

EL «DEBIDO CONTROL» EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Carlos Manuel Cuevas Oltra

Abogado del ICAM. Doctorando en Unión Europea
Universidad Española de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO: Introducción. I. El «debido control» como parámetro de responsabilidad penal de las personas jurídicas. II. Tres tipos de «debido control» interrelacionados en el artículo 31.bis. III. La fase de investigación y el «debido control». 1. Inexistencia de programa de prevención y de normas internas de conducta. 2. Existencia de un código ético o normativa interna de conducta. 3. La persona jurídica ha adoptado un programa de *compliance* penal. IV. ¿Existe además otro «debido control atenuado» entre los requisitos del programa de *compliance*? V. El «debido control» y la carga de la prueba. VI. Conclusiones.

Resumen: En el presente artículo se analiza, en sus diversos aspectos, el «debido control» que las personas jurídicas deben llevar a cabo para no tener que responder penalmente por los delitos cometidos en su seno, en virtud del artículo 31.bis del Código Penal. La reforma legislativa de 2015 del Código Penal, ha supuesto que la exigencia del «debido control» a las personas jurídicas se haya ampliado notablemente respecto de la existente con anterioridad a dicha reforma.

Palabras clave: Debido control, vigilancia, supervisión, responsabilidad penal de las personas jurídicas, programas de *compliance*.

Abstract: In the present article is analyzed, in its different facets, the “appropriate control” which the legal persons must accomplish in order to avoid being criminally accountable because of criminal offence committed within them, according to the article 31.bis of Spanish Criminal Code. The Spanish Criminal Code legislative reform 2015, has meant that requirement for «appropriate control» to legal persons has been increased significantly in relation to the requirement before the legislative reform.

Keywords: appropriate control, vigilance, guidance, criminal liability of the legal persons, criminal *compliance*.

Abreviaturas

- BOE:** *Boletín Oficial del Estado.*
EM: Exposición de motivos.
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.
CP: Código Penal
FGE: Fiscalía General del Estado.
RPPJ: Responsabilidad penal de la persona jurídica.
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

Introducción

La reforma legislativa llevada a cabo por la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*¹ supuso, en lo referente al artículo 31. bis CP que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una descripción del tipo penal algo más precisa y perfeccionada, manteniendo los dos títulos de imputación que existían ya en su redacción originaria, pero ampliando notablemente el correspondiente a uno de ellos, referido a los representantes legales y «administradores de hecho o derecho», a los que sustituyó por los que «actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma»².

Otro de los cambios significativos en la redacción de los títulos de imputación de la persona jurídica lo encontramos en relación con los delitos cometidos por «los subordinados», en la referencia que hace el apartado b) del artículo 31.bis.1 del Código Penal a la omisión **grave** de «los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad», omisión que en la anterior redacción del tipo penal no era calificada y por tanto albergaba una mayor exigencia.

Otra de las modificaciones, muy relevante en cuanto a lo que aquí nos interesa, es la novedosa posibilidad de que las personas jurídicas, en cuyo seno se haya cometido un delito de acuerdo con en el apartado primero del artículo 31.bis CP, queden exentas de responsabilidad, si cumplen lo preceptuado en los apartados segundo y siguientes de dicho artículo, es decir, que

«el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las

¹ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, págs. 27061 a 27176

² *Ibidem.*

medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión»³.

A continuación se establecen unas premisas mínimas que deben cumplir los modelos de organización y gestión, también conocidos como programas de *compliance* penal o programas de prevención de delitos. Dentro de esas premisas, volvemos a leer «supervisión, vigilancia y control» en el mismo apartado segundo, punto cuarto, en referencia a las funciones del que se configura *ex lege* como supervisor del funcionamiento y cumplimiento de los modelos.

Precisamente el análisis de este entramado de deberes de «supervisión, vigilancia y control», van a ser el objeto de estudio en el presente artículo, aunque me referiré a ellos en todo momento, como el «debido control».

I. El «debido control» como parámetro de responsabilidad penal de las personas jurídicas

En la anterior redacción del artículo 31.bis del Código Penal, se establecía en su apartado primero que

«en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el ‘debido control’ atendidas las concretas circunstancias del caso»⁴.

Parecía claro que en 2010 la falta de diligencia en el «debido control», como elemento a tener en cuenta para medir la responsabilidad penal de la persona jurídica, era aplicable únicamente al caso en que el delito hubiese sido cometido por el personal subordinado. En el caso de que el delito hubiese sido cometido por los administradores de hecho o de derecho, la responsabilidad de la persona jurídica era automática, sin que se observara en el tipo penal ningún elemento que pudiese siquiera suavizar esta responsabilidad objetiva, asunto que fue muy discutido por la doctrina y que no entraré ahora analizar por haber sido superado a día de hoy tras la reforma de 2015, ya que en la actual redacción del artículo 31.bis existen factores

³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, texto consolidado a 28 de abril de 2015, artículo 31.bis.2.1.º.

⁴ BOE núm. 152 de 23 de junio de 2010, pág. 54825

que permiten extender la obligación del «debido control» como parámetro para determinar la RPPJ, también para el caso de que el delito sea cometido por los sujetos que enumera el apartado a) en su apartado primero y ello debido a la introducción de la exención que se configura en el apartado segundo y siguientes, antes comentada. Pero únicamente en el caso de delitos cometidos por subordinados, el incumplimiento del «debido control» continúa formando parte de la descripción del tipo penal de la misma forma que en su anterior redacción, aunque ahora, como ya se ha comentado, dicho incumplimiento debe ser «grave» para que sea posible su punición, lo cual disminuye la exigencia respecto de la anterior redacción en la que bastaba cualquier omisión o insuficiencia aunque fuese leve.

Retomemos la extensión del «debido control» a los casos de los delitos cometidos por los sujetos del apartado a), novedosa en la reforma de 2015. Es importante que nos fijemos en lo que dice la Exposición de Motivos, epígrafe III, de la Ley de reforma de 2015⁵:

«La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del ‘debido control’, cuyo quebrantamiento permite **fundamentar** su responsabilidad penal» (la negrita es mía).

Y en el siguiente párrafo se puntualiza que

«en todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica».

Analicemos esto.

En el apartado segundo del artículo 31.bis CP tras la reforma de 2015, donde se establece la posibilidad de exención, se exige que el órgano de administración haya

«adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos...».

Si nos fijamos en los dos fragmentos de la EM arriba transcritos, cuando dice el Legislador que «*el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica*» (la negrita es mía) y relacionamos esto con el literal del apartado tercero del artículo 31.bis⁶, podemos deducir que el «debido con-

⁵ *Op. cit.* en nota 1.

⁶ Artículo 31.bis.3 CP: «En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.»

trol» cuyo quebrantamiento, la EM de la Ley de reforma de 2015 tilda de **fundamento** de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se refiere al que proporciona el programa de prevención de delitos adoptado y ejecutado con eficacia descrito en el apartado 2 del artículo, no importando, por tanto, el estatus de la persona física autora del delito, pertenezca a los indicados en la letra a) del apartado primero o a los subordinados.

Dice MAZA MARTÍN⁷ al respecto, que es necesario fundamentar la RPPJ en la ausencia de «debido control» por parte de ésta, conectando directamente este elemento con una teoría de la culpabilidad de la persona jurídica basada, en el caso de la comisión del delito por los sujetos del apartado a) del artículo 31.bis.1, en una culpa *in vigilando*, por supuesto, pero también *in eligendo* para el supuesto en que la designación de la persona que hubiese cometido el delito se hubiera realizado sin que ésta contara con los mínimos requisitos de idoneidad para el puesto desempeñado. Sólo de esta forma, continúa diciendo Maza⁸, es posible interpretar la norma de una forma que resulte acorde con los principios y garantías del ordenamiento penal, evitando así interpretaciones que tiendan a considerar una responsabilidad penal objetiva y automática por la sola comisión del hecho delictivo por cualquiera de los sujetos descritos en el apartado a) del art.31.bis.1 CP, en el que el que la descripción típica no incluye la ausencia (grave) del «debido control» como sí que sucede en el caso de los delitos cometidos por los subordinados del apartado b). Concluye el autor que de esta forma, el artículo 31.bis, en su apartado segundo, establece «una serie de requisitos para la exención de la RPPJ que, en realidad y en sentido positivo, configuran lo que debería calificarse como la existencia de un adecuado control, excluyente de esa responsabilidad»⁹, siguiendo así la línea de introducir los necesarios elementos culpabilísticos en el juicio sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. Hay que tener en cuenta que la elección de las personas idóneas para el desempeño de determinados puestos, con el objeto de evitar el peligro de comisión de hechos delictivos, debe ser reflejada en el programa de *compliance* como un elemento más de prevención, con lo cual, y siguiendo a este autor, el «debido control» sobre los sujetos referidos en el apartado a), lo ejercería la persona jurídica mediante la adopción por su órgano de administración del programa de *compliance*, cuya calificación de ineficaz supondría el quebranto de dicho «debido control» y el fundamento de la RPPJ basado en una culpa *in eligendo*, o culpa *in vigilando* para el caso de que la circunstancia que abrió la puerta a la comisión del delito hubiese estado en el fallo de alguno de los mecanismos de control y vigilancia en los procesos, establecidos en el programa.

⁷ Vid. MAZA MARTÍN, J. M.: «Prevención de riesgos penales. El régimen legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones sustantivas generales», módulo 2, en DEL ROSAL, B. (Dir.): *Programa Ejecutivo Compliance Officer (Controller Jurídico)*, Wolters Kluwer 2015, págs.40 y 41.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

II. Tres tipos de «debido control» interrelacionados en el artículo 31.bis

Hay que observar que en el literal del apartado b) del artículo 31.bis.1 CP, no es necesario que la vigilancia y control vulnerados, hubiesen estado dirigidos a evitar los delitos de la misma naturaleza que el cometido, tal y como sí que se exige al configurar los requisitos para la exención de responsabilidad en el apartado segundo del artículo. El «debido control» por parte de los sujetos referidos en el apartado a) sobre los sujetos referidos en el apartado b), lo es sobre **su actividad** y ello está directamente relacionado con otro elemento del tipo: que los delitos de los subordinados se hayan cometido «*en el ejercicio de actividades sociales*»¹⁰. Por tanto, el «debido control» exigido en el apartado b) del artículo 31.bis.1 no va exclusivamente dirigido a evitar ningún delito, ni grupo de delitos, sino que está referido a los deberes de vigilancia y control generales derivados de la relación jerárquica laboral (o mercantil, como veremos), con lo cual dichos deberes abarcan la evitación de conductas delictivas, máxime si existe un programa de *compliance* en el cual, una vez realizado el tipo penal por el subordinado, se deberá comprobar que impone los concretos deberes de control a las personas del apartado a), para evitar la comisión de delitos de la misma naturaleza que el cometido por el subordinado. De lo dicho podemos deducir que en caso de incumplimiento grave del «debido control» sobre la actividad del subordinado, para poder salvar la eficacia del programa de *compliance* y que sea aplicada la exención, éste deberá haber previsto mecanismos alternativos a la supervisión, vigilancia y control sobre dicha actividad que apunten decididamente a la evitación de delitos de la misma naturaleza que el cometido, ya que si el «debido control» ordenado en el programa de prevención, se limitase únicamente al que debiera efectuar el superior sobre el subordinado y además se hubiese incumplido **gravemente**, el programa de *compliance* habría fallado en la eficacia de la **única** medida preventiva establecida, consistente en impedir que se incumplan los deberes de control, por parte de los sujetos del apartado a), dirigidos a evitar la comisión de delitos por los subordinados, de la misma naturaleza que el que se hubiere cometido, teniendo que ser calificado el programa entonces de ineficaz, puesto que no sólo se habría producido el incumplimiento, sino que además el programa de prevención habría permitido que dicho incumplimiento fuese grave, lo cual llevaría a su vez, a calificar de grave el quebranto del «debido control» que habría correspondido ejercer a la persona jurídica en ejecución del programa de *compliance*, a lo que habría que sumar la imposibilidad de la existencia de la causa de vulneración del programa del subapartado 3.º del apartado segundo del artículo 31 bis

¹⁰ Artículo 31.bis.1, apartado b) del Código Penal tras la reforma de 2015.

CP como punto a favor de la eficacia del programa, puesto que no tiene sentido exigir que el delincuente hubiera eludido fraudulentamente las medidas de control del programa cuando lo que se apunta como causa típica de la responsabilidad de la persona jurídica es un incumplimiento grave en los deberes de supervisión y control por parte de terceros. Por todo ello, únicamente sería posible considerar eficaz el programa, pese a la comisión del delito, si hubiera existido alguna medida alternativa a la vigilancia y control de los superiores sobre los subordinados, dirigida a evitar la comisión de delitos por éstos, de la misma naturaleza que el cometido, y que dicha medida hubiera sido burlada de forma fraudulenta dejando abierta la posibilidad de comisión del delito. Esto también podría explicar la «coletilla» final del apartado b): «*atendidas las concretas circunstancias del caso*» en referencia a la forma en que el programa de *compliance* hubiera configurado estos deberes de control¹¹. No obstante, es rechazable como luego veremos, que se exija a la persona jurídica aportar su programa de *compliance* en fase de investigación de los hechos, lo cual podría ocurrir en aras de investigar «*las concretas circunstancias del caso*».

Llegados a este punto podemos ya distinguir dos tipos de «debido control» y vamos a ver que existe un tercero. En síntesis:

1. El realizado sobre todos y cada uno de los procesos que integran el normal funcionamiento de la persona jurídica, y por tanto sobre la actuación de los directivos, representantes legales o personas que ostenten facultades de organización y control o puedan actuar «en nombre» de ésta. Estos sujetos son quienes van a «capitanear» ese complejo entramado organizativo que a su vez debe integrar el reflejo de un ímprobo esfuerzo, por evitar la comisión de delitos, materializado en un programa de *compliance* ejecutado con eficacia y dirigido a evitar delitos de la misma naturaleza que el que en su caso hubiere cometido la persona física, todo ello una vez acreditada la realización del hecho típico.
2. El realizado por las personas físicas descritas en el apartado a) del artículo 31.bis.1 sobre el personal que de ellos depende, cuya consideración será fundamental para determinar si se cumple o no el tipo penal del apartado b), aunque hay que puntualizar que se trata de un «debido control» **atenuado**, pues los incumplimientos de escasa entidad en los deberes de control no se corresponderán con la conducta típica y por tanto no existirá responsabilidad penal para la persona jurídica, ya que se exige que el incumplimiento sea **grave**.

¹¹ En este sentido se pronuncia la Fiscalía General del estado en su *Circular 1/2016*, de 22 de enero, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por *Ley Orgánica 1/2015*.

En caso de quede acreditado que se ha realizado el tipo penal del apartado b), podemos concluir que el examen y evaluación del «**debido control atenuado**» precederá al examen y evaluación del «**debido control absolutamente diligente**», es decir, el que emana del programa de prevención de delitos adoptado.

3. De la lectura del apartado segundo, ordinal cuarto, del artículo 31.bis CP podemos comprobar que existe un tercer tipo de «debido control»: el que se exige al encargado de cumplimiento sobre el funcionamiento y ejecución correctos del programa de *compliance*. No entraré a analizar el contenido de este «debido control» pues sería objeto de un trabajo independiente dedicado al encargado de cumplimiento o *compliance officer*. Únicamente decir que este «debido control» afecta directamente al «debido control absolutamente diligente» derivado del programa de *compliance* e indirectamente al «debido control atenuado» que describe el tipo del apartado b) del artículo 31.bis1 CP, puesto que si el *compliance officer* incumpliese sus deberes de control sobre el funcionamiento del programa de *compliance*, se estaría vulnerando uno de los requisitos establecidos en el apartado segundo del artículo 31.bis CP para poder quedar exento de responsabilidad penal, con lo que se le tendría que imponer a la persona jurídica la pena correspondiente. Por otra parte, si se realizase el tipo penal descrito en el apartado b), debido a una omisión grave del debido control a los subordinados por parte de los sujetos descritos en el apartado a) (entre los que figura el *compliance officer* por ostentar facultades de organización y control dentro de la persona jurídica¹²), y a su vez esto hubiera ocurrido por ejecución defectuosa del programa de *compliance* adoptado, debida a su vez a la falta de supervisión y control del funcionamiento y cumplimiento del programa, podríamos observar la relación indirecta antes indicada. Fijémonos que el Código Penal opta por castigar incluso un «*ejercicio insuficiente*» en las funciones del *compliance officer* (lo cual contrasta claramente con el incumplimiento **grave** del apartado b), por lo que parece que el Legislador ha querido cargar un mayor peso en la diligencia debida del encargado de cumplimiento en su función sobre el programa de *compliance* que en la de los sujetos del apartado a) en sus funciones de vigilancia y control sobre los subordinados. Esto puede estar relacionado con el objetivo del Legislador

¹² Sin embargo, el encargado de cumplimiento sería la única persona (u órgano) de la persona jurídica que por sus funciones de supervisión, vigilancia y control, determinadas *ex lege*, sobre el funcionamiento del programa, no debería pertenecer a las personas del apartado a) susceptibles de incumplir gravemente el «debido control» sobre los subordinados.

de conseguir un verdadero compromiso ético¹³ de las personas jurídicas en el cumplimiento de la norma, siendo que la voluntad de éstas se expresa a través de sus órganos, cuya calidad de funcionamiento depende directa o indirectamente de los sujetos que describe el apartado a) del artículo 31.bis.1 CP, pero en absoluto depende del personal subordinado, por lo cual sus acciones delictivas tienen «menos importancia» que las realizadas por los directivos.

Por poner un ejemplo sencillo de lo hasta ahora comentado, en cuanto al incumplimiento grave del «debido control» en la actividad de los subordinados, «atendidas las concretas circunstancias del caso», pensemos en el caso de un agente comercial que trabaja para una empresa y ha cometido el delito de corrupción entre particulares tipificado en el artículo 286.bis del Código Penal¹⁴ debido a que su superior ha incumplido gravemente sus deberes de control sobre la actividad realizada en el proceso de captación de clientes llevado a cabo por el agente, es decir, que a sabiendas y conocedor de su función la ha obviado en todo punto, dejando que el comercial «campe a sus anchas» repartiéndole comisiones y dádivas para aumentar su cartera de clientes y por tanto sus propios beneficios, repercutiendo dicho beneficio directamente en la empresa, pues igualmente aumentan así sus clientes y por tanto sus ingresos.

La frase «atendidas las concretas circunstancias del caso» con que culmina el apartado b) del artículo 31.bis.1, conduce inevitablemente al estudio del «debido control» para la evitación de ese delito concreto, como ya hemos comentado, y por tanto al análisis del programa de *compliance* penal¹⁵, en caso de que exista. Por tanto, el «debido control» cuyo incumplimiento grave pertenece a la descripción típica del apartado b), debería haber estado previsto en la implantación y ejecución del programa de *compliance*, pues de lo contrario no se podrían tener en cuenta «las concretas circunstancias del caso». ¿Qué significa esto? ¿Qué se va a tener que analizar el programa de prevención de delitos a priori, en la investigación de los hechos por parte de la acusación para determinar cumplida la conducta típica? ¿Que si la acusación examina

¹³ En este sentido se pronuncia la FGE en la Circular 1/2016, *op. cit.* en nota 11, pág. 53.

¹⁴ Art. 286.bis: «1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.»

¹⁵ En este sentido se pronuncia la FGE en la Circular 1/2016, *op. cit.*, pág. 40.

el programa de compliance, el cual va a imponer la obligación de vigilancia minuciosa de la actividad de aquel «comercial», y comprueba que efectivamente existe tal medida de prevención, podría alegar su incumplimiento grave y sin embargo, si semejante medida no estuviese recogida en el programa de compliance, o simplemente la empresa no tuviese el programa, no podría acreditar ese incumplimiento grave en los deberes del encargado correspondiente? ¿Quién debería en este último caso haber vigilado al «comercial» para que no ofreciera las dádivas a cambio del contrato? En el siguiente epígrafe se analizarán estas cuestiones.

III. La fase de investigación y el «debido control»

La acusación deberá acreditar que ha existido el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de los sujetos del apartado a) sobre sus subordinados. Pero para ello debería tener claro cuáles son y a quién corresponden dichos deberes de control. Habrá casos en los que resulte claro de la simple observación de la estructura jerárquica de la empresa, por ejemplo, el «debido control» que tiene que existir por parte del director del departamento de informática respecto del personal a su cargo. Sin embargo, en otros casos no será tan evidente, como por ejemplo en el caso del agente comercial al que antes me he referido, puesto que si se trata de un trabajador autónomo, éste no está sometido a la jerarquía interna de la empresa pero, como dice la FGE, son también sujetos que estarían entre de los referidos en el apartado b) como sometidos a la autoridad de los enumerados en el apartado a), es decir, susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en caso de que cometan un delito de los que puedan deparar responsabilidad penal a éstas, «siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social»¹⁶. Esto nos lleva a plantearnos que el «debido control atenuado» es algo mucho más amplio que el concreto mandato de un superior con origen en el programa de *compliance*, o con origen en la propia estructura jerárquica y normas internas de la empresa, amplitud que dispersa peligrosamente la tipicidad. Relacionados con esta cuestión podrían darse tres casos: que no existiese programa de compliance ni normativa interna que defina a quién corresponde vigilar, quien debe ser vigilado y qué conductas deben ser vigiladas; que no exista programa de compliance pero sí una normativa interna o un código ético que oriente sobre dichos extremos; y finalmente, que la persona jurídica sí que disponga de un programa de compliance.

¹⁶ Circular FGE 1/2016, *op. cit.*, pág.60.

1. *Inexistencia de normas internas de conducta ni de programa de prevención*

En el ejemplo antes planteado, si no existe programa de *compliance*, ni tampoco normativa interna que imponga los deberes concretos de vigilancia y control en el desarrollo de la actividad en la que ha surgido el delito, la acusación tendría que presumir la obligación de vigilancia y de control sobre la concreta actividad por parte del director del departamento comercial, prohibiendo a los agentes comerciales las conductas como la que habría realizado el agente del ejemplo y luego vigilando el cumplimiento de dicha prohibición. De otra forma, si no se estableciese dicha presunción, la persona jurídica debería quedar exenta de responsabilidad penal por falta de realización del tipo en el respeto a su presunción de inocencia, puesto que los deberes de supervisión, vigilancia y control quedarían enormemente indeterminados resultando muy difícil, por no decir imposible acreditar su incumplimiento grave, ya que podrían existir otras personas, dentro del departamento comercial, que nada impide pudieran tener atribuidos los deberes de control, deberes que habrían de estar determinados para poder considerar su incumplimiento, mucho más para calificarlo como «grave». De aquí la peligrosidad a la que me refería unas líneas más arriba. La acusación no va a poder establecer un presunción de ese tipo que no esté reflejada en la Ley sin vulnerar el artículo 4.1 del Código Penal¹⁷ en relación con el artículo 1 del mismo y el art. 25 de la Constitución y por tanto el principio de legalidad penal que exige que «las leyes penales describan con la suficiente precisión el contenido de las conductas abarcadas»¹⁸, y sobretodo teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en su Sentencia de 21 de julio de 1987 donde dice que el principio de legalidad penal debe permitir al ciudadano (hoy podría decir también «persona jurídica»), «programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente»¹⁹.

Otra posibilidad podría ser que la acusación considere probado que hubo incumplimiento grave del «debido control» por el mero hecho de que la persona jurídica no disponga del programa de *compliance*.

Dice el literal del artículo 31.bis.2 que «la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones...», y la primera de ellas es, como ya sabemos, la adopción y ejecución con eficacia del programa de prevención de delitos. Por supuesto, de esto no se puede extraer conclusión alguna que lleve a la acusación a considerar

¹⁷ Art. 4: «1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.»

¹⁸ Díez RIPOLLÉS, J.L.: *Derecho Penal español – parte general en esquemas*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2007, pág. 58.

¹⁹ STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5.º.

realizado el tipo del apartado b) por el mero hecho de no disponer del programa, pues el incumplimiento grave del «debido control» que exige el apartado b) para considerar responsable penal a la persona jurídica, es un deber de control (atenuado) dirigido a las personas físicas descritas en el apartado a) del artículo 31.bis.1 CP, y no una exigencia de control a la persona jurídica o a su órgano de administración mediante la adopción eficaz del programa de compliance penal, que es justamente lo que hace el Código Penal en el apartado segundo cuando configura la posibilidad de exención de responsabilidad penal que, por su naturaleza de elemento impeditivo del efecto probatorio de lo acreditado por la acusación, deberá ser aportada por la persona jurídica a posteriori.

Vemos una vez más que el «debido control» típico, como una atenuada exigencia *ex lege* a la persona física que tenga el deber de controlar la actividad del subordinado que haya cometido el delito, queda perfectamente diferenciado del correcto e idóneo ejercicio del «debido control» derivado del programa de *compliance*.

2. Existencia de un código ético o normativa interna de conducta

La polémica circunstancia planteada, podría conectar, sirva como apunte, con la necesidad de la existencia de un código de ético²⁰ o de conducta en las personas jurídicas, lo cual no sólo iría configurando, en general, una cultura de cumplimiento corporativo, sino que también sería de gran ayuda en casos como el que se acaba de plantear, aunque no existiese un programa de *compliance* elaborado con arreglo a lo dispuesto en los apartados segundo y siguientes del artículo 31.bis, teniendo así la acusación al menos un parámetro donde apoyar la realización del tipo penal. En el código ético deben enumerarse un catálogo, lo más amplio posible, de conductas prohibidas dentro de cada actividad, como

²⁰ El código ético es invocado en el Derecho comparado relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento. *Vid. Sarbanes Oxley Act* en la web de la *United States Sentencing Comisión*. Capítulo 8 de «2015 Guidelines Manual» en *Organizational Guidelines*, <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2015/2015-chapter-8>.

Para la Fiscalía General del Estado, tal y como indica en la Circular 1/2016, se presupone la existencia de un código de conducta que establezca de forma clara las obligaciones de directivos y empleados, por razón de que, tal y como establece el art.31.bis.5.5.º CP, debe existir, como requisito del programa de *compliance*, un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo. Pero va aun más allá, puesto que entre las directrices que establece para que los Fiscales evalúen la eficacia de los programas de *compliance*, indica que el criterio general que presidirá su interpretación de los modelos de *compliance* para determinar si expresan un **compromiso corporativo** que realmente disuada de conductas criminales, va a ser el evaluar en qué medida son una verdadera expresión de su **cultura de cumplimiento**.

por ejemplo aceptar o repartir comisiones a cambio de un contrato. De esta forma es mucho más fácil atribuir la comisión del delito a la persona jurídica salvando, al menos en gran parte, el principio de legalidad. Faltaría por determinar quiénes tienen el deber de vigilar al agente comercial, pero, aunque este aspecto no estuviese previsto en el código ético, pues su naturaleza informativa no lo impone, la indeterminación a la que antes me refería quedaría, aunque no eliminada, sí sumamente atenuada, ya que los deberes generales de vigilancia y control del más alto cargo del departamento comercial respecto del funcionamiento del propio departamento alcanzarían la censura y evitación de los actos o conductas que afectasen negativamente al buen funcionamiento de éste y, ni decir cabe que entre ellos estarían las prohibidas por el código ético. Una vez reducida la indeterminación de este elemento del tipo, será el juzgador quien valore si ésta es o no relevante.

3. *La persona jurídica ha adoptado un programa de compliance penal*

Quedaría por analizar el caso en que efectivamente se hubiera adoptado y ejecutado el programa de prevención de delitos.

La acusación, en este caso lo tendría más fácil, pues con revisar el programa podría fácilmente determinar que los deberes de supervisión, vigilancia y control se han incumplido gravemente o no, por parte de los sujetos descritos en el apartado a).

Pero respondiendo a otra de las cuestiones planteadas al final del epígrafe anterior, la acusación no puede exigir a la persona jurídica que aporte al proceso su programa de prevención de delitos con el objeto de que aquella pueda acreditar que la persona física correspondiente incumplió gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control que tenía asignados en virtud de dicho programa. Esto supondría exigirle que aportase pruebas que pueden ser inculpatorias, vulnerando por tanto su derecho a no declarar contra sí mismo ni declararse culpable, derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 de la Constitución. Por otra parte, tampoco se puede admitir una inversión de la carga de la prueba en la averiguación del delito, que se daría claramente si la persona jurídica tuviese que acreditar el «debido control» mediante el programa de *compliance*. Y así lo reconoce la propia Fiscalía General del Estado en su Circular cuando dice que «atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31.bis 1»²¹.

²¹ Circular 1/2017 FGE, *op. cit.*, pág. 56.

IV. ¿Existe además otro «debido control atenuado» entre los requisitos del programa de *compliance*?

Conviene ahora pararse a analizar el hecho de que el Legislador aparentemente suavice los requisitos mínimos que deben cumplir los programas de *compliance* cuando el delito ha sido cometido por los sujetos del apartado b)²², pues el artículo 31.bis no detalla condición alguna, en su apartado cuarto, donde se refiere precisamente a ese caso, cuando sí que las establece en su apartado segundo (en el que se refiere a los delitos cometidos por los sujetos del apartado a), donde impone tres condiciones complementarias a la adopción y ejecución con eficacia del programa de prevención de delitos. En referencia a la ausencia de estas tres condiciones en el caso de delitos cometidos por los sujetos del apartado b), podría parecer que para considerar eficaz el programa: ni siquiera sería necesario el nombramiento de un encargado de cumplimiento, figura fundamental en la ejecución de los programas de *compliance* penal; que los autores no necesariamente debieran haber cometido el delito «eludiendo fraudulentamente» los modelos implantados de *compliance* penal, tal y como se exige en el apartado segundo, para que la persona jurídica pudiera quedar exenta de responsabilidad; y que tampoco importa que el delito se haya cometido a causa de la negligencia por parte del encargado de cumplimiento, en sus funciones de supervisión, vigilancia y control del funcionamiento y cumplimiento del programa de *compliance* penal, lo cual impediría aplicar la exención según reza dicho apartado.

Esta relajación en cuanto a las exigencias del programa por el mero hecho de que el delito lo hayan cometido subordinados por la falta grave de control por parte de los directivos, daría lugar a una injustificada distinción entre ambos títulos de imputación, puesto que a la persona jurídica le resultaría más fácil alcanzar la exención de responsabilidad cuando los delitos fuesen cometidos por los subordinados, lo cual resulta inadmisibles teniendo en cuenta que se habría producido una omisión en los deberes de vigilancia por parte de un alto cargo de la persona jurídica, el cual podría ser también condenado en calidad de partícipe²³ en el delito cometido por el subordinado. De esta forma tendríamos una persona jurídica, en el seno de la cual, la posible carga punitiva no sería menor que si hubiese delinquido un directivo, puesto que se podría dar la posibilidad de que dos personas fueran condenadas por el mismo delito. Por tanto esta distinción en cuanto a requisitos en el programa de *compliance* chocaría frontalmente con la finalidad de los propios programas, que según la FGE es el de «promover una verdadera cultura ética empresarial²⁴» y que GÓMEZ-JARA concreta en la necesidad de que a las

²² Recordemos que en este caso es una exigencia de «debido control» atenuada.

²³ En este sentido opina la FGE en la Circular 1/2016, *op. cit.*, pág. 24.

²⁴ *Ibidem.*, pág. 52

empresas se les imponga «la tarea de procurarse la necesaria fidelidad al Derecho»²⁵, aunque bien es cierto que, tal y como dice la Fiscalía en su tan citada Circular: «la responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores o un alto directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa, de tal modo que los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz si un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito»²⁶. De la parte final del párrafo que acabo de reproducir, se extrae claramente, con acierto a mi modo de ver, que incluso actuando como partícipe el sujeto del apartado a), se agrava la responsabilidad de la persona jurídica. Por tanto, resulta del todo injustificada la omisión, en el apartado cuarto del artículo 31.bis, de las condiciones complementarias al programa de compliance descritas en el apartado segundo. Muy al contrario, parece que es posible admitir la tácita obligatoriedad en el cumplimiento de dichas condiciones si seguimos la deducción de la FGE²⁷, pues en su opinión, excepto (y con matices) la condición tercera referente a que el autor del delito haya eludido fraudulentamente el programa de compliance, las otras dos son plenamente exigibles para el caso de comisión de delitos por los subordinados.

En cuanto a la existencia del encargado de cumplimiento, se hace necesaria para que se cumpla el requisito 4.º del apartado quinto del artículo 31.bis (obligatorio para todos los programas de *compliance* penal), es decir, para que se pueda **informar**, precisamente al encargado de cumplimiento, de cualquier incidencia que pueda repercutir en el incumplimiento del programa; y en cuanto a la permisividad de la condición 4.º, relacionada con el ejercicio insuficiente en los deberes de control por parte del encargado de cumplimiento, no puede tenerse en cuenta, puesto que si el órgano que tiene encomendadas *ex lege* (y por tanto también dentro del programa de *compliance*) las funciones de supervisión y control del funcionamiento y cumplimiento del programa las incumpliese, significaría que la ejecución del programa no se ha llevado a cabo con eficacia, la cual se exige en todo caso. En cuanto a la condición tercera, la FGE razona que, si se ha producido una omisión grave en los deberes de control en la actividad del subordinado autor del delito, «no es exigible recíprocamente a la persona jurídica que para eximirse de responsabilidad pruebe que el dependiente burló fraudulentamente el modelo de control»²⁸. Por esta razón, ya hemos visto que para mayor probabilidad de que se califique como eficaz el programa de *compliance* es del todo conveniente establecer en éste un control alternativo sobre la actividad

²⁵ ARTAZA VARELA, O.: *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*, Marcial PONS, 2013, pág.274

²⁶ . Circular 1/2016 FGE, *op. cit.*, pág. 53.

²⁷ *Ibidem*, pág. 41.

²⁸ Circular FGE 1/2016, *op. cit.*, pág. 41.

de los subordinados que sea independiente al control dimanante de la jerarquía propia de la relación laboral o de las propias funciones de los directores de departamento sobre las subcontratas que actúan en ellos. En este caso, por supuesto que sí cabría la aplicación de la condición tercera que aquí analizamos. Para el caso de que no existiese el control alternativo aquí propuesto, es del todo lógico lo que dice la Fiscalía al respecto, pues no se exige en el tipo penal del apartado a) del artículo 31.bis.1 que haya habido dejación (ni grave ni leve) en los deberes de control sobre el directivo o Administrador, lo cual indica que el Legislador ya supone que quien controla al directivo o Administrador, cuando actúa en nombre o por cuenta de la persona jurídica, para evitar la comisión de delitos en virtud del concreto programa de *compliance*, es la propia persona jurídica al ejecutar los controles establecidos en dicho programa cuyos mecanismos de control tendrán que haber sido vulnerados mediante un «trabajo extra» del directivo delincuente para poderse calificar el programa de eficaz. En el título de imputación del apartado a), se dejaría de aplicar la exención a la persona jurídica por un defecto en el «debido control» sobre la acción de los directivos; y en el título de imputación del apartado b), por no haber ejercido el «debido control absolutamente diligente» sobre el cumplimiento del «debido control atenuado» impuesto a los sujetos del apartado a) sobre la actividad de sus subordinados, lo cual convertiría en absurda la exigencia de tener que demostrar un «trabajo extra» por parte del vigilado para eludir su vigilancia. Por tanto, para que se considere el programa eficaz y la persona jurídica quede exenta de responsabilidad, se ha debido cometer el delito con el «trabajo extra» antes mencionado por parte del delincuente, cuando este sortee los controles impuestos por la persona jurídica, salvo el concreto caso de que se realice el tipo penal del apartado b) del artículo 31.bis.1 CP y exista como única medida preventiva de ese delito, en el programa de *compliance*, la vigilancia y control de la actividad de los subordinados por parte de sus superiores.

V. El «debido control» y la carga de la prueba

El asunto de la carga de la prueba, va a depender fundamentalmente de tres aspectos: de a qué «debido control» nos refiramos; de cómo consideremos la ausencia u omisión del «debido control» dentro de la teoría jurídica del delito; y del régimen de responsabilidad que se otorgue a la persona jurídica, bien responsabilidad vicarial o por transferencia desde la persona física autora del delito, o bien autorresponsabilidad, lo cual está relacionado con la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica.

No es cuestión pacífica entre la doctrina lo referente a la posibilidad de que las personas jurídicas puedan realizar acciones u omisiones de forma autónoma y albergar capacidad de culpabilidad. Pero no acaba

ahí la discusión, sino que entre los partidarios de otorgar autonomía y capacidad de acción a la persona jurídica y de incluso considerarla con capacidad de culpabilidad no existe acuerdo acerca de si la exención configurada en el artículo 31.bis CP es una eximente que actúa sobre la culpabilidad de la persona jurídica, o una causa de justificación supresora de la ilicitud de la conducta omisiva que ha permitido que se cometa un delito en su seno²⁹.

El asunto al que me acabo de referir sería merecedor de ser tratado en un trabajo independiente al presente, tanto por su importancia como por su extensión. Sin embargo, y puesto que se va a tratar sobre la carga de la prueba, para lo cual es necesario determinar en qué elemento de la teoría jurídica del delito ubicamos el «debido control», he considerado interesante referirme a la escasa doctrina jurisprudencial que existe al respecto, en concreto a la STS 154/2016, de 29 de febrero, siendo ponente MAZA MARTÍN³⁰, quien se pronuncia en términos generales diciendo que si tenemos en cuenta la estructura típica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la ausencia del «debido control» es el elemento integrante de la conducta infractora de la persona jurídica y como tal debe ser acreditada por la acusación³¹. En dicha Sentencia, en *obiter dicta* y a propósito de razonar su disconformidad con la FGE por considerar la exención para las personas jurídicas como

²⁹ Vid. PÉREZ ARIAS, J.: *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Dykinson, 2014, págs. 107 y ss.; Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)». Diario La Ley, núm. 7561, Sección Doctrina, 3 Feb. 2011; Vid. Circula FGE 1/2016, *op. cit.*; Vid. GÓMEZ TOMILLO, M.: «Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas Jurídicas. Especial referencia al sistema español» en *Revista jurídica de castilla y león*. n.º 25, septiembre 2011. ISSN 1696-6759, pág.80. Pese a ser el artículo de fecha anterior a la reforma de 2015, el autor ya apunta aun exclusión de la culpabilidad por haber adoptado la «medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos» a que se refería el artículo 31.bis antes de dicha reforma; Vid. BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS, NIETO, J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas – Aspectos sustantivos y procesales*. La Ley 2011, págs. 40 y ss.; Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Bases para un Modelo de Imputación de responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Tercera edición, Aranzadi, 2009, págs.312 y ss.

³⁰ Vid. MAZA MARTÍN, J.M., *op. cit.* en nota 7, págs.19 y ss.

³¹ Frente a la postura en relación con la carga de la prueba, defendida por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, donde expresa que «*si el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en la conducta delictiva de sus dirigentes o en el incumplimiento de sus obligaciones de control sobre los subordinados, esto será lo único que deba probar la acusación*», razonando a renglón seguido que «*será la persona jurídica la que deberá acreditar que tales programas eran eficaces para prevenir el delito*», existe la de otros autores como MAZA MARTÍN, quien considera la ausencia del debido control como elemento nuclear del tipo penal cualquiera que sea la posición que ocupe la persona física autora del hecho delictivo, abogando por que sea la acusación la que acredite que no hubo debido control en cualquiera de los casos, considerando de lo contrario que se daría una inversión de la carga de la prueba. Sobre esto último véase MAZA MARTÍN, J. M., *op. cit.*, en nota 7, págs.26-27

una excusa absoluta en sede de punibilidad, la Sala Segunda se pronunció de la forma que sigue: «*una excusa absoluta ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye*»³², y en el entender del Tribunal «*la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción*», puesto que

«la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física».

Sin embargo, la Sentencia consta de un voto particular³³ de varios de los Magistrados de la Sala Segunda, en el que se matiza lo que se acaba de reproducir en lo que respecta a la pertenencia del elemento configurado como «ausencia de debido control» al núcleo de la tipicidad. Dicen los Magistrados que

«esta culpabilidad la infiere el Legislador, en el apartado a) del art 31 bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando, o incluso, si se quiere profundizar más, de la culpa in constituyendo y la culpa in instruendo».

Por tanto, al contrario de lo que señala la Sentencia mayoritaria, el «debido control» no constituye un elemento adicional del tipo objetivo

«*que exija a la acusación acreditar en cada supuesto enjuiciado un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada*»³⁴.

La Sentencia mayoritaria a la que nos venimos refiriendo, por tanto, se inclina a considerar que es la acusación la que deberá probar la ausencia del «debido control», por ser un elemento perteneciente a la tipicidad, pero tanto el voto particular en la Sentencia, como la Fiscalía General del Estado opinan lo contrario. Los Magistrados disidentes no aprecian

«razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia».

³² STS 154/2016, Sala Segunda, de 29 de febrero, FJ8º.

³³ *Ibidem*. Voto Particular FJ2º

³⁴ *Ibidem*.

Ya hemos visto que en el voto particular se niega que la ausencia del «debido control» pertenezca a la tipicidad, razón por la cual sí que existirá infracción y habrá, por tanto, que analizar si la conducta ha sido antijurídica, culpable, y por último si es punible. Al respecto dicen que

«lo cierto es que el Legislador establece expresamente esta exención, y la configura en unos términos muy específicos, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso».

En sentido muy similar a MAZA MARTÍN se pronuncia GÓMEZ-JARA, quien aboga por sostener los criterios de la imputación objetiva para el caso de las personas jurídicas, en función de si se ha generado un determinado riesgo empresarial por encima de lo permitido. Según el autor «el equivalente funcional de la tipicidad objetiva de la persona física es el defecto de organización de la persona jurídica»³⁵. Sin duda, el defecto en la organización a que se refiere el autor que dará lugar a la comisión de un delito por parte de la persona física, es la fuente de la que deriva directamente la ausencia del «debido control». Continúa GÓMEZ-JARA diciendo que «si una persona jurídica está o no defectuosamente organizada.../...es una circunstancia que puede determinarse objetivamente conforme a los criterios tradicionales de la imputación objetiva»³⁶, lo cual implicará «que sea la acusación la que tenga que probar,.../...al menos indiciariamente el defecto de organización.../... y la persona jurídica aportar en tiempo y forma los contraindicados pertinentes»³⁷.

La Fiscalía general del Estado en su Circular 1/2016 propone algo diametralmente opuesto a lo que acabamos de ver³⁸. No ve correcto que se considere que el fundamento de la imputación de la persona jurídica sea la defectuosa organización, ni que se considere ésta como elemento del tipo, ni tampoco que defina su culpabilidad. Razona la Fiscalía que de este modo debería ser la acusación la que acredite que la infracción se ha cometido por ineficiente control (justo lo que defienden las posiciones doctrinales contrarias tal y como hemos visto), pues de lo contrario estaríamos ante una inversión en la carga de la prueba. Como partidaria de la responsabilidad vicarial por transferencia de la responsabilidad de la persona física, la FGE no considera que exista acción u omisión alguna de la persona jurídica, y defiende la exención del artículo 31.bis CP como causa de exclusión personal de la punibilidad, situando la ausencia del «debido control» en este elemento del delito, lo cual es comprensible desde su punto de vista, puesto que sin capacidad de acción, ni posibilidad

³⁵ BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS, NIETO, J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas— Aspectos sustantivos y procesales*. La Ley 2011, pág.41.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Circular FGE 1/2016, *op. cit.*, pág. 10.

de desvalor material del hecho, ni de culpabilidad, y dado que el «debido control» emanado de los programas de compliance no pertenece al tipo penal descrito en los apartados a) y b) del artículo 31.bis.1, sólo queda considerar la aportación de un programa de *compliance* eficaz como una excusa absoluta, pues son consideradas éstas como «circunstancias que deben estar ausentes para que el delito pueda considerarse existente»³⁹.

Parece que para evitar una situación vulneradora de los más básicos principios de nuestro ordenamiento penal, la Fiscalía rehace el camino para llegar a la obligación probatoria de la persona jurídica en cuanto a la existencia del «debido control». Para ello comienza considerando, como defensora que es del modelo de responsabilidad vicarial, que «el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en la conducta delictiva de sus dirigentes o en el incumplimiento de sus obligaciones de control sobre los subordinados»⁴⁰. De esta forma, concluye que «esto será lo único que deba probar la acusación»⁴¹.

El defecto en la organización operaría para la Fiscalía «como presupuesto y refuerzo de la culpabilidad»⁴², la cual no quedaría en entredicho, sin embargo, por la inexistencia del «debido control»⁴³ ya que, continúa la Circular, «la LO 1/2015 sigue atribuyendo el ‘debido control’ (ahora ‘deberes de supervisión, vigilancia y control’) a las personas físicas de la letra a) del art. 31 bis.1 y nunca a la propia persona jurídica», considerando que la existencia de la exención de responsabilidad configurada por el Legislador, es un instrumento para desterrar «cualquier atisbo de responsabilidad objetiva»⁴⁴ al eximir de responsabilidad a la empresa, más que para eliminar la culpabilidad de la conducta.

Cierto es este último razonamiento de la FGE, pues se elimina así la responsabilidad penal automática, directa y exclusivamente relacionada con el delito cometido por la persona física, aunque comprobamos que le permite a la Fiscalía continuar defendiendo una responsabilidad vicarial por transferencia.

La Fiscalía también distingue la ausencia del «debido control» de los dirigentes sobre los subordinados como elemento del tipo (recordemos que debe ser un incumplimiento grave), de la ausencia del «debido control» que emana del hecho de no disponer de un programa de compliance eficaz para evitar la comisión de delitos de la misma naturaleza que el cometido por la persona física. En el primer caso, con-

³⁹ GIL GIL, A. – LACRUZ LÓPEZ J.M. – MELENDO PARDOS, M. – NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Dykinson, 2011, pág. 698.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*., pág.38.

⁴⁴ *Ibidem*.

sidera que la acusación deberá acreditar la omisión grave del «debido control», pero en el segundo razona que deberá ser la persona jurídica quien, una vez acreditado por la acusación que se han incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control, aporte el programa de prevención eficaz para poder eludir la responsabilidad penal⁴⁵. Sin embargo, y en contradicción con lo que se acaba de exponer, la Fiscalía añade unas páginas más adelante, la razón que obligaría a la persona jurídica a probar la existencia del «debido control» consiguiendo eludir la temida inversión de la carga de la prueba y es que, según la FGE, «la propia comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del modelo y que, sobre esta base, cabría exigir a la persona jurídica una explicación exculpatoria que eliminara el efecto incriminatorio del indicio»⁴⁶.

La EM de la Ley de reforma de 2015⁴⁷ dice que con la «mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.../...se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial». Queda con ello meridianamente clara la intención del Legislador de optar por un régimen de responsabilidad por el hecho propio para las personas jurídicas, en contra de la opinión de la FGE, y estoy de acuerdo con GÓMEZ-JARA⁴⁸ en defender que el delito cometido por la persona física no puede considerarse fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica, sino más bien su presupuesto. Sin embargo, en cuanto a la carga de la prueba, veo más acertada la opinión de la Fiscalía y del voto particular que figura en la STS antes citada, pues la acreditación de la ausencia, tanto del «debido control» como de una correcta organización de la persona jurídica, supondría para la acusación una suerte de *probatio diabólica* de unos hechos negativos. Y sería discutible que la falta de organización pudiera determinarse objetivamente salvo casos muy evidentes de gran defecto.

VI. Conclusiones

I. El «debido control» necesario para evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un concepto perfectamente divisible en tres modalidades. Estas tres modalidades pueden distinguirse desde un punto de vista teórico-formal, o bien de contenido.

⁴⁵ *Ibidem.*, pág10.

⁴⁶ *Ibidem.*, pág. 57.

⁴⁷ *op. cit.* en nota 1.

⁴⁸ BANACLOCHE – ZARZALEJOS – GÓMEZ-JARA, *op. cit.* en nota 35, pág73

Las diferencias en cuanto a los aspectos teórico-formales se presentan en las distintas posiciones en que el «debido control» puede ubicarse en la teoría jurídica del delito. En este caso existirían dos tipos de «debido control»: por una parte el típico, en su vertiente negativa puesto que se describe su ausencia para que el delito pueda materializarse; y por otra parte, el que se puede ubicar en la antijuridicidad, en la culpabilidad, o en la punibilidad, según las distintas corrientes doctrinales, también en su vertiente negativa. Tendríamos, como «debido control» típico el «debido control atenuado» exigido en el apartado b) del artículo 31.bis.1CP, y como debido control «no típico» calificaríamos tanto el emanado de un programa de *compliance* eficaz, como el que debe de ejercer el encargado de cumplimiento sobre el funcionamiento del programa de *compliance*, puesto que este último se anuncia como condición para la exención (por tanto forma parte de los requisitos que debe cumplir una correcta ejecución del programa).

Desde el punto de vista del contenido del «debido control», se distinguen de forma más clara las tres modalidades: el «debido control atenuado» del apartado b), consistente en los deberes de vigilancia y control sobre la actividad de los subordinados por parte de sus superiores o encargados de área donde aquellos ejercen la actividad, de forma que su incumplimiento grave dará paso a la realización de uno de los elementos del tipo penal descrito en este apartado; luego tendríamos el «debido control» que emana de los programas de *compliance*, cuyo contenido es mucho más extenso y consistente en la adopción y ejecución de un modelo de organización y gestión que contenga las medidas idóneas destinadas a prevenir la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica por cualquiera de sus integrantes y que cumpla los requisitos establecidos en el Código Penal; y por último el «debido control» que debe de ser ejercido por el encargado de cumplimiento para el correcto funcionamiento y cumplimiento del modelo, cuyo contenido es también muy amplio pues va a consistir en una serie de funciones de supervisión llevadas a cabo con asiduidad, además de la vigilancia del cumplimiento del programa y la obligación de instar la revisión y supervisión de éste en cuanto se produzca cualquier conducta irregular susceptible de vulnerarlo.

II. El «debido control» es el parámetro que se tiene en cuenta para medir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues su quebrantamiento fundamenta dicha responsabilidad. Además es patente que el «debido control» envuelve del todo la actual configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La novedad consistente en la posibilidad de exención de responsabilidad al aportar al proceso un programa de *compliance* eficaz, configura un «debido control» de la persona jurídica que puede suplir la ausencia de debido control (atenuado) descrita en el apartado b), al demostrar que la persona jurídica ha puesto todos los medios exigibles para evitar que se cometan delitos (al menos

de la misma naturaleza del que se haya cometido) en su seno. Además, el programa de *compliance*, debe vigilar y estudiar la idoneidad de las personas descritas en el apartado a) del artículo 31.bis.1 CP para el puesto que desempeñan, como una medida más de prevención de delitos. Por otra parte, en el programa de prevención se integra, a su vez, la tercera modalidad de «debido control», pues de la lectura del artículo tantas veces mencionado, se extrae que de la diligencia en las funciones de control del encargado de cumplimiento sobre el funcionamiento del programa, depende que se considere existente o no el «debido control» emanado de dicho programa.

Considerando, por tanto, las tres modalidades de «debido control» dentro del artículo 31.bis CP, la que fundamentaría, en su vertiente negativa, la responsabilidad penal de la persona jurídica, sería la relacionada con el hecho de no haber adoptado un programa de *compliance* eficaz, o lo que es lo mismo, haber incumplido lo preceptuado en los apartados segundo y siguientes del artículo 31.bis CP.

III. Para que la acusación pueda considerar acreditado el incumplimiento grave del debido control para el caso de los delitos cometidos por los subordinados, va a tener que determinar el contenido de esos deberes de control por los sujetos del apartado a). Si esto no pudiera llevarse a cabo por ausencia de normativa interna, de clara posición jerárquico-laboral, o de un programa de *compliance* que impusiera dichos deberes de control, la persona jurídica debería quedar exenta de responsabilidad por falta de tipicidad. Pero aun en el caso de que existiese programa de *compliance*, la acusación no podría exigir la aportación de éste en fase de instrucción. Ya que de esta forma, se habría obligado a la persona jurídica a aportar un elemento para la acreditación del cumplimiento del tipo penal, lo cual sería equivalente a haberla obligado a declarar contra ella misma, quedando vulnerado así su Derecho Fundamental a no hacerlo.

IV. En los casos del apartado b), debe de exigirse, como mínimo, los mismos deberes de control que para el caso de delitos cometidos por los sujetos del apartado a), por más que tener a éstos como delincuentes en el seno de la persona jurídica pueda reflejar un escaso compromiso de ésta con la fidelidad al Derecho y al cumplimiento de las normas, mereciendo así la persona jurídica un reproche penal más contundente que cuando el delito lo hayan cometido subordinados, que en todo o gran parte son ajenos al control de dicha persona jurídica. Pero no pueden relajarse las exigencias de «debido control» en el segundo caso, como aparentemente refleja la lectura del apartado cuarto del artículo 31.bis CP, pues la carga punitiva dentro de la persona jurídica podría ser incluso más grande que cuando hubieren delinquirido los sujetos del apartado a), ya que por la comisión de un delito por parte de

un subordinado, podrían resultar condenadas dos personas físicas, la que ha cometido el delito, en calidad de autor y la que hubiese omitido su control que podría tener que responder, en su caso, como partícipe. Por tanto nada justificaría, en cuanto a la responsabilidad atribuible a la persona jurídica, establecer diferencias en cuanto a las exigencias de vigilancia y control, entre los casos de un delito cometido por un sujeto del apartado a) y un delito cometido por un sujeto del apartado b). Y de hecho así parece que no ocurre, tal y como se ha analizado en el presente trabajo.

V. En el apartado a) del artículo 31.bis, no se describe ninguna conducta que se corresponda con una omisión de control, ni de la propia persona jurídica, ni de personas físicas integrantes de ésta sobre los que hayan delinquido. De considerar el «debido control» como parte integrante del núcleo típico del apartado a), estaríamos atribuyendo una posición de garante a la persona jurídica que la haría merecedora de reproche penal por haber creado un riesgo con su omisión de vigilancia y control. El problema es que la acreditación de que se ha creado ese riesgo omitiendo el «debido control» exigiría, a la persona jurídica, aportar su programa de *compliance* eficaz en fase de investigación, produciéndose una inversión de la carga de la prueba y vulnerándose además el derecho fundamental a no declararse culpable, pues se le obligaría a aportar prueba de su diligencia como garante que bien podrá ser finalmente calificada negativamente, dando todo ello como resultado que la persona jurídica habría tenido que aportar una prueba, en su posición de investigada, que habría resultado inculpatoria. La acusación, por tanto, deberá acreditar que se cumplen todos los elementos del tipo penal del artículo 31.bis.1, sin que se le pueda exigir demostrar la ausencia de organización o «debido control» por parte de la persona jurídica, por ser éstos unos hechos negativos, cuya vertiente positiva es de mayor facilidad probatoria para ésta, pero teniendo en cuenta su naturaleza de elemento impeditivo del efecto probatorio de lo acreditado por la acusación, la aportación del «debido control» materializado en el programa de *compliance* eficaz debería efectuarse, no como prueba de la inocencia de la persona jurídica en fase de investigación, lo cual resultaría una flagrante vulneración de un Derecho Fundamental, sino únicamente como hecho impeditivo tras quedar acreditada la realización del hecho típico descrito en el apartado primero del artículo 31.bis CP. Por ello, el único quebranto del «debido control» que sí deberá acreditar la acusación, será el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control, por parte de los sujetos descritos en el apartado a) sobre los sujetos referidos en el apartado b) del artículo 31.bis.1 CP.

Listado de leyes y enumeración de jurisprudencia

Leyes

España

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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

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

Estados Unidos

Sarbanes Oxley Act 2002 (Ley de Sarbanes Oxley).

Jurisprudencia

STS 154/2016, Sala Segunda, de 29 de febrero.

STC 133/1987, de 21 de julio.

Bibliografía

ARTAZA VARELA, O.: *La empresa como sujeto de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Marcial PONS, 2013.

BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS, NIETO, J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas— Aspectos sustantivos y procesales*. La Ley 2011.

DEL ROSAL B. – GIMÉNEZ-ALVEAR F. – MAZA MARTÍN J. M. – LACASA CRISTINA, F.: *«Programa Ejecutivo Compliance Officer (Controller Jurídico)»*, Wolters Kluwer 2015.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho Penal español — parte general en esquemas*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2007.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*.

GIL GIL, A. – LACRUZ LÓPEZ J. M. – MELENDO PARDOS, M. – NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Dykinson, 2011.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *«Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial— Hacia una verdadera responsabilidad penal de las*

- personas jurídicas» en Revista electrónica de ciencia penal y criminología, ISSN-e 1695-0194, N.º 8, 2006*
- GÓMEZ TOMILLO, M.: «*Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas Jurídicas. Especial referencia al sistema español» en Revista jurídica de castilla y león. n.º 25, septiembre 2011. ISSN 1696-6759.*
- PÉREZ ARIAS, J.: *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Dykinson, 2014.
- RODRIGUEZ RAMOS, L.: «*¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)*» en *Diario La Ley*, núm. 7561, Sección Doctrina, 3 Feb. 2011.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Bases para un Modelo de Imputación de responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Tercera edición, Aranzadi, 2009.