



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 21 (2017), pp. 259-276

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2017.21.0.3292>

RESPONSABILIDADE PENAL DAS PERSOAS XURÍDICAS E MECANISMOS PARA A SÚA PREVENCIÓN

DIEGO QUINTEIRO CRUZ

*Gañador do VII Premio Lois Tobío de Investigación Xurídica en Lingua Galega
(modalidade estudiantado)
Universidade da Coruña*

Resumo: Dende o ano 2010, por vez primeira na historia da nosa lexislación, o Código Penal acolle unha regulación sobre a responsabilidade penal das persoas xurídicas. Este novo réxime legal opta por un modelo mixto que parte dunha responsabilidade de tipo vicarial e prevé a posibilidade de eximir ás empresas de dita responsabilidade criminal, na medida en que tratasen de evitar dun xeito efectivo a comisión de condutas delictivas no seu seo mediante os chamados "protocolos de prevención penal". Partindo desa base, o obxectivo deste traballo é analizar e reflexionar sobre o vixente réxime de responsabilidade penal a través do análise dos seus caracteres e, sobre todo, estudar e expoñer os elementos básicos do contido dun protocolo de prevención penal válido para eximir de responsabilidade á empresa, xa que a lei non aclara devandito extremo.

Palabras chave: responsabilidade penal das persoas xurídicas; prevención penal; responsabilidade da empresa.

Resumen: Desde el año 2010 el Código Penal español acoge una regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este nuevo régimen opta por un modelo mixto que parte de una responsabilidad de tipo vicaria y prevé la posibilidad de eximir a las empresas de dicha responsabilidad en la medida de que tratasen de evitar de un modo efectivo la comisión de conductas delictivas mediante los denominados "protocolos de prevención penal". En objetivo de este trabajo es analizar el vigente régimen de responsabilidad penal y sus caracteres, con especial atención a los elementos básicos de un protocolo de prevención penal.

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas; protocolo de prevención penal; responsabilidad de la empresa.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PERSOAS XURÍDICAS.1 Regulación da responsabilidade penal. III. PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO COMO MECANISMOS DE EXENCIÓN DA RESPONSABILIDADE PENAL 1. Natureza e obxecto.2. Contido básico dun plan de prevención penal apto para evitar a responsabilidade criminal empresarial. IV.CONCLUSIÓNS. V. BIBLIOGRAFÍA. VI.ANEXOS

I. INTRODUCCIÓN

Historicamente, o noso Dereito Penal partía do aforismo latino "*societas delinquere non potest*", segundo o cal as sociedades (hoxe diríamos entidades con personalidade xurídica en xeral) carecían da capacidade para incorrer na comisión de delitos. Actualmente, como consecuencia da aparición de novas formas de delincuencia -especialmente de carácter económico- o escenario mudou, dando lugar (dende o ano 2010)¹ a unha modificación dos postulados dogmáticos tradicionais que reverteu nun novedoso modelo penal, caracterizado agora pola capacidade de acción das persoas xurídicas e, neste sentido, pola posibilidade destas de xerar responsabilidades que se derivan da falta de dilixencia na que as empresas poden incorrer á hora de controlar a actuación dos seus directivos e subordinados.

Pois ben, superada a negación inicial de responsabilidade criminal das persoas xurídicas, o Dereito Penal empresarial vixente establece a súa culpabilidade na medida en que omitan a adopción dos mecanismos de precuación que lle son esixibles para garantir un desenvolvemento ordenado e non delictivo da actividade relativa ó feito da empresa². Así, as entidades empresariais serán quen de responder criminalmente cando, debido á falta de vixilancia, no seo da súa organización se cometan certos delitos previstos expresamente na lei, sempre que concorran as condicións que seguidamente serán analizadas. Por tanto, actualmente resulta moi recomendable para as empresas dotarse dun programa de cumprimento penal ou *compliance programme* (chamado co nome anglosaxón), que -deseñado e aplicado correctamente- evitará que se cometan delitos no seo da empresa ou, en todo caso, a condena penal da corporación.

¹ Cando entrou en vigor a Lei Orgánica 5/2010, de 22 de xuño modificadora do Código Penal e ampliada recentemente tras a entrada en vigor da Lei Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

² Cfr. PÉREZ MACHÍO, ANA ISABEL. "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas". En DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS e DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2013. p. 29.

II. RESPONSABILIDADE PENAL DAS PERSOAS XURÍDICAS

1. Regulación da responsabilidade penal

Polo que incumbe á regulación da responsabilidade penal das persoas xurídicas o Código Penal do ano 1995 xa representou un paso importante respecto da regulación anterior ao establecer unha serie de consecuencias penais do delito (polo momento accesorias), aplicables ás persoas xurídicas. Con todo, o recoñecemento expreso de que as persoas xurídicas podían incorrer en responsabilidade penal non chegou ata a entrada en vigor da Lei Orgánica 5/2010, do 22 de xuño, modificadora do Código Penal³, mediante a que naceu o artigo 31 bis. É, precisamente, nese precepto onde radica o réxime nuclear da responsabilidade penal das persoas xurídicas, que resulta de un extenso catálogo de delitos⁴.

- Regras de imputación de responsabilidade penal ás persoas xurídicas

Respecto das regras de imputación que prevé o artigo 31 *bis* apartado 1 do Código Penal, procede dicir que a persoa xurídica devén responsable -en primeiro lugar- dos delitos cometidos polas persoas físicas que, dentro da súa organización, ostenten a posición de representantes legais ou de administradores (tanto de feito como de dereito). Así mesmo, resultan responsables dos delitos cometidos polos subordinados dos suxeitos antes mencionados cando a comisión do delito fose posible por non exercerse sobre eles o debido control⁵. Por tanto, en virtude do artigo 31 *bis* apartados 2 e 4 do Código Penal, nos casos nos que a persoa xurídica adoptara e executara de xeito eficaz un modelo de organización e xestión que inclúa aquelas medidas de vixilancia e control adecuadas para previr delitos da natureza do que foi cometido ou para reducir de forma significativa o risco da súa comisión, haberá unha exención de responsabilidade penal para a persoa xurídica, cuestión da que me encargarei no seguinte parágrafo.

³ Lei Orgánica 5/2010, do 22 de xuño, pola que se modifica a Lei Orgánica 10/1995, do 23 de novembro, do Código penal. Publicado en: BOE núm. 152, do 23 de xuño de 2010.

⁴ Vid: Anexo 1. O catálogo de delitos susceptibles de ser imputados ás persoas xurídicas concréntanse na parte especial do Código Penal.

⁵ Así, o art. 31.1 *bis* CP establece que: "Nos supostos previstos neste Código, as persoas xurídicas serán penalmente responsables:

a) Dos delitos cometidos en nome ou por conta das mesmas, e no seu beneficio directo ou indirecto, polos seus representantes legais ou por aqueles que actuando individualmente ou como integrantes dun órgano da persoa xurídica, están autorizados para tomar decisións en nome da persoa xurídica ou ostentan facultades de organización e control dentro da mesma.

b) Dos delitos cometidos, no exercicio de actividades sociais e por conta e en beneficio directo ou indirecto das mesmas, por quen, estando sometidos á autoridade das persoas físicas mencionadas no parágrafo anterior, puideron realizar os feitos por incumprirse gravemente por aqueles os deberes de supervisión, vixilancia e control da súa actividade atendidas as concretas circunstancias do caso".

A conclusión apriorística do análise do artigo 31 *bis* do Código Penal é que estamos ante un modelo de responsabilidade vicarial ou de transferencia⁶ dado que a persoa xurídica é quen de ser declarada penalmente responsable dos feitos cometidos por determinadas persoas físicas sempre que concorran as específicas condicións a que se refire o Código Penal⁷. Con todo, do dito no parágrafo anterior, pode deducirse que tamén esta responsabilidade da empresa (en principio vicarial) ten notas claras do modelo de responsabilidade denominado "por defecto de organización" posto que, como indica o profesor QUINTERO OLIVARES, a existencia dos catálogos de normas e conductas así como dos chamados programas de prevención, pode actuar como elemento bastante para evitar que a actuación de individuos concretos, calquera que sexa o seu poder decisor, poidan transferir a responsabilidade penal ó ente en cuxo interés actúan⁸. Tendo en conta diso, podemos entender que estamos ante un modelo mixto de responsabilidade da empresa, pois a letra a) do apartado primeiro do artigo 31 *bis* do Código Penal consagrará a responsabilidade por transferencia ou vicarial, ó trasladar á persoa xurídica a responsabilidade polos delitos cometidos pola súa conta e no seu proveito polas persoas físicas con facultades de dirección ou autoridade, mentres que a letra b) responsabilizaría á propia persoa xurídica polos delitos cometidos por quen, estando sometidos á autoridade das anteriormente mencionadas persoas físicas, poideron realizar os feitos por non exercerse previamente sobre eles o debido control⁹.

Ademais disto, tal e como indica GÓMEZ TOMILLO, para que o delito cometido polos suxeitos citados poida ser simputado ás empresas con personalidade xurídica, é requisito que unha persoa física, ou unha pluralidade delas, actuara ou deisaxe de actuar, incorrendo nalgún dos tipos penais susceptibles de xerar responsabilidade para as persoas xurídicas e nun contexto empresarial, societario ou asociativo para beneficiar dalgún xeito á empresa¹⁰. Así, é requisito tamén -no caso dos representantes ou administradores- que estes actuaran en nome ou por conta das mesmas, e no seu beneficio directo o indirecto e -no caso dos subordinados- que o delito fora cometido no exercicio de actividades sociais e por conta e en proveito directo ou indirecto da persoa xurídica.

Este requisito (o de actuar en proveito da sociedade) tórnase controvertido posto que resulta difícil concibir que esa actuación individual do suxeito que actúa en beneficio da persoa xurídica equivalla a un comportamento da propia empresa. Así, parafraseando a

⁶ Deste xeito é calificado este sistema de responsabilidade no modelo anglosaxón. Neste sentido, *vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español". En DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS e DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2013. p. 68.

⁷ Así o establece a Fiscalía Xeral do Estado na súa Circular 1/2011 relativa á responsabilidade penal das persoas xurídicas conforme á reforma do Código Penal efectuada por Lei Orgánica número 5/2010 (p. 33).

⁸ Cfr. QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, 2015, p. 47.

⁹ Neste sentido pronunciouse a Fiscalía Xeral do Estado na súa Circular 1/2016 sobre a responsabilidade penal das persoas xurídicas conforme á reforma do Código Penal efectuada por Lei Orgánica 1/2015 (p. 6).

¹⁰ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2015, pp.78-79.

SILVA SÁNCHEZ, é problemática a fundamentación da transferencia dos elementos subxectivos da persoa física que incorre na conduta típica á persoa xurídica xa que nestes casos dificilmente pode afirmarse que a idea de actuación en proveito equivalla a un título convencional de imputación subxectiva¹¹. En efecto, o feito de que un suxeito actúe en nome e beneficio doutro, normalmente non é suficiente para esixir responsabilidade penal a ese outro, e iso xerou problemas á hora de analizar a procedencia dunha norma que exceptúe esta regra xeral. Con todo, a miña opinión é que, en realidade, si existe unha relación directa entre o delito cometido e o delito da empresa cando a conduta lévaa a termo un administrador xa que parece evidente que é este quen pensa e decide pola entidade.

En canto á interpretación do termo "proveito", hai que ter presente que sobre o pronunciouose a recente STS do 29 de febreiro de 2016 que puxo en práctica a responsabilidade penal das persoas xurídicas¹². Segundo os maxistrados do Alto Tribunal, o termo de *proveito* ou *beneficio* fai alusión a calquera clase de vantaxe, mesmo de simple expectativa ou referida a aspectos tales como a mellora de posición respecto doutros competidores proveitosa para o lucro ou para a mera subsistencia da persoa xurídica en cuxo seo o delito do seu representante, administrador ou subordinado xerárquico, cométese. Por tanto, estamos ante unha interpretación moi ampla do concepto, o que dará lugar a que moitas contendas xudiciais céntrense en discutir se houbo proveito ou non por parte da entidade.

Naturalmente, naqueles casos en que non concorran os requisitos de imputación do artigo 31 *bis* do Código Penal, só procederá a responsabilidade civil subsidiaria *ex delicto* da persoa xurídica á que fai referencia o artigo 120 do Código Penal. Sería este o caso da empresa con personalidade xurídica que, a pesar de contar coa válida implementación de todos os programas de cumprimento penal e de "supervisión, vixilancia e control" (que dan lugar á exención de responsabilidade penal), non consegue evitar que un dos seus empregados cometa a fraude, resultando así responsable civil subsidiaria. Ademais diso, hai que ter presente que, en ocasións, verifícase a comisión dun delito dos que debe responder a empresa e, con todo, só o dolo civil preséntase como opción procesual. En concreto, iso ten lugar naqueles casos en que, por mor dos prazos de prescrición, a acción penal resulta inviable a pesar de constatare todos os elementos típicos do delito e a posibilidade de acusar del á persoa xurídica.

- Réxime sancionador penal das persoas xurídicas

É opinión do profesor SILVA SÁNCHEZ, que a reforma do Código Penal que introduciu a responsabilidade penal das persoas xurídicas estivo inspirada na "dimensión expresiva" do Dereito Penal ó pretender servirse do gran desincentivo que

¹¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Op.cit.* pp. 263-265.

¹² STS de 29 de febreiro do 2016 (Id. Cendoj: 28079120012016100112). Ata o día de hoxe, o Tribunal Supremo só ditou dúas sentenzas en materia de responsabilidade penal das persoas xurídicas. A primeira foi a aquí citada e a segunda publicouse poucos días máis tarde e ten data do 16 de marzo de 2016.

supón o coste reputacional do proceso e sanción penal dado que as sancións susceptibles de imposición son idénticas ás que poderían empeñerse no eido administrativo¹³. Efectivamente, no ámbito do Dereito Administrativo sancionador recoñécese responsabilidade administrativa ás entidades con personalidade xurídica e, en consecuencia, a posibilidade de impoñerlles sancións que, sen dúbida, poderían coincidir coas previstas no artigo 33.7 da lei penal. A saber:

- Multa por cuotas ou proporcional.
- Disolución da persoa xurídica, que producirá a perda definitiva da súa personalidade xurídica, así como a da súa capacidade de actuar de calquera dos xeitos no tráfico xurídico, ou levar a termo calquera clase de actividade, aínda que sexa lícita.
- Suspensión das súas actividades por un prazo que non poderá exceder de cinco anos.
- Clausura dos seus locais e establecementos por un prazo que non poderá exceder de cinco anos.
- Prohibición de realizar no futuro as actividades en cuxo exercicio se cometeu, favorecido ou encuberto o delito, podendo ser esta prohibición temporal ou definitiva. Se for temporal, o prazo non poderá exceder de quince anos.
- Inhabilitación para obter subvencións e axudas públicas, para contratar co sector público e para gozar de beneficios e incentivos fiscais ou da Seguridade Social, por un prazo que non poderá exceder de quince anos.
- Intervención xudicial para salvagardar os dereitos dos traballadores ou dos acredores polo tempo que se estime necesario, que non poderá exceder de cinco anos.

Como vemos, o artigo 33.7 do Código Penal establece un cadro penolóxico que, en efecto, podería ser executado no ámbito administrativo ou mesmo no penal pero como consecuencia accesoria de delito¹⁴, en lugar de configuralo como sanción penal que, tal e como xa se insinuou, está provista dun carácter estigmatizante que, a ollos do

¹³ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Madrid: edisofer, 2013, pp. 249-251.

¹⁴ Neste sentido, cabe mencionar que a redacción anterior ao 2010 do artigo 129.1 do Código Penal, establecía que: "O Xuíz ou Tribunal, nos supostos previstos neste Código, e previa audiencia dos titulares ou dos seus representantes legais, poderá impoñer, motivadamente, as seguintes consecuencias: Clausura da empresa, os seus locais ou establecementos, con carácter temporal ou definitivo. Clausúraa temporal non poderá exceder de cinco anos; disolución da sociedade, asociación ou fundación; Suspensión das actividades da sociedade, empresa, fundación ou asociación por un prazo que non poderá exceder de cinco anos; Prohibición de realizar nas futuro actividades, operacións mercantís ou negocios da clase daqueles en cuxo exercicio se cometeu, favorecido ou encuberto o delito. Esta prohibición poderá ter carácter temporal ou definitivo. Se tiver carácter temporal, o prazo de prohibición non poderá exceder de cinco anos; A intervención da empresa para salvagardar os dereitos dos traballadores ou dos acredores polo tempo necesario e sen que exceda dun prazo máximo de cinco anos".

lexislador, posiblemente funciona como medida de política criminal disuasoria da criminalidade no ámbito empresarial¹⁵.

Doutra banda, non son de aplicación ás persoas xurídicas "infractoras" os artigos 21 e 22 do Código Penal referentes ás circunstancias agravantes e atenuantes que modifican a responsabilidade criminal. A estes efectos resultan aplicables só as contidas no artigo 31 *quater* do Código Penal¹⁶ que, ademais, deben realizarse, "con posterioridade á comisión do delito e a través dos seus representantes legais". Considera o citado profesor SILVA SÁNCHEZ -ao meu xuízo con bo criterio- que esta regra carece de sentido porque ao non ser aplicables as circunstancias modificativas ordinarias tampouco o sería a atenuante de dilacións extraordinarias e indebidas no proceso (art. 21 6ª CP), o que podería resultar contrario ao artigo 24.2 da Constitución Española, nin tampouco o sería a de análoga significación (art. 21 7ª CP)¹⁷. Polo demais, convén sinalar que as circunstancias atenuantes que prevé o Código Penal para as persoas xurídicas son operativas naqueles casos en que, por non existir un modelo de prevención de delitos, non é posible eximir á entidade da sanción penal que corresponda. Trátase dunha serie de condutas posteriores á comisión do delito entre as que destacan a confesión, a colaboración da entidade achegando probas novas e decisivas e a adopción dun modelo de prevención de delitos antes da celebración do xuízo oral.

III. PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO COMO MECANISMOS DE EXENCIÓN DA RESPONSABILIDADE PENAL

1. Natureza e obxecto

Aínda que no Código Penal non figura a expresión "programas de cumprimento penal", si están presentes de forma implícita na lei cando a mesma menciona os "modelos de organización e xestión" (art. 31 *bis* apartado cinco). Deste xeito, estes mecanismos eríxense como peza fundamental para a exención de responsabilidade á persoa xurídica xa que o Código si se refire aos "deberes de supervisión, vixilancia e control" (art. 31.1 b) *bis*) ou ó "debido control" (art. 31.2 *ter*) e este parece impracticable se non é a través

¹⁵ Neste sentido, *vid*: GIMENO BEVIÁ, JORDI. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2016. pp. 334-335.

¹⁶ Así, o art. 31 *quater* CP establece que: "Só poderán considerarse circunstancias atenuantes da responsabilidade penal das persoas xurídicas realizar, con posterioridade á comisión do delito e a través dos seus representantes legais, as seguintes actividades: Proceder, antes de coñecer que o procedemento xudicial diríxese contra ela, a confesar a infracción ás autoridades; Colaborar na investigación do feito achegando probas, en calquera momento do proceso, que fosen novas e decisivas para esclarecer as responsabilidades penais dimanantes dos feitos; Proceder en calquera momento do procedemento e con anterioridade ao xuízo oral a reparar ou diminuír o dano causado polo delito; Establecer, antes do comezo do xuízo oral, medidas eficaces para previr e descubrir os delitos que no futuro puidesen cometerse cos medios ou baixo a cobertura da persoa xurídica".

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Op. cit.* p. 277.

da implementación de verdadeiros programas ou modelos de prevención de delitos que o permitan, especialmente en empresas de gran tamaño.

A pesar diso, non cabe descoñecer que a mera existencia destes mecanismos devén insuficiente, pois deben adecuarse aos requisitos establecidos no apartado cinco do artigo 31 *bis* do Código Penal, e resultar idóneos para impedir que os subordinados -ou no seu caso os directivos- cometan delitos en proveito da empresa. Neste sentido cobran especial relevancia as Circulares 1/2016 e 1/2011 da Fiscalía Xeral do Estado, segundo as cales o importante na responsabilidade penal da persoa xurídica non é a adquisición dun código de autorregulación, *compliance guide* (moderna denominación en inglés), plan de prevención do delito ou como queira chamárselle, senón a forma en que actuaron ou deixaron de actuar os membros da corporación na situación específica¹⁸. Con iso, a Fiscalía pretende facer ver que non é válida a mera adaptación dun programa de prevención de delitos estandarizado senón que debe tratarse dun modelo personalizado e adecuado ás características singulares e propias de cada persoa xurídica, de xeito tal que, como indica GIMENO BEVIÁ, a defensa da "diligencia debida" non pode erixirse nun elemento que por si só exima á persoa xurídica de responsabilidade penal, dado que iso supoñería que as empresas desenvolvesen os programas de cumprimento unicamente ata os mínimos esixidos¹⁹. Para levar a termo a necesaria "personalización" do programa de cumprimento será preciso detectar previamente todos os delitos en que eventualmente pode incorrer a empresa a través dos chamados "mapas de riscos penais", tendo presente que, ademais, a exención de responsabilidade penal pola existencia de programas válidos (mesmo aínda que o control sexa adecuado) non é automática senón que requirirá un control *a posteriori* por parte do xulgador á hora de valorar os protocolos de cumprimento como proba no proceso penal.

Pois ben, os citados programas de cumprimento penal resultan ser os mecanismos a través dos que se "vehiculiza" o control por parte da entidade aos seus empregados e directivos para que estes non delincan en beneficio (directo ou indirecto) da empresa, así como a prevención de eventuais condutas susceptibles de ser subsumidas nalgún tipo penal do que respondan as persoas xurídicas. Deste xeito, cando os programas de prevención penal existan e sexan válidos dende o punto de vista organizativo e idóneos "para previr delitos da natureza do que foi cometido ou para reducir de forma significativa o risco da súa comisión", non poderá atribuírse á persoa xurídica a culpabilidade e, por tanto, a responsabilidade (arts. 31 *bis* apartado 2.1º e 31 *bis* apartado 4 do CP); circunstancia que segundo a tese do profesor LASCURAÍN estaría xustificada xa que, na súa opinión, sancionar á empresa ben organizada é contrario ao principio de culpabilidade²⁰. Neste sentido, hai que ter presente que a boa organización non se refire a un control absoluto senón razoable e dilixente, do que se infere que será suficiente a idoneidade do programa para previr ou reducir o risco do delito.

¹⁸ Cfr. Circular 1/2011 relativa á responsabilidade penal das persoas xurídicas conforme á reforma do Código Penal efectuada por Lei Orgánica número 5/2010 (III.3; p. 1315).

¹⁹ Cfr. GIMENO BEVIÁ, JORDÍ. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2016. p. 245.

²⁰ Cfr. LACURAÍN, JUAN ANTONIO. "Compliance, debido control y unos refrescos". En ARROYO ZAPATERO, LUIS e NIETO MARTÍN, ADÁN. *El Derecho Penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo blanch, 2013. p.121.

Coa premisa do exposto, pódese afirmar que un protocolo ou programa de prevención penal -correctamente implementado- permite a plena exclusión de responsabilidade (obxecto último destes mecanismos preventivos²¹). Iso sempre que se implemente un sistema de xestión empresarial que -de maneira eficaz- impida (a pesar de eventuais fracasos) a comisión de delitos, tendo en conta que parece razoable que unha entidade que consiga detectar e reaccionar de forma efectiva fronte a posibles delitos cometidos no seu seo, quede a salvo de posibles imputacións²².

En síntese, o obxecto dos programas de cumprimento -neste traballo analizados someramente- é o de evitar os riscos penais e, especialmente, reputacionais derivados da comisión de delitos ou doutras condutas reprobables cometidas polos membros da empresa así como prever a súa comisión e, por suposto, promover unha verdadeira cultura ética empresarial (polo menos segundo a Fiscalía Xeral do Estado²³). Son, por tanto, mecanismos de autocontrol implementados polo propio órgano reitor da empresa que poden funcionar como mecanismo eximente da súa responsabilidade criminal a condición de que resulten verdadeiramente idóneos para a súa finalidade, sendo insuficiente a súa mera confección. Ademais, cando as circunstancias que esixe o artigo 31 *bis* apartado segundo do Código Penal para eximir á empresa de responsabilidade, só poidan ser obxecto de acreditación parcial, iso será valorado para os efectos de atenuar a pena que puidese corresponder.

En tal sentido, para conseguir a absolución da persoa xurídica no proceso penal requirirase que o programa de cumprimento estea configurado como un modelo de organización corporativa que a xuízo do tribunal -libre á hora de valorar a proba- sexa suficiente para prever e evitar a perpetración dos delitos de que ha de responder a empresa. Certamente non existe relación algunha nin catálogo dos extremos que ha de conter un programa de cumprimento válido (máis aló do que establece o xa comentado artigo 31 *bis* apartado cinco do Código Penal²⁴) e iso xera certa inseguridade xurídica.

²¹ Cfr. GIMENO BEVIÁ, JORDI. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2016. p. 248.

²² Cfr. DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. "La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal". En DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS e DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2013. p. 251-252.

²³ Circular 1/2016 sobre a responsabilidade penal das persoas xurídicas conforme á reforma do Código Penal efectuada por Lei Orgánica 1/2015. p. 39.

²⁴ Así, o art. 31.5 bis CP establece que: "Os modelos de organización e xestión a que se refiren a condición 1.ª do apartado 2 e o apartado anterior deberán cumprir os seguintes requisitos: Identificarán as actividades en cuxo ámbito poidan ser cometidos os delitos que deben ser previstos. Establecerán os protocolos ou procedementos que concreten o proceso de formación da vontade da persoa xurídica, de adopción de decisións e de execución das mesmas con relación a aqueles. Dispoñerán de modelos de xestión dos recursos financeiros adecuados para impedir a comisión dos delitos que deben ser previstos. Impoñerán a obrigação de informar de posibles riscos e incumprimentos ao organismo encargado de vixiar o funcionamento e observancia do modelo de prevención. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente o incumprimento das medidas que estableza o modelo. Realizarán unha verificación periódica do modelo e da súa eventual modificación cando se poñan de manifesto infraccións relevantes das súas disposicións, ou cando se produzan cambios na organización, na estrutura de control ou na actividade desenvolvida que os fagan necesarios".

Aínda así, no seguinte epígrafe tratarei de expoñer o contido mínimo esixible dun programa de cumprimento segundo a doutrina dedicada a esta materia.

2. Contido básico dun plan de prevención penal apto para evitar a responsabilidade criminal empresarial

Debido á transcendencia que poden ter os programas de cumprimento penal no devir dunha corporación social que, pola súa actividade, está sometida a riscos de carácter penal, estes convertéronse ultimamente nunha das maiores preocupacións dos empresarios que, movidos pola necesidade de "cubrirse as costas" organízanse de tal xeito que eviten certas irregularidades no seo da súa entidade. Pero, como se fai efectivo o obxecto destes programas de cumprimento?, é dicir, como se preveñen os delitos?. Para prever a comisión de ilícitos penais no seo da empresa é necesario contar cun dos mencionados programas de control social que será vinculante e, en aplicación do artigo 31 *bis* apartado 5 do Código Penal, incluírá non só normas éticas senón tamén imperativos que contén cun réxime sancionador para os casos de incumprimento e que disuada ao potencial infractor de calquera comportamento reprochable.

Por tanto, aínda que a normativa non concreta como deben ser esas "medidas eficaces para prever e descubrir os delitos" de posible comisión na empresa, é claro e non discutido que terán que incluír códigos de conduta autorregulatorios ou "manuais de procedementos" con normas vinculantes tendentes á prevención de delitos; instrumentos que garanten o seu cumprimento; medidas de control para, no seu caso, verificar eses incumprimentos e, en último termo, un sistema de sancións²⁵.

Trátase, por tanto, de procedementos con normas de actuación e prohibicións, cuxa infracción virá dada pola posible comisión dun delito por parte dun dos membros da corporación²⁶ e que reverterá nunha eventual responsabilidade criminal da empresa. Así mesmo, estes protocolos incluírán necesariamente a determinación dos mecanismos concretos de control (tanto formativos -a través de, por exemplo, cursos destinados ao persoal- como informativos -a través de, por exemplo, folletos de advertencia que mesmo poden imprimirse tras a correspondente nómina ou expoñerse publicamente no lugar de traballo para garantir que son leídos). É dicir, non bastará con enunciarse que se vai a controlar e castigar senón que, ademais, haberá que deixar claro con que medidas e para iso, como xa se mencionou, o primeiro que deberá facer a entidade será un estudo para detectar cales son os seus ámbitos de risco penal en función do tipo de actividade que realice (art. 31 *bis* apartado 5.1º CP). Así, por exemplo, se a sociedade mercantil dedícase ao sector inmobiliario e de construción parece moi razoable que o seu plan de

²⁵ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. "La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal". En DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS e DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2013. p. 255 ss.

²⁶ Así, por exemplo, é moi habitual que entre esas normas de conduta prohibíbase aos membros da empresa a entrega (en beneficio da corporación) de dádivas nas súas relacións coa Administración para evitar a verificación dun posible delito de suborno activo.

cumprimento esté orientado á prevención de delitos contra o orde socio-económico, delitos contra a seguridade no traballo, delitos urbanísticos ou de suborno (neste último caso cando a entidade sexa adxudicataria de contratos públicos).

Hai consenso á hora de interpretar que os plans de prevención penal deben ser protocolos multidisciplinares en cuxa confección han de intervir xuristas, auditores, informáticos, economistas e outros profesionais que poñan en práctica as medidas de formación e información necesarias. Para a súa realización debe seguirse un método que permita a personalización dos riscos penais que poden darse no seo da empresa concreta. Esta tarefa realizarase a través do achegamento ao funcionamento normal e habitual da empresa, analizando as condutas habituais, os procedementos establecidos para a realización da súa actividade diaria e os protocolos seguidos en cumprimento da súa normativa interna e das normas legalmente previstas.

- Análise de riscos penais

Esta análise previa é a base da totalidade do protocolo. Consiste nun estudo da organización empresarial que observe a distribución de competencias e funcións de cada un dos departamentos da xerarquía corporativa, co obxectivo de detectar lagoas que, en cada un dos ámbitos, poidan desembocar na comisión dalgún ilícito penal²⁷. A partir dese momento, coa información obtida, a empresa confeccionará un mapa de riscos penais que, consistirá en identificar os riscos penais existentes na persoa xurídica e en clasificalos en función do seu impacto e a súa probabilidade de comisión. Esta identificación realizarase desde unha dobre perspectiva, tendo en conta tanto os riscos inherentes a toda empresa como os riscos propios do sector.

Dende o punto de vista material, o mapa de riscos, normalmente, consite nunha táboa ou cadro na que se deixa constancia do catálogo de delitos de posible comisión por parte da empresa, acompañado da probabilidade de verificación de cada delito concreto²⁸. Non existen normas que indiquen que forma debe ter o mapa de riscos, con todo, logo da consulta dos programas de prevención penal de distintas empresa, pódese concluir que, en xeral, consiten nunha táboa con catro columnas:

- En primeiro lugar, recóllese o artigo do Código Penal correspondente a cada tipo delictivo (de todos aqueles dos que se pode derivar responsabilidade para a empresa).
- En segundo termo, o suposto de feito típico ou conducta reprochable que corresponda a cada un dos artigos.

²⁷ Cfr. CLEMENTE CASAS, ISMAEL e ÁLVAREZ FEIJOO, MANUEL. *¿Sirve para algo un programa de Compliance penal? ¿y qué forma de doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)*. p. 5. Consultado o 12/10/2016 en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf?id=2974>

²⁸ Vid: Anexo 2.

- Na terceira columna exprésase dalgún xeito a probabilidade coa que o risco penal pode xurdir, facendo referencia a unha escala con valoracións diferentes. Así, por exemplo, ao grao máis baixo pode corresponder a valoración de "improbable", ao grao intermedio a valoración de "probable", e ao grao máis alto, o de "moi probable" (riscos que se atopan no día a día da empresa).
- A cuarta columna é a relativa ao impacto penal que da comisión do delito concreto dérivase para a empresa e valora a gravidade das consecuencias das condutas descritas, en función da pena que, con arreglo ao artigo 33.7 do Código Penal, se pode impoñer á persoa xurídica. Para isto, poden establecerse tres rangos de gravidade; baixo, grave e alto.

Así, debe tratarse dunha análise personalizada e confeccionada especificamente para a empresa en cuestión, unha vez determinados os riscos penais concretos, sen que poida tratarse de meros modelos estandarizados ou xeneralistas.

- Difusión do plan de prevención penal

Na medida en que o programa de cumprimento penal ten por finalidade implantar unha cultura de ética empresarial e deixar constancia de que comportamentos non poden ser tolerados no seo da súa organización²⁹, é necesario dar a coñecer ao persoal da empresa aquelas condutas constitutivas de delito. Para iso, estableceuse un procedemento de divulgación do catálogo de normas e prohibicións (a través de -como xa se dixo- medidas de información e formación) que poderá levarse a termo mediante variadas medidas; por exemplo a adopción e difusión dun documento físico que recolla a delimitación das condutas prohibidas, a difusión e accesibilidade do programa de prevención penal, a organización de cursos destinados aos traballadores, ou mesmo a adopción e adhesión dun documento interno de compromiso dos membros da empresa de cumprir a normativa vixente en materia de determinados delitos como a corrupción, o suborno, ou a fraude e branqueo de capitais.

En suma, a acción de difusión consistirá na adopción de mecanismos que garantan o coñecemento e instrución (por parte do persoal da entidade) das medidas de acción establecidas para previr ou mitigar a posible comisión de delitos.

- Canle de denuncias

²⁹ Algún dos ámbitos de actuación ó que haberá que prestar atención á hora de establecer condutas prohibidas é: ás relacións da empresa coa Administración; os recursos humanos; ás posibles infraccións en materia de urbanismo e medioambiente; ás relacións con consumidores e provedores; á protección dos datos; ás disposicións en materia de seguridade social e saúde laboral etc.

En efecto, sería incomprensible un modelo de prevención penal eficaz sen que se establecera un procedemento ético mediante o que se recepcionaran os feitos relativos a riscos materializados ou preto de materializarse. Deste xeito, para dar virtualidade práctica a ese procedemento, é moi habitual a creación dunha canle de denuncias confidencialmente tratadas, como sistema específico de control. Devanditas canles póñense a disposición de quen tivese coñecemento da comisión dunha posible infracción do programa de cumprimento penal (cfr. art. 31 *bis* apartado 5, 4º) CP) e desexen, de boa fe, poñelo en coñecemento do órgano de control. Estas canles e medios de investigación e vixilancia -se son adecuados- resultarán indispensables para lograr a tan ansiada exención, ou no seu caso atenuación, de responsabilidade de que fala artigo 31 *bis* do Código Penal nos seus apartados segundo e cuarto, e son ademais a ferramenta que permite ao órgano de control informar para a imposición da sanción que corresponda.

Neste sentido, resulta fundamental o establecemento de medidas disciplinarias para o bo funcionamento do programa de cumprimento normativo (como podería ser -sempre en último termo- o despedimento do traballador infractor), posto que, unha ausencia de resposta ante unha conduta merecedora de reproche deixaría entrever unha falta de compromiso en relación co éxito das normas de conduta impostas. Así, resulta vital que as empresas empreguen unha política de "tolerancia cero" fronte a condutas negativas aínda que sen esquecer os incentivos e elementos de motivación a favor dos membros do persoal que cumbran as regras³⁰.

- Órganos de control

É necesaria a supervisión sistemática do programa de prevención penal para asegurar o seu correcto funcionamento e para sancionar as infraccións. Dentro desta supervisión continuada é esencial o establecemento dun organismo³¹ que garanta o efectivo funcionamento do modelo e que leve a termo as investigacións internas no caso de que se verifique algunha denuncia (cfr. art. 31 *bis* apartado 5, 6º) CP) e, no seu caso, a xestión para a aplicación (por quen corresponda) do castigo, o cal, como indica o profesor DE LA MATA, imponse conforme a un procedemento disciplinario (cuxos destinatarios son todas as persoas obrigadas polo protocolo) que estableza con claridade as sancións aplicables a quen crebe o seu contido³².

Pois ben, estas indagacións internas (por parte da propia empresa ou de xuristas externos ao seu servizo) poden implicar, segundo afirmou o avogado KLAUS

³⁰ Neste sentido *vid*: GIMENO BEVIÁ, JORDI. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2016. pp. 272-273.

³¹ Non hai inconveniente en que este órgano de control sexa colectivo, aínda que, normalmente, é unipersonal e coñéceselle como "compliance officer" (denominación anglosaxona) ou director de cumprimento normativo.

³² Cfr. DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. "La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal". En DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS e DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2013. p. 258.

MOOSMAYER, unha privatización das investigacións que deben realizar os fiscais (ou os xuíces de instrución en España), que ameaza mesmo con poñer en perigo as garantías do Estado de Dereito³³. Con todo, ao meu entender, a vixilancia debida por parte do empresario non supón relegar a un segundo plano a actividade dos xuíces de instrución (que asumen no noso estado as funcións de investigación do Ministerio Público de múltiples ordenamentos da nosa contorna), así como tampouco outorgar maior lexitimidade aos programas de cumprimento que ao propio Código Penal. Trátase simplemente dun ámbito de actividade dos empresarios (ou, no seu caso, dos seus asesores xurídicos) que -sen dúbida- incrementa as garantías de cumprimento legal e que, ademais, funciona como mecanismo privado de colaboración coa Administración de xustiza por canto, a miúdo, as corporacións que constatan un incumprimento do seu programa denuncian para que sexa a autoridade pública a que prosiga investigando. Con todo, convén deixar claro que as persoas xurídicas tamén son titulares dos dereitos fundamentais do artigo 24.2 CE (e, no que aquí interesa, do dereito a non confesarse culpables) e, nese sentido, non resultarían obrigadas a denunciar tales feitos cando iso puidese prexudicalles.

IV. CONCLUSIONES

De todo o exposto neste traballo, pódese concluír que, desde a reforma penal do ano 2010, a tradicional incapacidade das persoas xurídicas para delinquir xa non goza de vixencia. No seu lugar, a regulación actual -contida no artigo 31 *bis* do Código penal- prevé a responsabilidade penal das persoas xurídicas pola comisión de delitos por parte das persoas físicas que, dentro da súa organización, ostenten a posición de representantes legais ou de administradores e ,en segundo lugar, por parte dos subordinados dos suxeitos mencionados, cando a comisión de devandito ilícito penal fose posible por non exercerse sobre eles o debido control.

Deste xeito, a nosa lei penal establece a posibilidade de aplicar unha exención desta responsabilidade (ou, no seu caso, unha atenuación da pena) cando a empresa implementase os denominados programas de cumprimento penal e fixérao dun modo válido e idóneo para a súa finalidade (evitar a comisión de delitos), sendo insuficiente a súa mera confección estandarizada. En tal sentido, para conseguir a absolución da persoa xurídica no proceso penal requirírase que o programa de cumprimento configúrese como un modelo de organización que a xuízo do xulgador -libre na valoración da proba- resulte suficiente para previr a perpetración de delitos dos que (conforme á parte especial do Código Penal) haxa de responder a persoa xurídica e, para iso, o protocolo ha de contar necesariamente cunha serie de elementos. Entre estes destaca: a análise previa da empresa e da súa actividade económica; a avaliación dos riscos penais en que pode incurrir a entidade; o código de conduta que estableza os comportamentos non permitidos e, en último termo, as medidas para a súa correcta

³³ Cfr. MOOSMAYER, KLAUS. "Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales". En ARROYO ZAPATERO, LUIS y NIETO MARTÍN, ADÁN. *Op cit.* p. 136.

implementación (formación aos traballadores para que se instrúan do contido do programa, mecanismos de denuncia das infraccións do código de conduta ou a imposición de sancións entre outras medidas).

En síntese, pode manterse que non se derivará responsabilidade penal corporativa cando a empresa demostre que actuou, mediante a adopción dun protocolo, e dun xeito dilixente en orde a evitar a comisión de ilícitos penais -a través dela e no seu beneficio- por parte de membros do seu persoal. Iso -a modo de reflexión final- parece razón suficiente para que a instauración dun programa de prevención penal de efectivo cumprimento resulte vantaxoso para a empresa, a pesar dos efectos colaterais que se poden derivar da súa dilixente execución, como poderían ser o cambio das prácticas comerciais ou o despedimento do persoal integrante do persoal que non respecte as normas de conduta.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ZAPATERO, LUIS y NIETO MARTÍN, ADÁN. *El Derecho Penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Civitas, 2016.

CLEMENTE CASAS, ISMAEL e ÁLVAREZ FEIJOO, MANUEL. *¿Sirve para algo un programa de Compliance penal? ¿y qué forma de doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)*. Consultado en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf?id=2974>

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS y DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2013.

GIMENO BEVIÁ, JORDI. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

RANDO CASERMEIRO, PABLO. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Madrid: Edisofer, 2013.

OTRAS FONTES CONSULTADAS:

Circular (Fiscalía Xeral do Estado) 1/2011 relativa á responsabilidade penal das persoas xurídicas conforme á reforma do Código Penal efectuada por Lei Orgánica número 5/2010.

Circular (Fiscalía Xeral do Estado) 1/2016 sobre a responsabilidade penal das persoas xurídicas conforme á reforma do Código Penal efectuada por Lei Orgánica 1/2015.

STS de 29 de febreiro do 2016 (Id. Cendoj: 28079120012016100112).

Lei Orgánica 5/2010, de 22 de xuño, pola que se modifica a Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal.

Lei Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, pola que se modifica a Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal.

Código Penal vixente.

ANEXOS

ANEXO 1: DELITOS NOS QUE PODE INCORRER UNHA PERSOA XURÍDICA SEGUNDO O CÓDIGO PENAL

- Delitos contra a intimidade (art. 197).
- Estafas propias e impropias (art. 251 bis).
- Insolvencias punibles e alzamentos (art. 261 bis).
- Danos informáticos e *hacking* (art. 264).
- Delitos contra a propiedade intelectual e industrial (art. 288).
- Delitos contra o mercado e os consumidores (art. 288).
- Descubrimento e revelación de segredos de empresa (arts. 278 a 280).
- Desabastecemento de materias primas (art. 281).
- Publicidade enganosa (art. 282).
- Fraude de investidores e de crédito (art. 282 bis).
- Facturación fraudulenta (art. 283).
- Manipulación de cotizacións nos mercados (art. 284.1 e 2).
- Abuso de información privilexiada (arts. 284.3 e 285).
- Facilitación ilegal de acceso a servizos de radiodifusión e televisión (art. 286).
- Corrupción entre particulares e deportiva (art. 286 bis).
- Branqueo de capitais (art. 302).
- Delitos contra a Facenda Pública e a Seguridade Social (art. 310 bis).
- Delitos contra os dereitos dos cidadáns estranxeiros (art. 318 bis).
- Delito sobre a ordenación do territorio (art. 319).
- Delitos contra os recursos naturais e o medio ambiente (art. 327 e 328).
- Delitos relativos á enerxía nuclear e ás radiacións ionizantes (art. 343).
- Delitos de risco provocado por explosivos (art. 348).
- Suborno (art. 427).
- Tráfico de influencias (art. 430).
- Corrupción de funcionario estranxeiro (art. 445).

ANEXO 2. FRAGMENTO DE CADRO DE RISCOS PENAIS DUNHA EMPRESA REAL

Artículo	Supuesto de Hecho	Probabilidad	Impacto
197 y siguientes	Revelación de secretos y vulneración del derecho a la intimidad.	Probable.	Alto.
248.1	Estafa en todas sus modalidades (con ánimo de lucro, utilizar engaño para producir error en otro induciéndolo a realizar un acto de disposición perjudicial).	Muy probable.	Alto.
248.2.a	Estafa con uso de manipulación informática.	Improbable.	Alto.
248.2.b	Estafa con vulneración de sistemas informáticos.	Improbable.	Alto.
248.2.c	Estafa por uso fraudulento de tarjetas o cheques de viaje.	Improbable.	Alto.