

LOS SISTEMAS DE COMPLIANCE Y SU SIGNIFICACIÓN EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

GONZALO QUINTERO OLIVARES*

SUMARIO:

1. Introducción: la creación innecesaria de un problema. 2. La llegada de la cultura de organización y gestión. 3. La obsesión por los programas de cumplimiento. 4. La llegada de las compliances al Código penal. 5. La RPPJ por descontrol: la fuente legal de las compliances. Crítica a la culpabilidad por defecto de organización. 6. Otros problemas de los programas de organización y cumplimiento corporativo, y otras posibles funciones. 7. Otras posibles funciones de los programas de prevención.

1. INTRODUCCIÓN: LA CREACIÓN INNECESARIA DE UN PROBLEMA

Los programas de funcionamiento interno estaban ya parcialmente presentes en el derecho positivo a través de dos vías. La primera y general, el deber de las empresas de controlar a sus propios empleados y directivos, deber que deriva del derecho societario. En segundo lugar, y para un ámbito concreto, los programas impuestos desde el exterior de la empresa a través de la normativa sobre higiene y seguridad en el trabajo. A ellos se fueron añadiendo otros, en prevención del blanqueo de dinero o de la financiación del terrorismo. Dicho esto, no hay inconveniente alguno en admitir la bondad y necesidad de las *corporate compliance*, que marcan la ética que ha de presidir la vida empresarial, además de contribuir a reforzar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias.

Los problemas surgen cuando se establece la conexión entre los programas de cumplimiento corporativo y la posibilidad de declarar la responsabilidad penal de las

* Catedrático de Derecho penal en la Universitat Rovira i Virgili. Catedrático invitado en diversas Universidades extranjeras.

personas jurídicas, en un sistema, como el español, en el que, con excepciones, esa responsabilidad siempre deriva de la actuación de una persona física, sea directivo o subordinado.

El derecho español, y muchos son los responsables de ese desvarío, ha elevado a los programas de organización y control a la categoría o función de barrera protectora frente a la posible declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cual es excesivo. A eso se añade el defectuoso modo con que la Ley acoge su función, sin diferenciar ni entre tamaño de empresas ni entre delitos dolosos o imprudentes.

Mientras tanto, conviene recordar que apenas contamos con pronunciamientos judiciales que establezcan criterios sobre suficiencia de los programas en relación con casos concretos. En cuanto al derecho comparado, la situación no es mejor, en primer lugar, porque muchos sistemas penales europeos desconocen la culpabilidad o imputación de la persona jurídica por descontrol.

Por supuesto que es conveniente y deseable que las empresas se doten de programas de funcionamiento que transmitan confianza a terceros y a sus propios socios. Pero los problemas surgen cuando, como hace el derecho español, se establece la conexión entre los programas de cumplimiento corporativo y la posibilidad de declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en un sistema, como el español, en el que, con pocas excepciones, esa responsabilidad siempre deriva de la actuación de una persona física, sea directivo o subordinado.

La presencia de esos programas se presenta como vía para excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues “ésta” habrá hecho lo posible para que las personas físicas que la gobiernan o la sirvan no delincan. Se puede comprobar como la innumerable publicidad que han emitido los nuevos “especialistas” en compliance, incluye, como mensaje esencial, la virtud escapular de exonerar de pena. Tales programas despliegan la misma función tanto en relación con los delitos dolosos como con los delitos imprudentes. Lo cual, por sí solo, constituye una anomalía dada la diferente configuración del actuar doloso y del actuar imprudente.

Frente a la decisión dolosa de delinquir no es mucho lo que puede hacer un programa de cumplimiento corporativo con sus detecciones de riesgos y sus medidas preventivas. Si el que delinque es el que tiene máximo poder en la empresa, y de ese delito se beneficia la empresa, no sería injusto extender a ésta la responsabilidad penal, pero para eso no se debiera precisar de ningún programa de compliance.

Si el que delinque es un subordinado, que, también dolosamente, ha cometido un delito, aunque sea en beneficio de la empresa, imputar a ésta porque no ha sabido evitarlo con un programa de prevención de riesgo, y sin haberlo propiciado directa o indirectamente, resulta excesivo y hasta injusto. Bastante será que deba, en su caso, asumir la responsabilidad civil correspondiente.

Más complicada es la situación cuando se trata de delitos imprudentes, pues éstos, en sí mismos, *son por naturaleza la infracción de una norma de prevención*. Esas normas de prevención y cuidado pueden ser violadas por una o por varias personas, en relación horizontal o vertical. Patrimonialmente, las empresas responderán en todo caso, y, además, al margen de que esté prevista para ellas la responsabilidad penal de personas jurídicas.

Lógicamente, en los supuestos de imprudencias concatenadas de directivos y subordinados, en los que, efectivamente, la imprudencia originaria del directivo podrá ser no controlar la actividad de los subordinados, se darán motivos suficientes, en caso de graves consecuencias, para sancionar penalmente a las empresas con multas o cierres, además de la responsabilidad patrimonial.

A la vista de todo ello podemos concluir que habrá que estar a la interpretación que pueda hacer la jurisprudencia de la regulación legal. La omisión del deber de controlar a los subordinados es un elemento de la acusación de imprudencia, *pero para eso no se necesitaba una compleja regulación de la RPPJ*, pues, desde el punto de vista político-criminal, habría bastado la dogmática de la imprudencia para imputar a cadenas de personas físicas, dejando para la persona jurídica la responsabilidad *patrimonial* o, eventualmente, la consecuencia accesoria de suspensión o cierre.

Surge después la preocupación por evitar que la persona jurídica se vea en el trance de sufrir las consecuencias de conductas dolosas que, en provecho de ella, han realizado personas físicas. La idea esencial es que se pueda proclamar a los cuatro vientos que “ella” (la persona jurídica) no quería que eso pasara, y la prueba está en los catecismos que rigen sus actividades.

El problema penal de las compliance se produce, en realidad, por la excesiva función que se les ha dado, que, con la sola excepción italiana, no tiene parangón en el derecho comparado. Hasta ahora son pocas las condenas a personas jurídicas. Menos aún, los fallos que valoran la importancia de un programa de cumplimiento.

Desde esa realidad es evidente que la atención y dedicación que recibe el tema de las compliance es realmente excesivo.

Pero vamos a examinar el camino por el que hemos llegado hasta aquí.

2. LA LLEGADA DE LA CULTURA DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

Los programas de cumplimiento normativo de las empresas son una nueva institución jurídica – no especialmente del derecho penal - desarrollada particularmente a partir del último cuarto del S.XX, especialmente en el mundo anglosajón, que ha ganado valoración generalizada, especialmente en el mundo de las organizaciones empresariales y de las relaciones entre empresas.

Existe amplio consenso acerca de que la presencia efectiva de programas de cumplimiento, o *compliances*, proporciona a la empresa una suerte de “garantía” de calidad frente a terceros, para el mercado, para quien quiera confiar o invertir en ella, o adquirirla. La llamada “cultura o ética de *compliance*” es, pues, un valor añadido que, por supuesto, se integra en el valor total de la empresa, y esa es una idea sobre la que reina concordia en el mundo occidental.

La importancia de los programas de cumplimiento normativo o *compliances* en el mundo empresarial de nuestro tiempo está fuera de duda. El fomento de la ética empresarial es un valor que el derecho ha de proteger, pues es bueno para los miembros de las empresas y para sus relaciones con terceros (clientes, otras empresas, bancos, compañías aseguradoras, fisco).

Los programas de cumplimiento *no irrumpen en un espacio vacío*, pues son muchas las normas legales y reglamentarias que disciplinan la actividad de las empresas. Otra advertencia: los modelos organizativos o códigos de prevención de riesgos, no son relevantes exclusivamente para el derecho penal, y, a partir de ahí, la capacidad de una *compliance* para evitar que la empresa sea imputada penalmente.

Pero la significación de un programa de cumplimiento normativo y su auténtica importancia y dimensión es muy superior a eso: un modelo de prevención de riesgos lo puede necesitar una empresa simplemente para estar presente en el mercado, *porque se lo exigen los otros participantes* en el mismo, desde potenciales clientes o aliados, hasta el sistema bancario, o para cumplir con exigencias de la Administración, que puede condicionar la autorización de una actividad a la existencia de un plan de prevención, o, a no olvidar, porque así se lo exija cualquier aseguradora como condición para aceptar el contrato de seguro.

Contemplada así la cuestión, no puede haber obstáculo alguno en celebrar su existencia, no sin recordar que la *dimensión de esos programas* variará según sea el derecho privado o público que en cada país discipline la actividad de la empresa y, en segundo lugar, pero no en importancia, según *la clase de empresa u organización humana reconocida por el derecho que podrá aceptar y acoger un programa de cumplimiento normativo*.

En nuestro tiempo se está queriendo extender el régimen de las *compliance* (los programas de cumplimiento) a las Administraciones públicas, a las personas jurídicas que no son empresas, a los Partidos políticos y a los Sindicatos, y todo eso topa con dificultades en muchos casos insalvables.

3. LA OBSESIÓN POR LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Aunque empiezan a verse síntomas de enfriamiento, posiblemente acrecentados por la imputación directa de directivos de importantes empresas para los que

de nada ha servido contar con programas de cumplimiento normativo, es indudable que, en España, en los últimos años, se despertó una *incomprensible* pasión que va descendiendo lentamente por las cusas que luego diré.

Uno de los aspectos más llamativos de la pasión por los programas de compliances ha sido el florecimiento de *especialistas en compliance penal*, la mayor parte de los cuales, por cierto, no son especialistas en derecho penal, lo cual resulta un tanto extraordinario, puesto que, a pesar de que ese aspecto no se suele destacar, los sistemas de compliance *no nacieron para el derecho penal, sino que solo son, y no es poco, un modo de organización del funcionamiento de las empresas*. En ese ambiente de entusiasmo por la cuestión se ha ido expandiendo la idea de que los programas de esa clase son tan necesarios como el permiso para conducir o la licencia de apertura de un establecimiento, o la garantía de seguros de riesgo, por no pensar en su primordial función que es la evitación de que se pueda imputar un delito a una empresa.

Es sin duda una equivocación asociar la función de los programas de prevención de riesgos al derecho penal, pero eso han hecho muchos penalistas españoles que han llegado a sostener que las compliances *marcan una nueva era del derecho penal*, lo cual es sencillamente una exageración que deforma el tamaño de la materia y conduce a señalados errores que luego indicaré, adelantando uno que es, además, el más grave: el empeño en tomar posición acerca de un problema que se genera, precisamente, por la exageración, que es el debate sobre la *capacidad que ha de tener un programa de compliance para evitar que la empresa sea imputada penalmente*.

Consecuencias naturales de la exageración de la función de los programas pueden imaginarse fácilmente:

- a) La empresa que carezca de un sistema de compliance es como un sujeto no vacunado que circula por un ambiente lleno de enfermedades
- b) La compliance es un escudo protector para el caso de que en el ámbito de la empresa en el que exista un programa de cumplimiento normativo se cometa un delito
- c) Si una empresa se ha dotado de un programa “objetivamente” bueno será injusto imputarle RPPJ, pues ha hecho todo lo que de su parte era posible.

¿Quién tiene la culpa de que se haya alcanzado tanta exageración?

Para responder a esa pregunta creo que lo primero que debe hacerse es reparar en que las primeras ofertas de modelos de compliance que circularon por las redes y por el mercado, *no estaban inspiradas por penalistas*, al menos, en una muy buena parte, eso quiere decir que se registró una especie de *nacimiento de un negocio*, que

se ponía en marcha sin reparar especialmente en lo que suponía encajar el derecho penal una figura como la de la *compliance* y, sobre todo, con la pretendida función de exonerar de penas.

Esa presentación – y a la publicidad me remito – no se hizo desde la ciencia penal. Los penalistas no son los culpables de esa peculiar manera de presentar lo que son los programas de cumplimiento normativo, las *compliances*, que pronto fueron adjetivadas como “*penales*” desde extramuros de la ciencia penal, y abiertamente se habla de una figura, la “*compliance penal*”, que, solo por esa denominación, deja en la penumbra lo que es un programa de cumplimiento normativo y su auténtica importancia y dimensión.

Cuesta mucho luchar contra ese primer y nuclear error, pues los programas de *compliance* no solamente tienen esa función “penal”, que es solo una más de las que se les atribuye, y que, en el derecho comprado, no es *ni siquiera la principal*. Un modelo de prevención de riesgos lo puede necesitar una empresa simplemente para estar presente en el mercado, porque se lo exigen los partícipes en el mismo, desde potenciales clientes o aliados, hasta el sistema bancario, o para cumplir con exigencias de la Administración, que puede condicionar la autorización de una actividad a la existencia de un plan de prevención, o, a no olvidar, porque así se lo exija cualquier aseguradora como condición para aceptar el contrato de seguro.

¿Hubo una razón? Evidentemente que sí: la regulación por el Código penal del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ), sistema en el que la presencia de un sistema de prevención de delitos aparecía y aparece como el filtro más importante para evitar la imputación de la empresa.

Más la fuerza de esa función ha diluido otras misiones tan o más importantes que eso: con los programas de *compliance* se persiguen importantes finalidades, que son mucho más dilatadas que el objetivo de prevención frente a la posible RPPJ.

Con esos programas se pretende que el funcionamiento de las empresas sea adecuado a las exigencias del derecho y de la coexistencia con otras empresas, amén del respeto a los ciudadanos. Para elaborarlos – y no voy a entrar en el detalle de cómo se confecciona un programa – se realiza la adecuada “radiografía” de la empresa, se relacionan las fuentes de riesgo de comportamiento inadecuado, las necesidades de control, las prevenciones necesarias en todos los campos (por ejemplo: selección de personal, formación del personal, selección de proveedores, control de calidad de los productos que se adquieren, gestión de ingresos y pagos, higiene en el trabajo, relaciones con otras empresas, rigor contable, mecanismos de cobro, etc.).

4. LA LLEGADA DE LAS COMPLIANCES AL CÓDIGO PENAL

Como he dicho antes, los programas de organización y gestión empresarial, denominados a veces con su nombre inglés de programas de *compliance*, se extienden en España a raíz de una causa *indirecta*, a saber: la entrada en el Código penal de la regulación de la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ).

Esa clase de responsabilidad fue introducida en el Código penal (CP) por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, derivada de los delitos cometidos en su nombre o interés por sus representantes, administradores de hecho o de derecho, trabajadores o empleados.

Poco después, a través de una nueva Reforma del CP de julio de 2015, se introdujeron en el CP modificaciones precisamente en el régimen de la RPPJ, que incluían atenuaciones y exenciones de penas para las personas jurídicas a partir de la expresa condición de que las empresas se dotaran de programas de organización y control.¹

Esas exenciones se vinculaban a que persona jurídica contara con un “modelo o programa de prevención de delitos”. Si ese programa podía considerarse suficiente y adecuada, cabría la exención de responsabilidad. En caso de que fuera insuficiente, solo podría apreciarse una atenuación de la pena imponible.

El sistema regulador de la RPPJ parte necesariamente de un punto central: *analizar las condiciones bajo las cuales cabe apreciar esa imputación de responsabilidad*, que, en caso de duda, han de ser restrictivamente interpretadas, *cual si partiéran-*

1 La Reforma introducía en el CP (artículo 31 bis-5 CP) las *características que debían tener esos programas*, diciendo que:

- 1.º *Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*
 - 2.º *Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.*
 - 3.º *Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*
 - 4.º *Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*
 - 5.º *Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.*
 - 6.º *Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.*
- Dado que existe una indicación legal que es vinculante, los programas de cumplimiento o *compliances*, deberán, *como mínimo*, dar respuesta a esos requisitos.

mos de la idea de que la regla es que no hay responsabilidad penal para persona jurídica salvo excepciones.

La base legal de la RPPJ es fijada por la ley (art.31 bis 1 CP) en estos términos: Las personas jurídicas “*serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de estas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos 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*”

Por lo tanto, se excluyen los casos en los que se obre en provecho del propio actuante por más que haya actuado en nombre de la persona jurídica a la que representa. Aquí se inserta un problema: en algunas (pequeñas) sociedades, dependiendo de su tamaño, el beneficio de la Sociedad y el de quien manda en ella se confunden en buena medida, pero eso no ha de ser motivo para descartar la RPPJ.

Es fácil comprender que no cualquiera puede estar en condiciones de actuar como si su voluntad fuera la de la persona jurídica misma, y ahí se sitúa el problema de seleccionar o configurar la clase de persona física que puede determinar con su conducta la responsabilidad de la persona jurídica.

Desde la Reforma de 2015 el CP se intenta precisar “mejor” quiénes son las personas cuyos actos pueden arrastrar la RPPJ, y selecciona a los sus *representantes legales* o por *aquellos 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*. No se menciona a los administradores de hecho. La cuestión no es menor, pues deja fuera de la regla los casos en los que la decisión delictiva la toman quienes tienen el poder material, aunque no ostenten cargo alguno en la Sociedad o Empresa.

El factor humano en la configuración de la imputación del hecho a la persona jurídica exige y permite la verificación del dolo o de la imprudencia que exija un tipo de delito, actitudes subjetivas que han de concurrir en la «inteligencia» de la persona física, que son las que soportan esa imputación subjetiva y la declaración de culpabilidad.

La transferencia de responsabilidad a la persona jurídica vendrá *determinada por la presencia del interés de esta o la contribución de su desorganización y su descontrol a que el delito se haya podido cometer.*

La siguiente característica del sistema de RPPJ del CP español es que la responsabilidad de la persona jurídica *es propia*, aunque su fundamentación esté necesariamente vinculada a las acciones de las personas físicas que las gobiernan y que por ellas y para ellas actúan, dominando su voluntad y sus decisiones en el mercado y en la sociedad.

5. LA RPPJ POR DESCONTROL: LA FUENTE LEGAL DE LAS COMPLIANCES. CRÍTICA A LA CULPABILIDAD POR DEFECTO DE ORGANIZACIÓN

Por diversas causas, en el sistema *español se ha dado más importancia a la aparición de la RPPJ en derivación de conductas de los empleados que a la generada por decisiones de los altos directivos*. La RPPJ puede venir determinada por dos vías diferentes: la actuación directa de los sujetos antes citados o la actuación descontrolada de un subordinado de éstos².

De ese modo se establecen *dos criterios de imputación* de RPPJ: el primero es el de la cuando los delitos han sido cometidos por las personas que tienen el poder de decisión máximo en la persona jurídica las que han realizado los actos, por sí mismos o a través de sus empleados, y *un segundo criterio de imputación de RPPJ, cuando el delito se haya podido producir a causa de que los dirigentes de la persona jurídica no ejercieron sobre sus subordinados la supervisión, vigilancia y control a los que estaban obligados para evitar que aquello sucediera*.

En relación con esto debe hacerse una puntualización: un significativo sector doctrinal entiende que el régimen de las compliances *también se ha de aplicar a los altos directivos*, lo cual no se deriva del texto legal. Según ello, si el alto directivo hace algo *que según el programa de cumplimiento no debió hacer* la Empresa también debe ser exonerada de responsabilidad penal.

La conclusión sería que los programas de compliance tendrían un *alcance general para todo lo que se haga desde la empresa*, y esa conclusión es, en mi opinión, un modo indirecto de descartar toda posibilidad de atribución de RPPJ, ni a partir de las decisiones de los máximos mandatarios ni a partir de actuaciones descontroladas de subordinados.

La reforma que se hizo en el CP en el año 2015 estaba claramente orientada no a mejorar el régimen de la RPPJ, sino directamente a *aguarlo*, sin perjuicio de que se pueda aceptar que el primer planteamiento del tema (en el año 2010) estaba plagado de defectos. Por el camino (entre 2010 y 2015) se cometió otro desatino: *extender el régimen de la RPPJ a los Partidos políticos y a los Sindicatos*, cosa que decidió la reforma introducida por la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, dando lugar a un debate que aún no se ha cerrado³.

2 El art.31 bis 1. b) CP declara que *la persona jurídica responde de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto 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 haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*.

3 El legislador español, empujado por motivos demagógicos, decidió ampliar la RPPJ a los Parti-

La justificación de la reforma es que no estaba claro qué cosa significaba lo del “debido control” sobre los subordinados, y, en paralelo, una interpretación – por cierto, poco conocida – que señalaba que esa imputación en base a la omisión del debido control suponía una puerta abierta a una responsabilidad vicarial y, queda por añadir, “objetivizada”.

Repito: el fin de la modificación legal parecía ser hacer casi imposible la RPPJ así como *a favorecer la implantación de sistemas de organización, que a su vez*

dos políticos sin reparar en las particulares dificultades que eso suponía, y sin apenas añadir regla alguna complementaria que permitiera adaptar el régimen común de la RPPJ a la naturaleza y las funciones constitucionales de los Partidos. Tal vez sea el régimen de las *penas aplicables* el que muestra más claramente la poca perspectiva que tuvo el legislador penal, acostumbrado a pensar en un solo problema: el terrorismo y los Partidos que daban cobijo a organizaciones terroristas o que, simplemente, eran continuidad de ellas. Cuando irrumpe el fenómeno de la corrupción, que se manifiesta de modo totalmente diferente, la aplicación de aquellas ideas resulta inviable. El análisis de las penas previstas en el CP para las personas jurídicas, cuando se hace pensando en esas han de ser también las penas imponibles a Partidos políticos, conduce a conclusiones realmente negativas. Posiblemente, el error de partida, una vez tomada la decisión de extender a los partidos el régimen de la RPPJ, fue no establecer un catálogo específico de penas que tuviera en cuenta sus peculiaridades (presencia institucional, extensión territorial, estructura interna, modo de adopción de decisiones, etc.) así como su indudable condición constitucional de representantes de la voluntad popular.

Hay penas impracticables en el modo en que se anuncian (como la disolución), o, simplemente, absurdas, como es el caso de la pena de intervención judicial de un Partido, que se vería dirigido por un administrador nombra por la jurisdicción penal. La especial relevancia constitucional de los partidos obliga a interpretar el sistema de penas en consideración a la misma y la especial protección de las funciones que se les reconocen. Por este motivo, el catálogo de penas aplicables a los Partidos no puede deducirse mecánicamente del art. 33.7 CP, sino que debe interpretarse, restrictivamente, a la luz de la Constitución. La entrada de la posibilidad de imponer penas a partidos políticos por la vía de la RPPJ ha marcado, sin duda, un hito en la historia penal española, pero solo un *hito aparente*. Es cierto que hasta la Reforma del CP los Partidos políticos *como tales*, no podían ser destinatarios de las penas, aunque pudieran serlo sus dirigentes si se les acusaba de la comisión de un delito como, especialmente, el de asociación ilícita, que podía acarrear la disolución del Partido, pero esa medida no era una pena, sino una consecuencia de la apreciación del delito.

Dentro de la RPPJ destaca, por su concreta vinculación a los Partidos políticos, lo dispuesto en relación con el concreto delito de financiación ilegal, materia en la que, hasta que se incluyó ese delito en el Código penal, la única consecuencia sancionadora era la multa que pudiera imponer el Tribunal de Cuentas en caso de que se descubrieran irregularidades en la recepción o aplicación de dinero por parte de los Partidos. Ese delito de financiación ilegal ofrece una buena muestra del divorcio entre el legislador penal y *la realidad del régimen jurídico de los Partidos políticos*. Ello se ve con especial claridad en los que se refiere a las que se presenta como “la pena más grave” que se puede aplicar a un Partido, que es la disolución. Pues bien: **esa pena de disolución es inaplicable**. En este punto es fundamental lo que dispone la Ley de Partidos que prevé en qué supuestos pueden disolverse, por lo que debe ser considerada *lex specialis* respecto del Código penal.

se plasmen en códigos de buenas prácticas, normas de conducta o programas de prevención, lo cual a buen seguro alegró a muchos profesionales de la materia, y aquellos que, firmes creyentes en los sistemas de *compliance* están convencidos de que la sola existencia de esos sistemas de prevención *puede y debe* actuar como cortafuegos bastante para evitar que la actuación de individuos concretos, cualquiera que sea su poder decisor, y que eso pueda transferir responsabilidad penal al ente en cuyo interés actúan. Si los sistemas de prevención no dan el resultado perseguido, solo cabrá lamentarlo, pero, en todo caso, dejando a salvo la responsabilidad de la empresa, que habrá hecho cuanto en su mano estaba para evitarlo.

Cuando critico la fe en los sistemas de *compliance* que algunos penalistas tienen, no es porque sea partidario de un sistema de atribución de RPPJ objetivizado y vicarial, sino que el punto de partida es otro: *no debió incorporarse al derecho penal positivo la llamada culpabilidad por defecto de organización o responsabilidad por descontrol*, que puede tener un sentido en el derecho sancionador administrativo, pero no en el derecho penal, y, menos aún, en el derecho penal europeo continental.

Otra cosa sería en modelos anglosajones en los que, precisamente por la posibilidad de declaración directa de responsabilidad penal de una empresa por su desorganización y descontrol (*Unlawful Organizational Behavior*), esos sistemas de “prevención de la responsabilidad”, tienen otro sentido. En cambio, en el derecho penal europeo continental es difícil encontrar sistemas reguladores de la RPPJ que, a su vez, incluyan en la Ley penal un sistema de exclusión de responsabilidad por contar con modelos de organización, como acaba de hacerse en el derecho penal español.

Como he dicho antes, los sistemas de *compliance* son frecuentes en los sistemas de *common law*, pero no en los europeos; aunque solo sean ejemplos, no lo hay ni en Francia, ni en Alemania, ni en Dinamarca ni en Holanda. Pese a eso, es cierto que en algún caso concreto se ha ido abriendo paso la idea de que el desorden organizativo era el fundamento de la imposición de las *sanciones administrativas a las Empresas*. Esa idea, atribuida originariamente a Tiedemann ha ido asentándose y algunos ven en ello el principio básico para la declaración *directa* de responsabilidad administrativa empresarial, que es *algo del todo diferente de la responsabilidad penal*.

Esa vinculación a la responsabilidad administrativa empresarial es importante, porque en ese terreno sí tiene sentido que el fundamento de la responsabilidad sea el descontrol. Y por eso mismo, el error (para otros, acierto), se cometió con la Reforma de 2010, cuando ésta decidió introducir la segunda vía de imputación de RPPJ: la de no haberse ejercido el “debido control”, de la que hubiera podido prescindirse, pues era, y *seguirá siendo* una fórmula jurídica que mal se acomoda al derecho penal, como se ha ido poniendo de manifiesto en los pocos años que lleva

en vigor. Se ha dicho que la norma introducida en 2010 generaba una posición de garante que recae en todas las personas jurídicas en relación con las acciones u omisiones de sus miembros, lo que equivaldría a introducir un supuesto específico de *omisión impropia*. Las fuentes del deber de controlar pueden buscarse en el derecho de Sociedades, y eso fue históricamente el fundamento de la responsabilidad civil establecida en los arts.120 3º y 4º del Código penal español.

Mas con esas solas “fuentes” es evidente que no bastaría para configurar una base de imputación por una pseudo-omisión impropia, y surge así la idea de que las empresas se doten de códigos de conducta preparados para evitar que se produzcan esas consecuencias.

A todo esto, se elude un punto crucial: que la RPPJ se concibe en general para delitos dolosos, con la excepción de los delitos ambientales y de la modalidad imprudente del blanqueo y quiebra, y los dolosos se compadece mal con la ideología de la prevención y el cuidado (delito *doloso* que se comete infringiendo normas de prevención), pues en relación con los delitos dolosos la máxima *compliance* es el Código penal. Ya sé que los partidarios del sistema *compliance* no desprecian ese hecho, sino que estiman que un buen sistema de prevenciones hace *muy difícil* que un delito *doloso* se pueda cometer. Naturalmente que se puede fortalecer el mandato o prohibición derivado del CP (p.e.: prohibir a los empleados aceptar *cualquier clase* de regalo de los clientes o proveedores, como modo de mantenerse lejos del ámbito típico de la corrupción privada, u prohibir la aceptación de pagos de no residentes o en metálico, para dificultar el blanqueo), pero eso no impedirá la ejecución de la decisión de delinquir, y, a la inversa, el no haber puesto énfasis, por ejemplo, en prohibir el cobro en metálico o sin factura, no parece *fundamento suficiente* para abrir paso a la posibilidad de derivar RPPJ.

La llamada *culpabilidad por defecto de organización* no puede entenderse – como algún autor sugiere - como una especie de responsabilidad en comisión por omisión de la persona jurídica “garante”... de que no se cometan delitos dolosos, porque eso es absurdo en muchos casos. El reglamento interno puede, por ejemplo, prohibir aceptar regalos de los proveedores orientados a la corrupción en el sentido del art.286 bis CP, pero cuesta imaginar qué clase de control puede impedir que un empleado entre dolosamente en el ámbito típico sea ofreciendo o aceptando; y el mismo razonamiento se podrá hacer en otros casos. No quiero con ello decir que no quepan supuestos en los que la supervisión constante haga difícil la ejecución de un plan delictivo, pero *lo que hay que evitar es cualquier clase de automatismo en la derivación de RPPJ por actuación de un empleado* en nombre de que todo se puede impedir con el debido control.

Puede aceptarse – sostener otra cosa sería absurdo - que en una Empresa puede haber descontrol. Y eso podría justificar *una* responsabilidad de la empresa por su

“desorden estructural”. También es cierto que la conducta negligente de los responsables del control puede *facilitar la conducta delictiva de otros*. Sería incluso aceptable que se pudiera establecer una imputación de imprudencia cuando la falta de control coincida con comportamientos imprudentes (p.e.: no se revisan técnicamente los vehículos de transporte de tóxicos y eso facilita que se cometa una imprudencia con resultado de vertido; no se lleva con rigor la contabilidad y eso propicia una mala conducta tributaria): aun cuando no se pudiera trazar una relación precisa entre la falta de cuidado de los responsables de la empresa y el suceso, podríamos aceptar *como creación de la política criminal contemporánea*, tal como desde hace tiempo se hace en el derecho norteamericano, una vía de imputación de responsabilidad penal, bajo lo que tal vez podría clasificarse como “nueva forma de culpabilidad”, lo cual queda muy lejos de la imputación de un delito doloso.

En derecho español (art. 120 3º y 4º CP) existe la posibilidad de declarar la responsabilidad civil subsidiaria de las Empresas por la actuación de sus empleados, ya sea porque se ha permitido la infracción de reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad, ya porque el hecho delictivo se haya producido precisamente en el cumplimiento de sus obligaciones o servicios.

Pese a que se trata de responsabilidad civil, y por lo tanto no se puede poner en posición paralela a la responsabilidad penal por defecto de organización, es innegable – salvo para quien se empeñe en negarlo – que se trata de reglas, cuando menos, parecidas. Por supuesto que las determinantes de responsabilidad civil podrían ser puestas al día, pues es patente su vetustez, y posiblemente sería más correcto que se tratara de responsabilidad solidaria y no subsidiaria.

También es comprensible que el descontrol en el funcionamiento de una empresa, en el marco de cuya actividad se ha cometido un delito, pudiera bastar para la imposición de sanciones administrativas vinculadas al hecho, y no sería escandaloso que esa responsabilidad conviviera con la responsabilidad penal, como de hecho ya empieza a admitir el Código (así puede derivarse de lo previsto en el art.305-5-CP tras la reforma operada por la LO 7/2012) Más aún: hasta sería comprensible que el descontrol fuese, siguiendo la tesis de Tiedemann, el fundamento de la responsabilidad administrativa directa de la Empresa.

6. OTROS PROBLEMAS DE LOS PROGRAMAS DE ORGANIZACIÓN Y CUMPLIMIENTO CORPORATIVO, Y OTRAS POSIBLES FUNCIONES

La posible RPPJ se prevé, en general, en derecho español, para una relación, no muy larga, de delitos dolosos, pero también está prevista la declaración de responsabilidad de la persona jurídica *por imprudencia* en delitos ambientales, blan-

queo de dinero, delito de quiebra culposa y delito de contribución imprudente a la financiación del terrorismo.

Lo doloso se compeadece mal con la ideología de la prevención y el cuidado, pues contradice los conceptos dogmáticos el hablar de un delito doloso que se comete “infringiendo normas de prevención”, pues en relación con los delitos dolosos *la función de prevención general la despliega el Código penal*, en su condición de norma *conminatoria* y no un programa de compliance.

Los incondicionales de las virtudes de los programas de cumplimiento sostienen que un buen sistema de prevenciones hace muy difícil que un delito doloso se pueda cometer, lo cual es una afirmación de difícil demostración, sobre todo cuando ya se ha cometido, *pues es solo entonces cuando jurisdiccionalmente deberá examinarse la eficacia del programa de prevención*. Por lo tanto, por su propia naturaleza, *todos los casos que se enjuicien serán supuestos en los que el programa de prevención ha fallado*, y, siendo así, lo único que pueden decidir los Tribunales es que la empresa “hizo todo lo posible, de su parte, para evitar que aquello sucediera”, pero nada más.

Vista así la cuestión resulta aún más descabellada la pretensión de un sector doctrinal de considerar que, cuando exista un programa de prevención de riesgos, ese programa, *en relación con la tipicidad del correspondiente delito actuará como “elemento negativo del tipo”*. Con independencia de que se comparta la teoría de los elementos negativos (que yo, concretamente, no comparto) entiendo que esa es una pretensión absolutamente inadmisibile:

- a) Porque implica, nada menos, la consideración de que las conductas generadoras de RPPJ, mediando un programa de prevención de riesgos han de ser consideradas *atípicas*.
- b) Incluso rechazando la teoría de los elementos negativos del tipo, tampoco cabe tratar a los programas de compliance como causas de justificación o exculpación, que configuraría *ex ante* el propio hipotético futuro acusado.

La pretensión de elevar a los programas a la condición de garantía de automática exclusión de la responsabilidad penal de la empresa *es la que realmente abriría la puerta a una nueva época del derecho penal*, pero eso no puede admitirse porque supone incluso la *exclusión de las funciones de las tipicidades penales y de la jurisdicción penal* en su monopolio y obligación de examinar lo sucedido en cada caso.

Así las cosas, y rechazando *por principio* que la función de las compliances sea pura y simplemente es evitar las penas, pues esa será una consecuencia, como máximo, *adicional*, sin poner en duda su importancia, pues lo esencial es hacer que la empresa actúe de acuerdo con el derecho. La dimensión relativa a la fuerza

exonerante del castigo habrá que tratarla como problema propio del régimen de las excusas absolutorias en relación con la punibilidad.

7. OTRAS POSIBLES FUNCIONES DE LOS PROGRAMAS DE PREVENCIÓN

Me he referido antes a la eficacia que la presencia de programas de prevención de riesgos ha de tener en orden a evitar la imposición de sanciones administrativas, materia muy importante, tanto o más que los riesgos de responsabilidad penal (RPPJ). La legislación administrativa es prolija en la exigencia de sistemas de seguridad y prevención como condición imprescindible para la autorización de actividades que comportan riesgos. Solo eso justificaría sobradamente la importancia de los problemas de prevención y control, que, en cambio, son fuente de dudas en cuando a su eficacia cuando se los traslada al derecho penal.

He repetido a lo largo de estas pocas páginas, que los programas de organización y gestión buscan el fomento de una “cultura de cumplimiento”, que genere la confianza en que las empresas sean autorresponsables y buscan la excelencia en su funcionamiento interno y externo, y no solo servir para evitar la RPPJ, si diera uno de los delitos en que está prevista esa posibilidad.

Por eso es incorrecto decir que en relación con aquellos delitos *para los que la RPPJ no está prevista*, contar con un modelo de organización y gestión es irrelevante, pues la responsabilidad será solo personal y se regirá por las reglas de la participación criminal. La “cultura de compliance”, tan valorada en muchos documentos (p.e., el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas) no puede limitarse a la mentada función de coraza. Pues bien, hay una *contradicción*, la que se da entre el *deseo de fomentar la autorresponsabilidad empresarial y la subsistencia de fuentes de responsabilidad objetiva*, frente a las que de nada sirve el esfuerzo de organización y control.

El Código penal español dispone, en su art. 116.3, que *la responsabilidad penal* de una persona jurídica *llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código* de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos. Entre esas personas estarán, es claro, altos directivos o subordinados que no han sido debidamente controlados. Si se ha declarado la RPPJ, se trata de una responsabilidad civil directa y solidaria, impuesta a una empresa que no hizo lo debido para evitar el daño.

Sin RPPJ no cabrá la responsabilidad civil directa (art. 116.3 CP) de la empresa, *pero sí, la responsabilidad civil subsidiaria (RCS)* en los supuestos contemplados en el art. 120 CP. En esos casos ¿será útil un modelo de organización?

Imaginemos que una empresa, involucrada en un delito que no pertenece a la lista de los que pueden generar RPPJ, cuenta de todos modos con un modelo de

organización y control. Tal vez, ese modelo se habrá adaptado, a través del correspondiente *mapa de riesgos*, a los delitos que pueden generar RPPJ, prescindiendo de otros. Pero también cabe pensar en un modelo de gestión que se haya elaborado contemplando un abanico de delitos mucho más amplio, pues la lista puede aumentar si el legislador lo decide. En esos casos, la presencia de programas de cumplimiento normativo no será fruto de una advertencia legal, como la que hace el art. 31 bis-4, sino simplemente será la *expresión del deseo de garantizar un buen hacer en la actividad de la empresa*, sin pensar en la promesa de exención de responsabilidad penal como la del art.31 bis-4.

¿Quiere eso decir que la *compliances* no servirán para nada? Las compliance, como he dicho antes, no nacen originariamente para evitar la responsabilidad penal, sino con objetivos mucho más amplios. Si no cabe RPPJ ni la responsabilidad civil directa, solo cabrá la RCS del art.120 CP, la cual, según el art.120 3º CP (delitos cometidos en los establecimientos), depende de que el delito haya ido precedido de *un negligente o nulo cumplimiento de los reglamentos de policía* para prevención de esa clase de riesgos. El art.120- 4º CP, en cambio, declara la RCS de la empresa, *sin excepción alguna*, por los delitos cometidos por sus empleados, dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

Si la empresa tiene un programa de organización y gestión, podría plantearse su significación, pues un programa de esa clase lo primero que incluirá será el recuerdo de las *obligaciones y prohibiciones reglamentarias*, que también quedarán sometidas *al control interno de cumplimiento*. Una *compliance* de así construida podría exonerar de la RCS en el supuesto del art.120-3º. Pero en relación con el supuesto del art.120-4º, porque, *se dice*, el fundamento de esa regla es la *culpa in eligendo*, con un peculiar añadido: *sin admitir prueba en contrario*. Por lo tanto, por más que el modelo de organización incluyera un riguroso sistema de selección de personal, *de nada serviría*, pues, para la *doctrina y jurisprudencia dominantes* esa culpa *se afirma iuris et de iure*, a diferencia de la culpa regulada en el Código civil o de lo que el propio CP penal establece para la RCS de padres o tutores. Así las cosas, mejor sería no decir que su fundamento es la culpa *in eligendo*, pues no hay componente culpabilístico alguno, como sí sucede con la culpa extracontractual, aunque sea con la inversión de la carga de la prueba.

Se dice que eso es así por el bien de las víctimas, pero no es justo, pues si se quiere fomentar la cultura de la autorresponsabilidad, convendría evitar reglas que hagan que eso sea un esfuerzo baldío. La protección a las víctimas, en un Estado social, ha de producirse sin recurrir a la responsabilidad objetiva.