suficientes para ello o tras un largo periodo de tiempo, supone también la ausencia de un requisito esencial. Así mismo, la existencia de un análisis de riesgos, pero realizado de manera defectuosa, puede dar lugar a la aplicación de la atenuante incompleta.

La no existencia de un ambiente de control (elementos transversales / cultura corporativa) resulta también un requisito esencial; su ausencia en grandes empresas impide apreciar la existencia de la atenuación y supone un indicio, además de la peligrosidad de la empresa a los efectos de lo indicado en el artículo 66 bis 1.a. La presencia de un buen ambiente cuando, en cambio, han fallado los controles individuales o estos no se han diseñado correctamente, debiera dar lugar a la aplicación de la atenuante. La existencia de una atenuante, incluso muy cualificada, parece razonable, sobre todo cuando el control que en concreto se exige a la entidad no está difundido o no es habitual en entidades con riesgos semejantes.

Como criterio cuantitativo, debe tenerse también presente la situación jerárquica de la persona que omitió el deber de control. Si este requisito es relevante para agravar la sanción, también lo será para atenuarla. Si el fallo de supervisión se localiza en un nivel jerárquico bajo, y el resto del sistema ha funcionado correctamente, debe optarse por la exención plena; en cambio, habrá una atenuante cuando se localice en un nivel medio de la empresa y, plena responsabilidad, cuando se sitúa en los niveles superiores.

En el caso de los delitos cometidos por los altos directivos y administradores, la existencia de un programa de cumplimiento que en abstracto resulta adecuado debe dar lugar a la aplicación de la circunstancia atenuante, si de lo que se trata es que no haya obligado a eludir fraudulentamente algún control para la comisión del delito.