

“Compliances” o “modelos de cumplimiento”

Antes de la reforma del Código Penal de 2015 ya se hacía una referencia a los programas de cumplimiento, concibiéndolos como causa de atenuación, puesto que en el apartado 4 del artículo 31.bis, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se dispone en su letra d) que podrá considerarse circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

“Haber establecido antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios bajo la cobertura de la persona jurídica”.

Esta referencia se sitúa en la misma onda que el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Tanto éste como el Código Penal han experimentado cambios que dotan de mayor relevancia a los programas de cumplimiento. El legislador habla de establecer medidas “eficaces”, señal inequívoca de que no contempla como atenuantes cualquier tipo de *compliance*.

La Circular 1/2011 de 1 de junio del Fiscal General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010, señala en relación con dicha letra d) del apartado 4 del artículo 31.bis:

“Exige de las empresas una reorganización preventiva e investigadora y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y/o evitar, y en su caso, descubrir los delitos. Si bien es cierto que habrá que considerar insuficientes las operaciones de simple mejora de la imagen empresarial, también habrá de evitar el excesivo formalismo, de modo que se valore en abstracto la aptitud de tales medidas para prevenir y/o detectar razonablemente la comisión de delitos en el seno de la corporación”.

Únicamente se mencionaba a los programas de cumplimiento como atenuante si se implantan después de la comisión del delito y antes del enjuiciamiento. “¿Se agotaba ahí su relevancia?; ¿era esa su única utilidad?: mitigar la responsabilidad sólo cuando se implantan tras la comisión del delito (lo que, interpretado literalmente lleva a la absurda conclusión de que quien los ha implementado ya no podrá beneficiarse de la atenuante)” (DEL MORAL GARCÍA).

La citada Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado señala que no se contempla como circunstancia atenuante la acreditación de una pro-

“Compliances” o “modelos de cumplimiento”

(Isaac Merino Jara)

visión organizativa suficiente adoptada por la entidad con carácter previo a cometerse el delito. Las *compliance guide* solo son relevantes en la medida en que se traduzcan en una conducta. Su formalización –añade– no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal, porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si esta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si –con guía o sin ella– procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por sus gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido aquellos el debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad.

Entre los delitos que pueden determinar responsabilidad penal de una persona jurídica se hallan los delitos contra la hacienda pública, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pudiéndose aplicar, por tanto, la atenuante prevista en la letra d) del artículo 31.bis.4, tal como sucedió en el caso enjuiciado por la SAP de Barcelona (Sección Octava) 694/2016, de 14 de diciembre. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de modificación del CP procedió a la reforma del artículo 31 bis.

Según su Preámbulo, la reforma lleva a cabo una mejora técnica de la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal, poniéndose fin, “a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica”.

No es, ni con mucho, una reforma menor. En lo que ahora importa, los programas de cumplimiento pasan de concebirse como atenuantes a regímenes de exención de responsabilidad de las personas jurídicas, llevándose a cabo una detallada regulación de los mismos en los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 31 bis

Según la redacción actual de la letra a) del apartado 1 del artículo 31 bis CP las personas jurídicas serán penalmente responsables “de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, 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”. Son dos las modificaciones que se introducen con respecto a la legislación precedente: En primer lugar, se sustituye el término “en su provecho” por “en su beneficio directo o indirecto”. Ello, que supone una ampliación de los supuestos de responsabilidad, es valorado positivamente por

el Informe del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013, en la medida en que se ha acabado acogiendo el punto de vista que ya sostenía al dictaminar la anterior redacción del artículo 31 bis, pues el Consejo de Estado "ya advirtió que la expresión "provecho" tiene una diversidad de acepciones que incluyen tanto la finalidad de una determinada acción (actuar para conseguir un beneficio) como su resultado económico positivo para el actor, por lo que el citado término podría ser interpretado "de acuerdo con esta segunda acepción de "beneficio económico" ' conseguido, lo que provocaría que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se circunscribiese a que estas últimas percibiesen un rendimiento económico positivo a resultas de los comportamientos de las personas físicas con ellas vinculadas, exigencia que no parece corresponderse con los objetivos que han de alcanzarse al introducir tal responsabilidad" (dictamen 1.404/2009). En esta misma línea, el Informe de la OCDE sobre evaluación de la implementación en España del Convenio sobre corrupción de agentes públicos extranjeros, en su Fase 3 (aprobado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012), ha destacado que la combinación de los criterios "por cuenta de" y "en provecho de" no solo excluye la responsabilidad de las personas jurídicas en los casos en los que una persona física haya actuado exclusivamente para su propio beneficio o interés, sino también, lo que resulta más problemático, los casos en los que la persona jurídica obtiene una ventaja de carácter indirecto (por ejemplo, cita el informe, una ventaja competitiva).

La segunda modificación consiste en reemplazar la referencia que antes se hacía a los "administradores de hecho o de derecho", por la de "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". Esta segunda modificación no es bien recibida por el Consejo de Estado "puesto que se sustituye un término relativamente claro, consolidado en la legislación penal y mercantil (véanse, por ejemplo, el artículo 31 del Código Penal y el artículo 133 del Código de Comercio) y ampliamente interpretado por los Tribunales, por una redacción que peca de excesiva complejidad y que podría introducir cierta inseguridad jurídica".

A tenor del segundo supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas [(artículo 31.1 bis, letra b)] las personas jurídicas serán penalmente responsables "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 el deber de controlar su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso". En consonancia con el supuesto anterior, como puede comprobarse también se sustituye la expresión "en provecho de" por "en beneficio directo o indirecto "de las personas jurídicas, pero, además, como advierte el Informe del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013,

"el nuevo texto sustituye la condición de que el autor del delito haya podido cometerlo por no haberse ejercido sobre él el "debido control", por el requisito, menos exigente res-

"Compliances" o "modelos de cumplimiento"
(Isaac Merino Jara)

pecto a la actuación de la persona jurídica, de que ésta haya "incumplido gravemente" el deber de controlar la actividad de aquel. Esta exigencia añadida de que la deficiencia en el control haya sido grave debe ponerse en relación con las exigencias del Derecho de la Unión Europea.

La responsabilidad de las personas jurídicas está regulada, con carácter sectorial, en distintas Decisiones marco, que, con formulaciones semejantes, disponen lo siguiente: "Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que realice alguna de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2, en provecho de una persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última"(...) Las citadas normas se refieren exclusivamente, por tanto, a la existencia de una "falta de vigilancia o control", sin exigir que dicho incumplimiento sea grave, como hace el Anteproyecto. Ahora bien, de lo anterior no hay que inferir que las citadas normas europeas exijan en todos estos casos que la responsabilidad de la persona jurídica se articule por la vía penal, pues en ellas se prevé generalmente que tal responsabilidad debe concretarse en la imposición de "sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias", pero que dichas sanciones pueden consistir en "multas penales o administrativas", además de otro tipo de sanciones. A la vista de estas Decisiones marco, por tanto, nada impide al legislador nacional optar, en aplicación del principio de intervención mínima en el ámbito penal, por sancionar penalmente sólo los comportamientos más graves, tal y como hace el Anteproyecto, siempre que, de forma paralela, el ordenamiento prevea la imposición de sanciones administrativas en los casos de mero incumplimiento (no calificable como grave) de las obligaciones de vigilancia o control. Solo en la medida en que esas sanciones complementarias de las penales estén efectivamente previstas podrá entenderse que el ordenamiento español cumple adecuadamente las exigencias del Derecho de la Unión. A lo anterior debe añadirse que, en todo caso, el principio de seguridad jurídica impone un determinado nivel de certeza en torno a los medios, órganos y cauces exigibles para el desarrollo de esas funciones de vigilancia y control, aspectos cuya regulación corresponde, por su propia naturaleza, a la legislación mercantil o a la que resulte de aplicación a las personas jurídicas de que en cada caso se trate".

Señala DEL MORAL GARCÍA que inarmónicamente el artículo 66 bis del C.P. "prevé también responsabilidad de la persona jurídica cuando ese incumplimiento del deber de vigilancia no fuese grave: la única especialidad es que en ese caso las penas diferentes a la multa no pueden tener una extensión superior a dos años. No es coherente el texto. Si primero se dice que solo ha lugar a la responsabilidad de la persona jurídica cuando el incumplimiento es grave, no se puede unos artículos más abajo recoger que si no es grave las penas no podrán rebasar determinada magnitud".

Como indica el Informe del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013 ya citado, "la reforma proyectada permitiría, así, una mejor identificación del criterio de imputación del hecho a la persona jurídica, lo que responde en parte a las críticas sobre el "carácter vicarial" que supuestamente tiene el actual sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al exigir en todo caso una conducta delictiva por parte de determinadas personas físicas como presupuesto para poder imputar responsabilidad penal a una persona jurídica". No obstante ello, el Consejo de Estado no está totalmente conforme con la redacción proyectada, pues afirma:

"Al dictaminar el proyecto que desembocó en la introducción de ese supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Consejo de Estado recomendó, en lo que concierne a las personas físicas sometidas a control (letra b) del artículo 31 bis.1), poner el acento en la deficiente estructuración de los mecanismos de supervisión aplicables a esas personas físicas cuya actuación "desencadena" la responsabilidad de la persona jurídica, "ya que con ello se plasmaría más adecuadamente la imputación de la conducta de esas personas físicas a la persona jurídica con la que se relacionan que si se atiende al aspecto subjetivo de que quien tenga que aplicar tales mecanismos y procedimientos no haya puesto en ello la debida diligencia". Desde esta perspectiva, por tanto, sería correcta la previsión del nuevo apartado 6 del artículo 31 bis, que, al definir las condiciones para la exención de responsabilidad de las personas jurídicas por referencia, en estos casos, a la adopción y ejecución de un modelo preventivo de organización, gestión y control, permitiría definir, a contrario, un criterio objetivo de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, por referencia a una actuación propia de estas y no a la deficiente actuación de una persona física. Esto exclusivamente por lo que respecta al caso de delitos cometidos por quienes, estando sometidos a la autoridad de representantes legales o administradores de la persona jurídica, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente el deber de controlar su actividad (letra b) del artículo 31 bis.1).

En el otro supuesto de responsabilidad (generada por actos de representantes o administradores), esta no nace, como en el caso anterior, como consecuencia de un indebido control del autor del delito, sino que se produce una imputación automática de los actos de éste a la persona jurídica. La letra a) del artículo 31 bis.1, en la redacción proyectada, no incorpora el requisito del incumplimiento del deber de control, como tampoco lo hace la redacción aún vigente del párrafo segundo del artículo 31 bis.1. En el dictamen antes referido, el Consejo de Estado consideró acertado no aplicar el enfoque estructural analizado en el caso anterior a este otro supuesto, argumentando que este segundo grupo de personas (representantes legales y administradores) "tiene características diferenciadas respecto del primero, ya que la designación de representantes legales y la decisión de confiar poderes de representación debe responder, por sí misma, a una reflexión organizativa sobre el modo en que tales representantes y apoderados han de actuar. Dicho de otro modo, la actuación de esas personas ha de ser un reflejo de determinadas opciones sobre la estructura, organización y modos de actuación. Por ello, se aprecia una cierta tautología entre la actuación de unos representantes y apoderados y la existencia de una clara organización y estructura de funcionamiento".

Desde esta perspectiva, el apartado 2 del artículo 31 bis, en la medida en que exige la adopción y la aplicación eficaz de un modelo de prevención, vigilancia o control de contenido muy preciso para aplicar la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica en estos casos, parece querer aplicar un criterio de imputación no muy diferente al previsto para los supuestos de la letra b), lo que, de acuerdo con lo expuesto, podría no ser excesivamente conforme con este otro supuesto de responsabilidad".

Ahora bien, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede excluirse atenuarse en los dos supuestos definidos en las letras a) y b) del nuevo apartado 1 del artículo 31 bis. A lo anterior debe añadirse que, en todo caso, el principio de seguridad jurídica impone un determinado nivel de certeza en torno a los medios, órganos y cauces exigibles para el desarrollo de esas funciones de vigilancia y control, aspectos cuya regulación corresponde, por su propia naturaleza, a la legislación mercantil o a la que resulte de aplicación a las personas jurídicas de que en cada caso se trate".

En relación con lo previsto en la letra a) del apartado 1 del artículo 31 bis, el apartado 2 del mismo precepto dispone lo siguiente:

“Compliances” o “modelos de cumplimiento”
(Isaac Merino Jara)

“2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1º) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza;

2º) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control;

3º) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y;

4º) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b).

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”.

El Informe del Consejo de Estado señala que resulta llamativo que un precepto penal establezca que únicamente será de aplicación una atenuante “si las anteriores circunstancias solo pueden ser objeto de una acreditación parcial” (último párrafo del apartado 2). No parece adecuado considerar aplicable la atenuante en caso de una “acreditación parcial” de los citados requisitos; lo lógico es que la atenuante se aplique cuando dichas condiciones se cumplan en un grado inferior al necesario para reconocer la exención de responsabilidad, pero suficiente para apreciar la existencia de una voluntad y de una actuación de control por parte de la persona jurídica, y así se acredite. En definitiva, no se trata de que la existencia y aplicación de los mecanismos de control solo se haya probado en parte, sino de que únicamente se ha probado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena.

Finalmente, y a mayor abundamiento, entiende el Consejo de Estado que esta deficiente redacción podría tener consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la carga de la prueba que, con carácter general y dentro de los procesos penales, pesa sobre la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos de la conducta delictiva. En la redacción propuesta por el Anteproyecto, el artículo 31 bis.2 del Código Penal podría llevar a la conclusión de que, debido a que la existencia del programa de *compliance* se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan solo a ella le incumbe la carga material de la prueba de dicho hecho impeditivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de *compliance* o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras.

Por lo demás, se percibe una cierta dosis de indeterminación en la definición a la hora de concretar los requisitos de las condiciones de la exención de responsabilidad: ¿cuándo se entiende ejecutado con eficacia un modelo de organización y de gestión? ¿cuándo las medidas de vigilancia y control son idóneas? ¿cuándo se ha producido un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control? ¿cuál es el órgano con poderes autónomos de iniciativa y control?

Con carácter general, las funciones de supervisión han de confiarse a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos, tal como se establece en la condición 2ª del apartado 2 del artículo 31 bis del Código Penal; no obstante, el apartado 3 del mismo precepto declara que en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, esas funciones podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración, considerándose, a estos efectos que son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

En relación con el supuesto previsto en la letra b), el nuevo apartado 4 del artículo 31 bis CP establece lo siguiente:

"Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización. En este caso resultará igualmente aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del número 2 de este artículo."

Nuevamente nos encontramos con algunas indeterminaciones: ¿Cuándo se entiende adoptado y ejecutado eficazmente un modelo? ¿Cuándo tal modelo resulta adecuado? ¿Por qué en este supuesto de la letra b) se requiere que el modelo sea adecuado para prevenir y en el supuesto de la letra a) se habla de modelo que incluya medidas *idóneas* para prevenir?

No está muy conforme el Consejo de Estado con la regulación de la exención de responsabilidad de las personas jurídicas, por considerar que introduce un margen excesivamente amplio, en particular por lo que respecta al supuesto contemplado en el artículo 31 bis.1.a). En ese sentido, sostiene que "nada en el expediente induce a pensar que en el corto periodo en que ha estado vigente la redacción original del artículo 31 bis del Código Penal (menos de tres años) se hayan dado circunstancias que justifiquen esta importante limitación del alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si bien, como parece sugerir la Memoria, en la ya referida Fase 3 de su Informe sobre evaluación de la implementación en España del Convenio sobre corrupción de agentes públicos extranjeros, el Grupo de Trabajo de la OCDE recomienda a las autoridades españolas una mayor precisión para la aplicación del criterio del "deber de control", también insiste de forma expresa en la necesidad de que la puesta en práctica de códigos o programas de conducta (o de prevención de riesgos corporativos: en inglés, *compliance programs*) y controles internos por parte de una persona jurídica "no pueda utilizarse como defensa para evitar la responsabilidad".

Han de adoptarse, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión. Estos modelos deberán cumplir los siguientes requisitos, según dispone el nuevo apartado 5 del artículo 31 bis:

1º. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2º. 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.

“Compliances” o “modelos de cumplimiento”
(Isaac Merino Jara)

3º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4º. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6º 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”.

Ha de advertirse que entre la regulación del anteproyecto y la redacción final existen algunos cambios, propiciados en parte por el Informe del Consejo de Estado, no obstante, sustancialmente la regulación no varía, de ahí que sea oportuno recoger el sentir del Consejo de Estado sobre la regulación de los programas de organización y control:

“Una regulación tan prolija de los requisitos que han de cumplir las personas jurídicas en orden a quedar exentas de responsabilidad por ciertos delitos aspira sin duda al loable objetivo de lograr un elevado grado de seguridad jurídica en la aplicación de la norma. Pese a ello, el Consejo de Estado considera necesario subrayar que tal grado de detalle no parece propio de una norma del rango de un Código Penal.

Por una parte, no hay que excluir que una regulación tan pormenorizada y casuística ponga pronto de relieve defectos u omisiones que habrían eventualmente de solventarse con una nueva reforma del Código Penal.

Por otra parte, es evidente que este tipo de previsiones tienen, en último término, una naturaleza estrictamente mercantil, y que su aplicación a los distintos tipos de personas jurídicas requerirá una compleja labor hermenéutica por parte del juez penal. Corresponderá a este, por ejemplo, determinar cuál es el órgano de una sociedad cotizada que ejerce “poderes autónomos de iniciativa y control” a efectos de lo dispuesto en el nuevo artículo 31 bis.2.b) (su equivalente en el Proyecto de Leyes artículo 3i.bis.2, condición 2a), o si el “modelo de gestión de los recursos financieros” de una determinada entidad es o no “adecuado para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos”, de conformidad con el artículo 31 bis.3.c) (su equivalente en el Proyecto de Ley es artículo 3i.bis.5, requisito 3). En la medida en que los requisitos que el Anteproyecto establece para eximir de responsabilidad a las personas jurídicas consisten principalmente en medidas de carácter preventivo a adoptar por estas, no es exagerado concluir que con ello se les imponen indirectamente determinadas obligaciones que pueden incluso afectar a su estructura orgánica.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado entiende que la regulación de todos estos aspectos tendría un acomodo más correcto en la legislación mercantil u otra que resulte de aplicación a las personas jurídicas de que en cada caso se trate, legislación a la que el Código Penal podría, en su caso, remitirse.

La regulación contenida en los apartados 7 y 8 (equivalentes a lo dispuesto en el apartado 5, últimos párrafos, del artículo 31 bis del vigente) tiene un grado de detalle inferior. Así, el apartado 7 se limita a indicar, para los casos de la letra b) del apartado 1, que “el modelo de prevención contendrá las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo”, disposición que completa el apartado 8 al prever que “el funcionamiento eficaz del modelo de prevención requiere: a) de una verificación periódica

ca del mismo 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; b) de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención". A la luz de las observaciones más arriba formuladas, el Consejo de Estado considera que estos apartados 7 y 8 deberán expresamente contemplar y remitirse a lo que se precise por la correspondiente legislación mercantil, para lo que podrían incluir una fórmula similar a "de acuerdo con lo establecido en la legislación correspondiente".

Sin perjuicio de ello, también estos apartados presentan algunos defectos de redacción: en particular, el tenor del apartado 8 parece sugerir que basta, para apreciar que el modelo de prevención ha funcionado eficazmente, con que prevea un sistema disciplinario y se haya verificado periódicamente y modificado cuando así proceda. Cabe suponer, sin embargo, que se pretende únicamente configurar tales requisitos como necesarios, pero no como suficientes.

Por lo demás, y con independencia de la anterior observación, el Consejo de Estado no puede dejar de poner de manifiesto un cierto desajuste interno en toda esta regulación. Y es que, si de lo que se trata es de concretar al máximo cuáles deben ser las medidas preventivas que debe adoptar una persona jurídica para quedar exenta, en su caso, de responsabilidad penal, no se entiende que la regulación de tal cuestión presente un grado de detalle inferior cuando se trata de delitos cometidos por personas que no son representantes legales o administradores, máxime cuando la reforma trata de evitar al máximo el reproche de haber configurado una "responsabilidad vicarial".

La Circular 1/2016 de 22 de enero de la Fiscal General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015, incluye entre sus conclusiones la siguiente:

"20ª La cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del art. 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplieran las condiciones y requisitos legales".

No comparte esta conclusión la STS 636/2016, de 29 de febrero de 2016, ponente MAZA MARTÍN, fundamento jurídico octavo, puesto que declara:

"(...) si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida "cultura de cumplimiento" que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una heteroresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.

Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógi-

"Compliances" o "modelos de cumplimiento"
(Isaac Merino Jara)

amente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

Y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que "...la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella" (art. 31 ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP).

El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida.

De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión".

La sentencia recién reseñada cuenta con un voto particular que se alinea con la tesis de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero varias veces citada, en la medida en que sostiene:

"(...) no apreciamos razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia. No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable, salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación.

Constituye una regla general probatoria, consolidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre, entre otras muchas).

Sin perjuicio de todas las matizaciones que puedan hacerse a esta doctrina general, y que estimamos que no corresponde ahora desarrollar, consideramos que no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos. Y, en todo caso, sobre la base de lo ale-

"Compliances" o "modelos de cumplimiento"
(Isaac Merino Jara)

gado y aportado por la empresa, deberá practicarse la prueba necesaria para constatar la concurrencia, o no, de los elementos integradores de las circunstancias de exención de responsabilidad prevenidas en los párrafos segundo o cuarto del art 31 bis, en el bien entendido de que si no se acredita la existencia de estos sistemas de control la consecuencia será la subsistencia de la responsabilidad penal.

Prueba de que el propio Legislador sigue este criterio probatorio de carácter general es que en el párrafo segundo del número 2º del art 31 bis se establece expresamente que cuando las circunstancias que dan lugar a la exención "solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena".

Por ello nos causa preocupación, en la medida en que puede determinar un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e incluso su impunidad, la propuesta de inversión del sistema ordinario de prueba en esta materia, que puede constatarse, por ejemplo, en diversos párrafos del fundamento jurídico octavo de la sentencia mayoritaria, que establecen la doctrina de que no se puede dispensar a la acusación de su obligación de acreditar la "inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito" en el seno de la persona jurídica, en lugar de considerar que el objeto de la prueba no es la inexistencia, sino la disposición de estos instrumentos".

Isaac Merino Jara

Director