

# derecho penal

Febrero, 2012

## **PROGRAMAS DE PREVENCIÓN DE DELITOS COMO “MEDIDAS EFICACES” ANTE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA**

Al cumplirse un año de la reforma del Código Penal, resulta oportuno hacer balance de su repercusión y de las novedades que han ido surgiendo en estos primeros meses, incluyendo las medidas adoptadas en el marco de la RSE de las empresas. La presente nota tiene por objeto sintetizar los acontecimientos de mayor relevancia en la materia:

- Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- Implicaciones del artículo 31 bis del Código Penal: el “debido control” y las “medidas eficaces”.
- Doctrina e interpretaciones surgidas.
- Incorporación en las estrategias de RSE de los Planes de Prevención de Delitos como “medidas eficaces”.

### **1. CONTEXTO NORMATIVO Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL**

El 23 de diciembre de 2010 entró en vigor la Ley Orgánica 5/2010, por la que se modificaba el Código Penal en España. Con la reforma, el Derecho Penal español se adaptó a las obligaciones de carácter internacional contraídas por el Estado en el proceso de armonización jurídica europea, a la vez que se alineó con los nuevos requisitos legales y normativos relacionados en el ámbito de la Corrupción y la Integridad (United States Foreign Corrupt Practices Act, UK Bribery Act, OECD & UN Convenios, etc.). Así mismo, la Comunicación de la Unión Europea de 25 de octubre de 2011 sobre la [“Estrategia renovada de la Unión Europea para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas”](#) (RSE) incluye la lucha contra el fraude y la corrupción dentro del concepto de RSE y la Comisión anima a las grandes empresas y a aquellas que presenten un riesgo particular, a llevar a cabo medidas de diligencia debida basadas en el riesgo, dando la relevancia correspondiente a este ámbito en el marco general de la RSE. Por tanto el análisis de riesgos y la prevención en relación con los delitos de las personas jurídicas cobra un papel relevante para las empresas socialmente responsables. Otro de los temas importantes en materia de RSE ya ha sido tratado previamente en otros boletines de Garrigues, como el de Diciembre de 2011 sobre las [“Obligaciones de divulgación de información de carácter social y ambiental por parte de las empresas”](#).

La reforma normativa establecía, por primera vez, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en consecuencia, la derogación del principio *societas delinquere non potest*, hasta entonces uno de los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico-penal.

La imputación penal que plantea la reforma para las sociedades, no excluye la eventual imputación de sus representantes legales o administradores, de manera que, a día de hoy, coexiste la responsabilidad penal, tanto de la persona jurídica como de la persona física, pudiéndose imponer condena a ambas por unos mismos hechos delictivos (o incluso a la persona jurídica en solitario, cuando la persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella).

El nuevo concepto de responsabilidad penal, no es exigible para las sociedades con respecto de cualquier ilícito, sino exclusivamente en aquellos tipos delictivos en los que se establezca de forma expresa, siendo los más relevantes para las compañías delitos tales como los delitos medioambientales, el tráfico de influencias, la revelación de secretos, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, la corrupción entre particulares y en transacciones internacionales, la estafa, la insolvencia punible, el blanqueo de capitales, los delitos contra la ordenación del territorio, o los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, entre otros.

Las penas contempladas en cada uno de los delitos, en el supuesto en que la persona jurídica resulte finalmente condenada, son graves. Implican con seguridad una multa y potestativamente, puede llegarse a sentenciar desde la suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas y contratar con el sector público, hasta la absolutamente drástica –en los casos más graves– disolución de la persona jurídica.

Bajo la redacción del nuevo artículo 31 bis, el Código Penal establece la posibilidad de que cualquier sociedad pueda ser declarada penalmente responsable:

- de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho;
- de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las personas jurídicas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Así, para que una sociedad sea imputada penalmente va a ser un factor esencial, en la mayor parte de los supuestos, la acreditación por parte de la acusación de la falta de “debido control” por parte de la sociedad, de sus administradores, representantes legales y/o trabajadores, convirtiéndose por tanto el “debido control” en un elemento estratégico clave para la defensa de la persona jurídica.

## 2. EL CONCEPTO DE DEBIDO CONTROL Y MEDIDAS EFICACES

El “debido control” es un concepto jurídico novedoso e indeterminado, sin definición legal, y cuya más precisa delimitación debe esperar a la interpretación que realicen jueces y tribunales. En cualquier caso, el legislador contempla la posibilidad de que se atenúe la responsabilidad penal de la persona jurídica si ésta puede acreditar el establecimiento, antes del comienzo del juicio oral, de “medidas eficaces” para prevenir y descubrir los delitos que pudieran cometerse con sus medios o bajo su cobertura, por ejemplo bajo las políticas de RSE de la empresa. De este modo, se introduce, en la propia norma, un criterio de interpretación razonable respecto del concepto “debido control”, del que puede desprenderse que, aquellas sociedades que tomen “medidas eficaces” con anterioridad a la eventual comisión del delito estarán en una mejor posición para acreditar que lo ocurrido – si finalmente se concreta un resultado delictivo– se ha producido a pesar de que se estaba ejercitando un “debido control”. De esta forma, si el resultado delictivo llegase a concretarse, esas medidas resultarían una prueba esencial para demostrar que el “debido control” sí se ejerció, y que, por tanto, en lo que a la responsabilidad penal de la persona jurídica respecta, el comportamiento es atípico y por ello no cabe imputar a la entidad responsabilidad criminal alguna.

En los meses transcurridos tras la entrada en vigor de la reforma penal, la adopción de “medidas eficaces” por parte de las empresas, ha generado distintos debates. La idea que se ha establecido de manera generalizada entre los distintos actores jurídicos es la de que el establecimiento de programas de prevención de delitos en el seno de las empresas puede sin duda resultar útil a la hora de acreditar la existencia de ese debido control. La Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011 ha tratado específicamente y con detalle la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica y ha tratado de manera individualizada la implantación de este tipo de programas en las empresas. Aún cuando hay quien interpretado el texto de la citada circular como un cuestionamiento de la verdadera eficacia, eximente o atenuante, de los planes de prevención de delitos, entendemos que lo que la Fiscalía ha hecho es advertir que la mera existencia de este tipo de programas, por sí sola, no va a permitir que las sociedades eludan sus eventuales responsabilidades. Para ello tendrán que acreditar que esos programas son algo más que un formalismo y que responden a políticas verdaderamente implantadas y en real funcionamiento.

## 3. LOS PROGRAMAS DE PREVENCIÓN DE DELITOS: BENEFICIOS Y CLAVES DE SU DISEÑO

A la vista de este nuevo contexto, conviene que las sociedades establezcan programas de prevención de delitos, incorporando esquemas organizativos y protocolos dirigidos a la prevención y descubrimiento de delitos, de la misma manera que en su día se establecieron estas medidas en materias tales como la prevención de riesgos laborales, la prevención del blanqueo de capitales, o la protección de datos, por ejemplo. Como se ha citado anteriormente, estos programas se alinean completamente con la RSE y pueden formar parte e integrarse en las políticas y estrategias de RSE de las compañías como un medio eficiente para su implementación y mantenimiento en el tiempo.

La implantación de un programa de prevención de delitos contribuye plenamente en la definición y establecimiento de medidas eficaces para prevenir los delitos que pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la compañía. Los beneficios son claros, en especial un programa de este tipo debe permitir a las compañías:

- prevenir la comisión de delitos en su seno;
- mejorar sus opciones de defensa, como persona jurídica, en los procedimientos penales que se incoen a resultas de hechos presuntamente delictivos cometidos a partir del 23 de diciembre de 2010 por sus representantes legales, administradores de hecho, de derecho y trabajadores;
- evitar que se declare su responsabilidad penal con base en la acreditación del “debido control” respecto de las conductas llevadas a cabo por sus representantes legales, administradores de derecho o de hecho o trabajadores;
- disfrutar en el futuro de una razonable seguridad de la adecuación de sus prácticas comerciales al régimen de responsabilidad penal previsto para las personas jurídicas;
- favorecer y promocionar prácticas lícitas, transparentes y éticas en el mercado, favoreciendo la imagen externa de la entidad;
- sensibilizar y formar en riesgos penales a los directivos de la compañía contribuyendo así a prevenir también la eventual imputación penal individual de este colectivo;

En este sentido, la clave en el diseño de un programa de prevención de delitos reside en plantearlo con sentido práctico, asegurando que tanto la organización como las medidas de prevención son eficaces, coherentes entre sí y se adaptan en todos los aspectos a la problemática de riesgos penales concreta de cada empresa. Esta problemática suele representarse en un documento denominado mapa de riesgos, que identifica los riesgos a los que se expone la compañía, los clasifica en función de su relevancia y determina los departamentos en las que éstos pueden materializarse.

En consecuencia, una implantación eficaz y eficiente de un programa de prevención de delitos requiere definir, en función del mapa de riesgos de cada empresa, temas como las medidas de prevención y control a implantar, la eventual necesidad de redactar nuevos procedimientos, el sistema de archivo de los documentos que podrían constituirse en prueba en un eventual proceso judicial, la mejor manera de integrar las actividades de seguimiento e implantación en la organización actual, la periodicidad con la que se revisan los riesgos a los que se expone la compañía, el posible uso de indicadores para el seguimiento del programa de prevención, el esfuerzo a realizar en formación y comunicación o la implicación de más o menos personas en la gestión de los riesgos. Y para que todo lo anterior pueda implantarse de forma efectiva, es también necesario considerar otros factores como la cultura corporativa, la estructura organizativa, el nivel de concentración de la toma de decisiones y la estructura de delegación de poderes, el número y nivel de formación de sus profesionales, etc.

El programa de prevención de riesgos debería configurarse como un sistema de gestión de riesgos penales, es decir, como un conjunto de elementos que establezcan los fundamentos y el soporte organizativo necesario para diseñar, implementar, monitorizar, revisar y mejorar de forma continua las actividades que se desarrollan con objeto de prevenir, detectar y tratar los delitos que eventualmente puedan producirse en la compañía y que puedan ocasionar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El planteamiento anterior, permite la verificación del sistema por un tercero independiente, que podría contribuir a la identificación de áreas de mejora, a ejercer una presión accesorio en la organización para cumplir con los procesos e incluso podría llegar a ser valorado por un juez como una medida de control adicional y como una prueba de que, efectivamente, las medidas de control eran adecuadas y estaban implantadas.

La implantación de un programa de prevención diseñado bajo los parámetros anteriores, genera la seguridad necesaria para los accionistas y otros stakeholders, en relación con los posibles efectos negativos que una eventual sentencia condenatoria podría tener en la rentabilidad, la reputación e incluso en la viabilidad de la sociedad.

La presente publicación contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoría jurídica-fiscal.

© Febrero 2012. J&A Garrigues, S.L.P. quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra, sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.

Para más información:

Contactos:

<b><u>Oficina de A Coruña y Vigo</u></b> Juan Pablo Lerena <a href="mailto:juan.pablo.lerena@garrigues.com">juan.pablo.lerena@garrigues.com</a>	Tel: 981 12 46 30
<b><u>Oficina de Alicante y Murcia</u></b> Pablo de la Vega <a href="mailto:pablo.de.la.vega.cavero@garrigues.com">pablo.de.la.vega.cavero@garrigues.com</a>	Tel: 96 598 22 01 / 968 27 47 27
<b><u>Oficina de Barcelona</u></b> Enric Carulla <a href="mailto:enric.carulla@garrigues.com">enric.carulla@garrigues.com</a>	Tel: 93 253 37 00 Fernando Sánchez-Mora <a href="mailto:fernando.sanchez-mora@garrigues.com">fernando.sanchez-mora@garrigues.com</a>
<b><u>Oficina de Bilbao</u></b> Pedro Learreta <a href="mailto:pedro.learreta@garrigues.com">pedro.learreta@garrigues.com</a>	Tel: 94 470 06 99 Antonio Rego <a href="mailto:antonio.rego@garrigues.com">antonio.rego@garrigues.com</a>
<b><u>Oficina de Madrid</u></b> Gabriel Castro <a href="mailto:gabriel.castro@garrigues.com">gabriel.castro@garrigues.com</a> Roberto García Polo <a href="mailto:roberto.garcia.polo@garrigues.com">roberto.garcia.polo@garrigues.com</a>	Tel: 91 514 52 00 Jesús de la Morena <a href="mailto:jesus.de.la.morena@garrigues.com">jesus.de.la.morena@garrigues.com</a> Laura Santiago <a href="mailto:laura.santiago@garrigues.com">laura.santiago@garrigues.com</a>
<b><u>Oficina de Palma de Mallorca</u></b> Antonio Ivo Pou <a href="mailto:antonio.pou@garrigues.com">antonio.pou@garrigues.com</a> Enric Carulla <a href="mailto:enric.carulla@garrigues.com">enric.carulla@garrigues.com</a>	Tel: 971 21 3484 José Yañez <a href="mailto:jose.manuel.yanez@garrigues.com">jose.manuel.yanez@garrigues.com</a>
<b><u>Oficina de Pamplona</u></b> Juan de la Fuente <a href="mailto:juan.de.la.fuente@garrigues.com">juan.de.la.fuente@garrigues.com</a>	Tel: 948 17 59 37 Aurelio Orrillo <a href="mailto:aurelio.orrillo@garrigues.com">aurelio.orrillo@garrigues.com</a>
<b><u>Oficina de Sevilla</u></b> Luis Molero <a href="mailto:luis.molero@garrigues.com">luis.molero@garrigues.com</a>	Tel: 95 448 93 48
<b><u>Oficina de Valencia</u></b> Josefa Teresa Roselló <a href="mailto:josefa.teresa.rosello@garrigues.com">josefa.teresa.rosello@garrigues.com</a>	Tel: 96 353 66 11 María Teresa Fernández Mateos <a href="mailto:maria.teresa.fernandez.mateos@garrigues.com">maria.teresa.fernandez.mateos@garrigues.com</a>
<b><u>Oficina de Valladolid</u></b> Miguel Costales <a href="mailto:miguel.costales@garrigues.com">miguel.costales@garrigues.com</a>	Tel: 983 36 14 75
<b><u>Oficina de Zaragoza</u></b> Carlos Peralta <a href="mailto:carlos.peralta@garrigues.com">carlos.peralta@garrigues.com</a>	Tel: 976 46 89 46 Alberto Sanjuan <a href="mailto:alberto.sanjuan@garrigues.com">alberto.sanjuan@garrigues.com</a>