

El fraude en la empresa: el sistema de prevención contra los delitos del art. 31 bis del código penal

GABRIELA BOLDÓ

Profesora de la Universitat Pompeu Fabra, Coordinadora del Máster Universitario en Abogacía, Exjueza-substituta

HAI DÉ COSTA

Profesora de la Universitat Rovira i Virgili (URV), Exjueza, socia Judilex

FRUITÓS RICARTE

Profesor del Máster de la Abogacía en la UAB, Exmagistrado, socio Judilex

Fecha de recepción: 1/02/2016

Fecha de aceptación: 27/05/2016

RESUMEN

Con la reforma del Código Penal que entró en vigor el 1 de julio de 2015 la persona jurídica ya no sólo puede ser responsable penalmente por los delitos que puedan cometer sus administradores, directivos o empleados, si tales comisiones la benefician directa o indirectamente, sino que introduce ahora sí y no sólo como una mera atenuación de la responsabilidad, la posibilidad de la exención en caso de haber adoptado un sistema de prevención de delitos. Cómo se adopta tal sistema de prevención, o el cómo, el qué y el quién, trata el presente artículo, mediante un sistema de interrogaciones y respuestas tratando de dar luz sobre una de las reformas más esperadas del Código Penal.

Clasificación JEL: K14; K42; M42; M48

PALABRAS CLAVE

Compliance penal, reforma penal, fraude, detección, sistema de prevención.

ABSTRACT

The regulatory reform of the Penal Code, 1 July 2015, introduces the possibility of exception in criminal fraud as long as the organization had implemented a crime prevention system. A legal entity may no longer be criminally responsible for the crimes directors, officers or employees may commit when they benefit the organization directly or indirectly, if the entity has implemented a mechanism of detection and prevention of fraud. This article analyses how, who and when this prevention system needs be implemented throughout a series of questions and answers that try to clarify one the most expected regulatory reforms.

Classification JEL: K14; K42; M42; M48

KEYWORDS

Regulatory reform, penal compliance, fraud, prevention system.

Introducción: la responsabilidad penal de la persona jurídica y su exención: el *compliance* penal

En 2010, por primera vez, se introdujo en nuestro Código Penal una institución de origen anglosajón que desterraba el principio *societas delinquere non potest* de nuestro ordenamiento jurídico.

Algunos autores como Santiago Mir Puig razonan de que en realidad no ha habido cambio de paradigma en cuanto a la posibilidad de delinquir de la persona jurídica, sino que el principio que abandona el Código Penal es el de *societas puniri non potest*, (Mir, Corcoy y Gómez, 2014) puesto que la empresa podrá ser responsable penalmente por hechos perpetrados por las personas físicas que trabajan en ella, que son quienes tienen capacidad de acción u omisión dentro de la persona jurídica, siendo por tanto las personas físicas que ostenten algún cargo en la empresa quienes los cometen en beneficio directo o indirecto de las mismas. Podría tratarse de una forma de responsabilidad que es comparable a una responsabilidad civil por hecho ajeno. Aceptemos el cambio legislativo desde la óptica del *societas delinquere non potest* o del *societas puniri non potest*, la consecuencia es que nuestra empresa podrá ser condenada penalmente por alguno de los veinticinco tipos delictuales previstos cuando lo haya perpetrado, por ejemplo, un trabajador, si ello beneficia a la persona jurídica de alguna forma.

Con la entrada en vigor de la última reforma del código penal por la LO 1/2015, el 1 de julio de 2015, no sólo se consolida la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que introduce una novedad importante en forma de exención de responsabilidad en el supuesto de que se haya adoptado, por parte de la persona jurídica, un sistema o modelo de prevención de riesgos penales o *compliance* penal.

El *compliance* penal es, sintéticamente, un plan de prevención de delitos y de formación que una vez implantado en la persona jurídica (empresa) permite acreditar su compromiso con el cumplimiento de las leyes penales, y que, en aplicación de lo que dispone el articulado de la reforma de 2015, la exonera de responsabilidad penal.

1. ¿Es obligatorio para las personas jurídicas adoptar un sistema de prevención de delitos?

La reforma del Código Penal no establece la obligatoriedad de disponer de un sistema de prevención de delitos o *compliance*, si bien debe recordarse y hacer énfasis que en el proyecto de ley del CP, se contemplaba el llamado tipo de incumplimiento de los deberes de vigilancia y control en personas jurídicas y empresas, siendo los sujetos activos los administradores que no hubieran adoptado las medidas de vigilancia o control adecuadas, que hubieran evitado la comisión delictual, incluyendo dentro de tales medidas de vigilancia y control la selección cuidadosa y responsable de las personas encargadas del sistema de prevención de delitos del art. 31 bis CP (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-66-1 de 04/10/2013). Finalmente y por las razones expuestas en las enmiendas del Grupo Parlamentario Socialista, dicho tipo delictivo no vio la luz y con ello el fin de un tipo cuyo sujeto activo no lo era la persona jurídica, sino sus administradores, con penas de hasta un año de prisión (enmiendas 723 y 724 grupo parlamentario socialista).

Pese a su no obligatoriedad, establece la nueva regulación como condición primera para que concurra la exoneración de responsabilidad, que el modelo de organización y gestión con medidas de vigilancia y control, debe haberse adoptado antes de la comisión delictual (condición 1ª del apartado 2 del art. 31 bis CP), relegando a la categoría de atenuante en el apartado d) del art. 31 quáter, el haber establecido antes del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos de futuro.

La imperiosa necesidad y con ello la cuasi obligatoriedad, del *compliance* penal, se impondrá, sin duda, en un breve lapso de tiempo en empresas (operadores económicos) que contraten con la administración pública.

Será a partir del momento en el que las administraciones públicas, como deriva de las leyes de Transparencia recientemente aprobadas y su evidente traslado a la lucha contra la corrupción pública, financiación ilegal de partidos políticos, blanqueo de capitales y cohecho; sea exigido como requisito o mérito para la contratación haber adoptado un sistema de prevención de riesgos penales. La referida exigencia de haber adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas y apropiadas para evitar nuevas infracciones penales, resulta ya obligatoria en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, en el caso de contratación de empresas condenadas por delitos de organización delictiva, corrupción, blanqueo, trabajo infantil y otros. Sin duda la evolución de la lucha contra la corrupción y la transparencia no sólo conllevará la exigencia de la justificación de la implementación de un sistema de prevención de delitos a las empresas condenadas, sino a todas aquellas que contraten con la administración y ello de forma inminente a todas las empresas con capital público, como parte indisociable de la transparencia en la contratación que se implementará en breve con las oficinas técnicas de transparencia y cumplimiento.

2. ¿Cuáles son las consecuencias de que la empresa no adopte un sistema de prevención de delito?

El complejo mundo empresarial actual, la presión de los mercados, el sobre-dimensionamiento de las organizaciones y los continuos cambios normativos ponen en riesgo las empresas. En este contexto los delitos tipificados en el código penal del que pueden ser responsables las personas jurídicas, muchas veces son desconocidos por directivos y trabajadores, lo que supone un riesgo altísimo de incumplimiento incluso de forma imprudente.

Este incumplimiento puede conllevar las penas descritas en el art. 33 CP:

- a) Multa por cuotas o proporcional de mínimo 30 euros/día hasta un máximo de 5.000 euros/día por un tiempo entre 10 días y un máximo de 2 años.
- b) Disolución de la persona jurídica.
- c) Suspensión de sus actividades.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

Es por ello que para la tranquilidad y seguridad de las organizaciones es necesario implementar un plan de prevención de delitos, pues la imposición de una de las penas citadas puede suponer la muerte empresarial, ya no sólo por la propia condena, sino por el mismo efecto mediático negativo, pues la mera investigación de una organización por la comisión de alguno de los delitos, puede conllevar su caída en desgracia antes de la propia condena, como ya pasó en EUA con Andersen (lo que se ha llamado el “efecto Andersen”), en cuyo caso no fue la resolución la que llevó a la liquidación de la empresa, sino la propia pérdida de confianza de los clientes durante el procedimiento judicial (Henning, 2009).

3. ¿Con qué periodicidad debe realizarse el modelo de prevención de delitos?

El art. 31 bis CP, establece la verificación del modelo cuando se produzcan cambios organizativos, estructurales de control o de actividad y, como no, legislativos. El articulado adolece pues de una falta de concreción en cuanto a la periodicidad en la que debe ser revisado el modelo. La respuesta a tal pregunta no debe ser otra que, tratándose de un modelo o sistema absolutamente dinámico e inspirador en toda actividad empresarial deberá ser constantemente revisado, actualizado y verificado. El modelo pues no puede ser entendido en sentido estático, no es un documento o auditoría archivada en una estantería cualquiera de la empresa, y que sólo se accede a ella en caso de necesidad o de requerimiento por las autoridades administrativas o judiciales; el modelo (término usado por el Código Penal), o mejor usar el término “sistema” que se utiliza en la Norma ISO 19600, o inclusive del AS 3806 (estándar Australiano), nunca puede ser un mero certificado o libro de consulta. Este sistema debe, pues, establecer un auténtico cambio en los paradigmas en la formación de la voluntad de la persona jurídica a todos los niveles, desde quienes toman las decisiones hasta los que se hallan sometidos a las mismas. En definitiva, el sistema de *compliance* debe ser integral e integrador, dinámico, independiente, y debe contener un poder discipli-

nario de quien ejerza las funciones de vigilancia y control, gozando de total autonomía y libertad, en caso contrario, no podrá ser contemplado por los tribunales como tributario de la exención de responsabilidad penal. Conforme a ello (entendiendo los programas de *compliance* como un sistema que lo impregna todo), debe ser revisado constantemente, sin un periodo de caducidad establecido “ex ante”, resultando evidente que deberá ser estrictamente diligenciado si, ante pruebas de control, afloran riesgos previamente no detectados, o se ponen de manifiesto infracciones en protocolos y medidas de control.

4. Una visión crítica, práctica e informativa sobre el artículo 31 bis CP

La hermenéutica del artículo 31 bis del Código Penal no parece complicada en una lectura diagonal, pero cuando nos adentramos en él, nos hallamos ante un cúmulo de conceptos jurídicos indeterminados, e inconcreciones varias que intentaremos desvelar e interpretar acorde con los cánones internacionales de los planes individualizados de prevención de delitos en las personas jurídicas. En este apartado desgranamos los aspectos más importantes del artículo 31 bis CP.

4.1. El beneficio directo o indirecto del delito para que nazca la responsabilidad en la persona jurídica

Se inicia el art. 31 bis, apartado primero, con un auténtico “cajón de sastre”, al introducir que las personas jurídicas serán responsables de los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de estas en su beneficio directo o indirecto. Nos hallamos ante conceptos jurídicos indeterminados que ponen en jaque a toda la organización empresarial. ¿Cuál es el concepto de beneficio indirecto? El no buscado, el no pretendido, incluso el de beneficio colateral del delincuente en el seno de una empresa, que para cometer acto delictivo, necesita como medio para cometerlo la empresa y su estructura, quizás incluso su buen nombre o reputación y que aprovechándose de ello, y como daño colateral en su ansia o mentalidad criminal beneficiará, casi sin saberlo, y sin duda sin desearlo, a la empresa de la que forma parte. Es casi un supuesto en el que el medio para delinquir sea la propia empresa y su organización, un concepto tan amplio que es de difícil delimitación, y que para que no genere inseguridad jurídica debe interpretarse en su sentido más estricto.

4.2. ¿Quién debe cometer el delito para que nazca la responsabilidad de la persona jurídica?

Manteniendo la teoría de que sigue imperando el principio *societas delinquere non potest*, el código penal señala cuáles son las personas físicas que pueden cometer un delito en el seno de la persona jurídica de los que ésta será responsable. Entramos pues en el “¿quién?”.

Encabezan “el quién” las personas físicas integrantes de los órganos de administración, si bien el redactado los amplía a todos aquellos que “*estén autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de ésta*” (art.31bis.1.a). No se le escapa a nadie que esta amplia descripción incluye cualquier apoderado general o especial, cualquiera que pueda tomar decisiones.

El delito no sólo se puede cometer por aquellos que ostenten la facultad de tomar decisiones en el seno de la organización, sino que debe ponerse atención al giro que realiza el artículo 31 bis, cuando nos sitúa en el supuesto de que sean los sometidos a la autoridad de las personas físicas que toman decisiones quienes hayan podido realizar los hechos al incumplirse gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de los primeros.

Nuevamente el concepto de personas sometidas a la autoridad, vuelve a ser un concepto amplísimo; nótese, además, que no se usa la palabra “trabajadores o empleados” con lo que se contemplan multitud de sujetos de forma indefinida, requiriendo solamente que dicha actividad delictiva se realice en el “ejercicio de actividades sociales”. Es, por tanto, del estudio del apartado anterior que se desprende que no tiene que ser necesariamente un empleado quien realice la actividad delictiva, pudiendo ser terceras personas físicas o jurídicas no estrictamente empleados.

Como cierre del “quién puede cometer el delito” y, pese a todo lo anterior, el artículo art. 31 ter CP, termina concluyendo que aunque las personas físicas que hayan cometido el ilícito no sean individualizables o no se hayan podido determinar, seguirá siendo responsable del delito la persona jurídica.

4.3. Requisitos legales del sistema de prevención de delitos

El apartado quinto del artículo 31 bis establece seis requisitos, que debe cumplir el modelo de prevención contra delitos, estamos pues ante la estructura básica del modelo de prevención, o *compliance* penal, conforme al Código Penal.

El primero de ellos se centra en la identificación del mapa de riesgos que debe contemplar los 25 delitos del *compliance* que son los siguientes:

1. Tráfico ilegal de órganos art. 156 bis.
2. Trata de seres humanos art. 177 bis.
3. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores art. 189 bis.
4. Intimidación, allanamiento informático y otros delitos informáticos art. 197 quinquies.
5. Estafas y fraudes art. 251 bis.
6. Frustración de la ejecución art. 258 ter.
7. Insolvencias punibles art. 261 bis.
8. Daños informáticos art. 264 quáter.
9. Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores art. 288.
10. Blanqueo de capitales art. 302.
11. Financiación ilegal de partidos políticos art. 304 bis.
12. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social art. 310 bis.
13. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros art. 318 bis.
14. Delito de construcción, edificación o urbanización ilegal art. 319.
15. Delitos contra el medio ambiente art. 328.
16. Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes art. 343.
17. Delitos de riesgo provocado por explosivos art. 348.
18. Salud pública, medicamentos, alimentarios y similares art. 366.
19. Tráfico de drogas art. 369 bis.
20. Falsedad de moneda art. 386.
21. Falsedad en medios de pago art. 399 bis.
22. Cohecho art. 427 bis.
23. Tráfico de influencias art. 430.
24. Provocación a la discriminación, el odio y la violencia art. 510 bis.
25. Financiación del terrorismo art. 576.

Este mapa de riesgos, que como el propio sistema debe ser de concepción dinámica, variará al unísono de la actividad, legislación y personas físicas o jurídicas que conforman la persona jurídica. Hay que destacar que

muchos de los tipos a analizar en el *compliance* penal son delitos de los llamados “normas penales en blanco”, lo que requiere un conocimiento amplio del derecho administrativo, estatal, autonómico y local, y también de las normas y directivas europeas. Por ello, en la elaboración del mapa de riesgos y en la calificación de sus diferentes grados de riesgo, es fundamental el conocimiento no sólo de la legislación sino también de la jurisprudencia, para, de este modo, evitar cualquier omisión que, en ocasiones, sólo el conocimiento del mundo empresarial y penal de forma conjunta puede garantizar.

Evidentemente y como consecuencia del mapa de riesgos, y como segundo requisito, nos hallamos ante la necesaria implementación de unos protocolos y procedimientos para la concreción y adecuación del proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica. Aquí aparece, por primera vez, el concepto de formación de la voluntad del ente (la empresa), disociado de la voluntad de las personas que toman decisiones, de quienes las ejecutan o cumplen. El concepto es amplísimo, y tales protocolos o procedimientos no son los conocidos formularios de códigos de buenas prácticas o códigos éticos, sino que van mucho más allá, no pueden limitarse a unas condiciones estándares, pues afectan desde el más humilde de los cumplidores de órdenes hasta el más alto de los directivos y culminan en el cerebro de la voluntad de la persona jurídica, el órgano de administración. Evidentemente los protocolos existentes, normas internas, códigos de buenas conductas y códigos éticos de la empresa también forman parte del plan individualizado de prevención, pero ahora se introducen los protocolos y procedimientos del *compliance* que deben impregnar la formación de voluntad de la persona jurídica aconsejando, limitando o inclusive prohibiendo determinadas decisiones, prácticas o conductas.

Para implementar los protocolos y procedimientos y que todo el plan funcione no nos podemos olvidar de la formación, puesto que resulta imposible modificar, cambiar o alterar la forma de actuar sin que quien debe hacerlo, ignora o incluso desprecia el motivo de tal imposición. Imponer sin educar es sin duda el gen del fracaso de lo pretendido con el *compliance*, la cultura del cumplimiento normativo y con ello la implementación del modelo de prevención.

Como tercer requisito se exigen unos modelos de gestión de recursos financieros adecuados para impedir la comisión de delitos. Este apartado ha tenido varias interpretaciones, algunos entienden que se trata de los protocolos o modelos de gestión contables y fiscales, confundiendo fiscalidad y financiación. Ciertamente el redactado del apartado puede conducir a errores interpretativos, pero de la literalidad de la norma resulta evidente que se está refiriendo a la autonomía financiera del modelo de organización y gestión,

o más concretamente a la del órgano con poderes autónomos de iniciativa y control. Así pues, no se trata sólo de un órgano simplemente independiente, sino que debe ser independiente financieramente, para que aplique, sin limitaciones, el plan de prevención en toda su extensión y consecuencias. Con independencia orgánica, funcional y económica es tal y como, sin duda alguna, debe funcionar tal órgano de *compliance*. Si buscamos un símil, la independencia del órgano de vigilancia de *compliance*, debería funcionar igual que los órganos de justicia en cualquier Estado: de forma independiente y con autonomía financiera, pues en realidad el *compliance penal* no es más ni menos que una anticipación o el autocontrol de la actividad económica donde pueden crearse riesgos de comisiones delictuales, el seno de las empresas, donde de forma directa o indirecta muchos de los delitos que se tratan de combatir, pueden tener refugio o orquestrarse. En especial delitos tales como: financiación ilegal de partidos políticos (CP art. 304 bis), delito de construcción, edificación o urbanización ilegal (CP art. 319), delitos contra el medio ambiente (CP art. 327 y 328), cohecho (CP art. 427 bis) o tráfico de influencias (CP art. 430), que son el llamado núcleo duro contra la corrupción pública que asola lamentablemente nuestra sociedad y que, en la mayoría de los casos, requiere de una persona jurídica para su ejecución.

El apartado quinto del art. 31 bis CP, punto cuarto, sigue estructurando el sistema o modelo de prevención de delitos, ahora con la obligación de establecer un canal de denuncias. Este canal de denuncias se incorpora a través de un mandato imperativo, con la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo de vigilancia y control. Por otro lado, si bien no se establece expresamente que el canal de denuncias sea anónimo y con todas las garantías de protección de datos, parece que hay consenso y es práctica habitual que los canales de denuncia ya implementados por determinadas empresas en caso de vulneraciones del código ético, establezcan el anonimato de las denuncias por lo que su implementación parece de fácil ejecución.

El quinto requisito se centra en el sistema disciplinario que debe sancionar adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establece el modelo. Este sistema disciplinario no tan solo debería afectar a las personas sometidas a los órganos o personas que toman las decisiones, es decir aquellos contemplados en la letra b) del apartado primero del art. 31 bis CP, sino que también debe incluir a los órganos de toma de decisiones, o directamente al consejo de administración, pues el *compliance* debe impregnar e implicar toda la organización. La afirmación de que el sistema disciplinario debe incluir los órganos de decisión, apoya la teoría que este órgano de vigilancia y control de *compliance* no puede estar formado exclusivamente por el consejo de administración (y que trataremos más adelante), puesto que si

no el mismo se convierte en juez y parte del sistema disciplinario, lo que nos llevará a un modelo de organización inadecuado e ineficaz, y por lo tanto no podrá considerarlo merecedor de la eximente de responsabilidad penal.

Finalmente y como último requisito, se requiere una verificación periódica 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, como ya hemos referido en el apartado correspondiente.

4.4. ¿Quién debe adoptar y supervisar el modelo de prevención?

La supervisión del modelo debe ser confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control “o” que legalmente tenga encargada la función de supervisar la eficacia de los controles. El uso de la disyuntiva “o” en lugar de la copulativa “y” varía, y mucho el tipo de órgano que debe crearse y su composición pues para los juristas, y especialmente a los penalistas, la literalidad del precepto es muy importante, pero también lo es su interpretación sistemática.

Conforme a una interpretación literal, por otro lado mayoritaria en la doctrina, existen en realidad dos tipos de órganos de constitución y designación por la junta, (que no por el órgano de administración) a saber:

- a) El primero, el órgano autónomo de iniciativa y control, es un órgano independiente, supervisor, implementador, controlador, formador, el auténtico “comité de *compliance*” o “*compliance officer*”.
- b) El segundo, “*el que tenga legalmente encargada la función de supervisar la eficacia de los controles*” es, en realidad, una *rara avis* pues sólo tiene la función “legal” de supervisar la eficacia de los controles internos. Acogiéndose a ello, no son pocos los que han entendido que la creación de un órgano por el propio consejo de administración y formado por los propios consejeros y consejeras que se limite a supervisar el sistema de cumplimiento es suficiente para cumplir con el precepto.

De la interpretación del precepto puede entenderse que se permite que quien debe adoptar el modelo (el consejo de administración), y que lo debe confiar a un órgano autónomo, para que también pueda ejercer labores de control sobre el propio ente decisor, mediante la introducción de la “o” disyuntiva puede crear un órgano formado por las mismas personas que conforman el consejo de administración con otra denominación y que se

limite a supervisar la eficacia del modelo. Sin duda alguna un órgano así creado, es muy cercano al fraude de ley. Por suerte la mayoría de los autores y profesionales del *compliance*, recomiendan no sólo ya la creación del auténtico órgano autónomo de la primera parte del precepto, sino que en el caso que se decida por la segunda opción, su formación incluya obligatoriamente a externos no dependientes de la persona jurídica y expertos en *compliance* penal y no tan solo a personal absolutamente dependiente de la empresa (como asesores legales internos o exclusivamente a los propios consejeros y consejeras del órgano de administración), entendiendo que si el propio órgano de administración tuviere, con los mismos miembros, una doble denominación: “consejo de administración y de *compliance*”, nos encontraríamos en un auténtico bucle en el que el controlador sería el controlado, lo que daría un ficticio cumplimiento a las disposiciones legales.

Asimismo y para las personas jurídicas que estén autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas, es decir las que actualmente y durante dos ejercicios consecutivos reúnan, en la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las siguientes circunstancias: No superar los 11.400.000 € de activo, no superar los 20.800.000 € de importe neto de cifra de negocio, no superar los 250 trabajadores; las funciones de supervisión del órgano autónomo pueden ser asumidas por el propio órgano de administración, pues tales empresas son consideradas de pequeñas dimensiones. La distinción anterior, si la comparamos a la realizada anteriormente conforme a la interpretación de algunos autores, no sería necesaria, atendiendo a que ello también lo realizarían así las empresas de grandes dimensiones, pero creando un órgano “*ad hoc*” con las mismas personas tal y como hemos analizado.

4.5. La exención de la responsabilidad y la atenuación de la pena

Pese la implementación del plan de prevención de delitos, puede suceder que la mente criminal sea más avispada que todos los protocolos, controles, valoraciones de riesgos, prohibiciones o limitaciones que puedan haberse implementado para evitar la comisión del delito. En éste caso, el código penal prevé que la exención de responsabilidad se mantendrá si tales modelos existían previamente a la comisión delictual, y además de reunir los requisitos formales que se han mencionado anteriormente, el plan se ha ejecutado con eficacia e idoneidad, es decir, que prevea la comisión delictual o la reduzca de manera significativa.

En este caso la persona jurídica deberá verse desvinculada del procedimiento judicial que seguirá por las personas físicas que hubieren cometido el ilícito de propia mano.

Pero aún en el caso que no se consiguiera la exención de responsabilidad por falta de acreditación parcial de los requisitos anteriores, siempre podrá operar la atenuante de la pena (que no circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal). Si bien ante la redacción dada por el párrafo segundo del apartado segundo del art. 31 bis, nos encontramos con una nueva de inconcreción por cuanto, el mismo no refiere si tal acreditación parcial lo puede ser de todos o de algunos de los apartados por lo que debe entenderse siempre la interpretación más favorable a la persona jurídica.

Lo anterior y como cierre del estudio de este artículo 31 bis, debe concluirse con lo establecido en el artículo 31 quáter, por el cual se determina que la adopción de un modelo de prevención o *compliance* penal, aún con posterioridad a la comisión del delito pero antes de la apertura del juicio oral, será un criterio a valorar por el juzgador para la atenuación de la pena.

5. Conclusiones

Analizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el plan de prevención de riesgos penales desde la perspectiva del derecho comparado, junto con el minucioso estudio del único artículo del Código Penal, el 31 bis, que sienta las bases y requisitos tanto de la responsabilidad penal como de su exención y posible atenuante tras la implementación de un plan de prevención de riesgos; hemos podido llegar a la conclusión que existe un elevado grado de inconcreción por la continua utilización de conceptos jurídicos indeterminados por parte del precepto legal. Tan amplio campo de interpretación conlleva a concluir que sólo la práctica diaria, la doctrina y la jurisprudencia que vaya emanando de nuestros juzgados y tribunales podrá traer luz a las incógnitas y dudas interpretativas que genera el artículo 31 bis. Sin embargo, y pese la falta de una reglamentación más exhaustiva, no hay que olvidar que la implementación de un plan de prevención de riesgos penales, es a todas luces un beneficio para la persona jurídica, no solo en su protección frente la responsabilidad penal, como requisito objetivo que acredite la transparencia y honestidad de la misma, lo que sin duda genera confianza y credibilidad frente la sociedad.

Adenda

Con posterioridad a la fecha del cierre del presente artículo, se publicó la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado en la que se establecen las directrices que deben seguir los fiscales a la hora de investigar los delitos

imputables a las personas jurídicas y de cómo debe valorarse el plan de prevención de riesgos penales para obtener la exención de responsabilidad prevista en el art. 31 bis del CP. La circular viene a refrendar los comentarios y conclusiones de los autores en el presente artículo. Su análisis completo se puede encontrar en la publicación que sobre la misma efectuó la coautora Haidé Costa en la publicación digital Confilegal (Circular 2016/01/23).

Referencias Bibliográficas

- BOCG (2013) Congreso de los Diputados Núm. A-66-1 de 04/10/2013 p. 1
http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF#page=1 (Art. 286 sexies).
- CONFILEGAL (2016) <http://confilegal.com/2016/01/23/el-compliance-penal-y-circular-fiscalia-responsabilidad/>
- ENMIENDAS 723 Y 724 GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA.
http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF#page=1
- HENNING, P.J. (2009) “Corporate Criminal law Liability and the Potential for Rehabilitation” en *American Criminal Law Review* 46, pp. 1417 y ss.
- MIR, S.; CORCOY, M. i GÓMEZ, V. (2014) “Responsabilidad de la empresa y Compliance”, Edisofer, SL, Madrid.
- PARLAMENTO EUROPEO (2014) Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=es>



Asociación Catalana de Contabilidad y Dirección

Edif. Colegio de Economistas de Cataluña
Pl. Gal·la Placidia 32, 4ª planta – 08006 Barcelona
Tel.934 161 604 extensión 2019
info@accid.org – www.accid.org