

La Autorregulación Preventiva de la Empresa como Objeto de la Política Criminal

Adán Nieto Martín

Catedrático de Derecho penal

UCLM

1. INTRODUCCIÓN: CUATRO MODELOS DE RESPONSABILIDAD.

En los países que nos hemos sumado recientemente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas la discusión teórica y político criminal se ha centrado principalmente en el modelo de imputación a seguir, su relación con los principios básicos del derecho penal y el desarrollo de los programas de cumplimiento normativo. En cambio hemos hablado mucho menos de las sanciones a imponer o de los criterios de política criminal que deben determinar la selección de los delitos en los que resulta conveniente establecer su responsabilidad. En lo concerniente a este último aspecto basta con reparar en las soluciones diametralmente opuestas que ha adoptado los países del a UE. Mientras que en unos países, como Francia, se optó por el maximalismo, estableciendo que todos los delitos puedan ser cometidos a priori por personas jurídicas, en otros, la mayoría, el legislador ha optado por una política de “pequeños pasos”. Se ha comenzado incluyendo en el CP los delitos a los que obligaban las convenciones internacionales o la normativa europea, y después con ritmos muy diversos se han ido añadiendo otras figuras delictivas. En esta marcha hay países como Italia que llevan un ritmo constante introduciendo paulatinamente nuevas responsabilidades y otros como España que caminan a paso más lento. Por lo que observo

la mayoría de países latinoamericanos y especialmente Chile, se enmarcan en la segunda línea.¹

El objetivo de este trabajo reside en mostrar que no es posible incriminar cualquier conducta delictiva siguiendo un único modelo a la hora de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que dependiendo de los delitos deben utilizarse modelos diversos. La hipótesis de partida podría ser formulada del siguiente modo: como es conocido mediante la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el legislador pretende incentivar la autorregulación preventiva, es decir, que las organizaciones establezcan controles internos con el fin de prevenir, detectar y sancionar un conjunto de comportamientos delictivos. Sin embargo, con el fin de alcanzar este objetivo, la forma de establecer la responsabilidad del ente debe variar dependiendo del grado de relación que exista entre el delito a prevenir y las características de la autorregulación que deban desarrollarse para su prevención. Este planteamiento, distintos modelos para distintos sectores de la criminalidad, no es en absoluto novedoso. Como es conocido, por ejemplo, en el Reino Unido conviven tres modelos distintos de imputación: el común basado en la “teoría de la identificación” para los delitos del *common law*, que requieren *mens rea*; el previsto en la *Homicide Manslaughter Act* para los homicidios laborales imprudentes; y el previsto en la *Bribery Act* para los casos de corrupción internacional.

Frente a esta estrategia diferenciada, en nuestro país, al igual que en otros muchos, se ha optado por un único modelo al que denominaré “delito corporativo”², que se caracteriza por

1 Para una exposición completa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los distintos países de la UE, vid. FIORELLA (ed), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, Vol I, Jovene Editore, Napoles, 2012. Igualmente y con una exposición de la situación en Latinoamérica, GARCÍA MORENO/NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el derecho comparado y europeo, EN ARROYO JIMENEZ/NIETO MARTÍN, *Autorregulación y Sanciones*, 2 ed., Aranzadi, Pamplona, 2015 (también publicado en RIQUERT (dir), *Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero*, Hammurabi, 2017

2 Tomo la expresión de FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el código penal español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015. En realidad dejo fuera del debate, por darlo por asumido, el presupuesto más importante del delito corporativo, el fallo organizativo o las “razones organizativo estructurales” como fundamento de la imputación. Lo que interesa subrayar en este trabajo es cómo que a partir de este mismo fundamento debemos crear varios modelos de responsabilidad o, si se prefiere, de delitos corporativos. He preferido, sin embargo, reservar esta denominación para los defectos de organización vinculados con la comisión de un delito que se comete en provecho de la entidad.

dos notas: la primera es que la persona jurídica responde por el delito cometido por uno de sus empleados, realizado en su beneficio; la segunda que la persona física y jurídica responden conjuntamente. En este trabajo desarrollaré cuatro modelos diferentes que habrían de ser aplicados dependiendo de las características no ya sólo del delito, sino del tipo de autorregulación preventiva que se quiera incentivar mediante la utilización del derecho penal (o sancionador administrativo) (vid. III):

(1) El primero, lógicamente, es el delito corporativo, al que se acaba de hacer referencia. Comprender la razón político criminal de este modelo y sus límites resulta esencial para el desarrollo del resto (vid. II).

(2) El segundo consiste en la infracción de no implementar un modelo de autorregulación preventiva eficiente (vid. IV). Este modelo sería de aplicación en aquellos supuestos en los que la persona jurídica tiene un deber de autorregulación preventiva que se establece por el derecho administrativo, como ocurre con el blanqueo de capitales o los delitos contra el mercado de valores, cuyos deberes preventivos son más amplios que los que se enmarcan dentro del delito corporativo.

(3) La organización preventiva defectuosa en relación a comportamientos imprudentes constituye el tercer modelo (vid. V). Lo que caracteriza a este supuesto es que el fundamento de la responsabilidad de la empresa – el defecto de organización – puede coincidir con el fundamento de la responsabilidad individual, por lo que parece que existe un exceso punitivo al emplear dos sanciones con el mismo fin: la mejora de la autorregulación para impedir lesiones a bienes jurídicos provenientes de conductas imprudentes.

(4) La falta de transparencia acerca del sistema de autorregulación preventiva de la empresa sería el cuarto de los modelos. Como veremos, este tipo de responsabilidad se está abriendo paso últimamente en el marco de la obligación que pesa sobre las empresas multinacionales de respetar los derechos humanos, donde se impone informar periódicamente acerca de las medi-

das adoptadas para evitar que la actividad empresarial tenga un impacto negativo sobre los derechos humanos. Igualmente podría ser de aplicación a comportamientos como la falsedad en el informe de gobierno corporativo que las sociedades cotizadas deben efectuar anualmente.

Entre estos cuatro modelos existe una relación de complementariedad, pero además entre ellos puede existir una relación de subsidiariedad en relación al “delito corporativo” que debe considerarse el modelo más grave de todos, porque castiga la infracción de las obligaciones de autorregulación preventiva más importantes. La posibilidad de contar con varios medios para conseguir el mismo fin (la autorregulación preventiva) permite por ello una intervención más conforme con el principio de proporcionalidad e igualmente, y esta es otra de las ventajas principales de la tesis que mantengo, los distintos modelos pueden ser tenidos en cuenta para distinguir entre organizaciones públicas y sin ánimo de lucro y privadas.

2. EL DELITO CORPORATIVO.

La responsabilidad de la persona jurídica sobre la base del delito corporativo tiene como soporte empírico más importante la explicación del *corporate crime* procedente de Sutherland y que fue desarrollada especialmente a partir de los años 70 del pasado siglo. Como es conocido, las conductas delictivas aparecen en el seno de una empresa porque ésta genera una serie de dinámicas internas que llevan a los empleados y directivos a cometer conductas irregulares. Concretamente, la competitividad y la búsqueda de beneficios a corto plazo generan en las empresas una cultura (espíritu criminal de grupo) contraria al cumplimiento de la legalidad, que empuja a sus empleados a la comisión de delitos en beneficio de la entidad. Para las teorías de la asociación diferencial o las de la neutralización, el prototipo de delito que genera el funcionamiento de la empresa, está conectado con la búsqueda de un provecho para la corporación por parte de un empleado o directivo que en el seno de la persona jurídica ha adquirido

una serie de justificaciones o de nuevos valores que le determinan a la realización del hecho delictivo.³

De esta explicación, interesa subrayar la importancia de que tiene para la adscripción de responsabilidad tanto que el autor pertenezca a la empresa y esté en contacto con la cultura criminal de grupo, como el hecho que su comportamiento pretenda ser beneficioso para la entidad. La responsabilidad penal de la empresa, de acuerdo con el delito corporativo, tiene como objetivo que ésta establezca una autorregulación preventiva dirigida específicamente a prevenir este tipo de comportamientos individuales. Los programas de cumplimiento que se enmarcan en el art. 31 bis del CP español, y preceptos semejantes en el derecho comparado, tienen como misión principal la prevención de este concreto tipo de ilícitos individuales. Esta limitación resulta crucial desde el punto de vista de la proporcionalidad y racionalidad de la respuesta punitiva. En especial, justifica que la pena de la persona jurídica sea proporcional con la del delito que se deba prevenir y justifica también que las sanciones de la persona jurídica y la persona física se acumulen. La pena pretende motivar a comportamientos bien diferentes: de un lado, el que la empresa se autorregule y, de otro lado, el que el infractor individual se abstenga de realizar su comportamiento. Incluso los fines de la pena en la imposición de cada sanción podrían ser diversos. Nada impide, por ejemplo, orientar la sanción de la persona jurídica a la prevención especial o la innocuización, a través del cierre de locales y la prohibición de actividades, y la de la persona física a la prevención general o al cumplimiento de fines retributivos.

Si se comparte el argumento que acaba de ofrecerse, debe mirarse con preocupación la evolución que se está produciendo en muchos ordenamientos y que consiste en una ampliación y difuminación de los dos pilares del delito corporativo: la actuación en provecho de la entidad y el grado de pertenencia del infractor a la organización. NICOLA SEL-

3 Una exposición de las teorías de la criminalidad en los delitos económicos en MORÓN LERMA, "El perfil criminológico del delincuente económico", en García Arán M (Dir.), *La delincuencia económica*, Tirant lo Blanch, 2014. Sobre Sutherland y su influencia en el desarrollo del *corporate crime*, vid. NIETO MARTÍN, en NIETO MARTÍN (ed), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2015 p. 50 ss.

VAGGI⁴ ha estudiado con detenimiento las fórmulas legislativas que se emplean en diversos ordenamientos con el fin de describir el primero de los elementos. En resumen podría decirse que la evolución ha sido la siguiente: aunque en un primer momento la expresión “en beneficio” o “en ventaja” tenía un marcado carácter subjetivo, paulatinamente se ha ido objetivando. Lo importante es que la empresa reciba algún tipo de ventaja económica, con independencia de la voluntad del autor. Esta objetivación ha permitido incluir, por ejemplo, dentro de esta exigencia el ahorro de costes, esencial para abarcar comportamientos imprudentes derivados de no implementar medidas medioambientales o de protección del trabajador. Algunos ordenamientos, como el austriaco, han empezado a entender que la responsabilidad cabe no solo cuando el autor actúa en beneficio de la entidad, sino también con independencia del beneficio cuando existe la obligación legal de prevenir determinados comportamientos. Esta última ha sido también la fórmula acogida, para los delitos imprudentes, en el proyecto de investigación que encabezado por la Universidad Roma III pretendía encontrar un modelo armonizado de responsabilidad para todos los países miembros.⁵

En este sentido, resulta también significativa la tendencia que se observa en Francia y en los EEUU. El término “por cuenta” se ha acabado interpretando en Francia de manera distinta en delitos dolosos e imprudentes. Mientras que en los dolosos se interpreta de una manera “exquisitamente psicológica” en los imprudentes basta con que el hecho ocurra dentro de la actividad ordinaria, del tráfico de la empresa. La ampliación ha notoria en los Estados Unidos, donde aunque originalmente la expresión *intent to benefit* tenía un significado marcadamente subjetivo, paulatinamente se ha ido equiparando a cualquier delito que se comete en el ámbito de su actividad.

⁴ SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, Jovene Editore, 2006.

⁵ Guidelines on liability ex crimene of legal entities in EU, Paragrah 6.2 “In case of involuntary offences, the interest of the entity is deemed to refer the conduct (i.e. the infringement of duties of diligence),” vid. FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, Vol II, Jovene Editore, 2012.

En España, como es conocido el legislador del 2015 ha ampliado la expresión del 2010 que hablaba de “en provecho” para pasar a hablar de manera más amplia de la “obtención de un beneficio directo o indirecto”. Aunque aún no existe jurisprudencia al respecto, la Fiscalía General del Estado ya se ha mostrado partidaria de una interpretación extraordinariamente amplia del término: la discoteca es responsable del delito de tráfico de drogas que el empleado realiza en su interior, por el mero hecho de que ello le aporta el beneficio indirecto de una mayor clientela.⁶

Todas estas extensiones resultan incongruentes con el modelo del delito corporativo y en algunos casos manifiestamente contrarias al principio de legalidad. La objetivización del provecho, como ahorro de costes, en realidad funde este elemento con el del defecto de organización o no implantación eficaz del programa. La interpretación como conductas que pertenecen a la actividad de la empresa confunde en provecho con el requisito de que el empleado actúe en el marco de su actividad que al final tiene un contenido similar.

El segundo pilar sobre el que se asienta el delito corporativo es como hemos visto es la relación que existe entre la persona que comete el delito. Desde los postulados de la teoría de la heterorresponsabilidad o el modelo vicarial se optó tradicionalmente por imputar sólo aquellos delitos de los administradores y alta dirección (brain area). La razón que se esgrimía es que sólo le podían ser atribuida a las personas jurídicas las acciones procedentes de las personas que constituían su cerebro o, dicho en nuestro lenguaje, que se deseaba limitar las obligaciones preventivas de las empresas a este reducido número de personas. Sin, embargo, también paulatinamente hemos asistido a una ampliación de este elemento: desde luego, cualquier tipo de subordinado, tenga o no una relación laboral, pero también en algunos ordenamientos terceros independientes que actúan para la empresa, subcontratistas o los trabajadores de las filiales.

⁶ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2016, sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 16 s.

Esta interpretación material, que está en consonancia con el término subordinado que acoge el art. 31 bis del CP, resulta correcta, pero con un límite importante: atentos a los fundamentos empíricos del delito corporativo el término subordinado debe tener su fin cuando el autor ya no esté sometido a los factores criminógenos que genera la entidad, y actúe fuera del espacio de su cultura corporativa. Ello no quiere decir, desde luego, que los programas de cumplimiento deban despreocuparse de la legalidad de los comportamientos de los proveedores o consultores. El cumplimiento de terceros y las obligaciones de *due diligence*, por ejemplo, en materia de corrupción están cada vez más extendidas. Pero de esta evolución del cumplimiento normativo no puede derivarse una ampliación encubierta de la responsabilidad penal de la persona jurídica establecida conforme al “delito corporativo”. Así, por ejemplo, sería acertado considerar que pueden ser subordinados a los efectos de imputar a la multinacional un delito contra los derechos de los trabajadores, los directivos de una fábrica textil que trabajan en exclusiva para una multinacional y que están sometidos a su presión económica y al ritmo de trabajo que les impone la firma multinacional, pero no la actuación de un profesional absolutamente independiente, que se ha contratado para un determinado asunto.

Cuanto acaba de indicarse muestra, precisamente, donde se encuentra el núcleo del problema: la paulatina ampliación de los deberes de autorregulación empresarial como nueva estrategia de política jurídica, con el fin de prevenir comportamientos delictivos del más variado tipo (de terceros, imprudentes, no realizados en beneficio de la entidad) no puede hacerse a costa de forzar y difuminar los límites de la responsabilidad penal establecida conforme al delito corporativo, pues éste tiene su razón de ser en relación exclusivamente a una serie de deberes preventivos. El delito corporativo se diferencia del resto de modelos que van a proponerse, de un lado, en que el vínculo entre el defecto de organización o déficit estructural es particularmente intenso. Por esta razón, el delito corporativo no puede convertirse en el sistema de cierre de la totalidad de las distintas obligaciones de autorregulación de la

empresa. Ello supondría castigar con sanciones similares la infracción de los deberes de autorregulación preventiva más fuertes y justificados con otros que tienen una justificación más débil.

3. MODALIDADES DE AUTORREGULACIÓN Y DERECHO PENAL.

Aunque existen numerosos intentos de clasificar la autorregulación, su eje central gira en torno al modo en que la autorregulación privada se relaciona con el derecho estatal.⁷ Desde este punto de vista, existirían tres grandes formas de autorregulación. En la primera de ellas el Estado delegaría la potestad normativa pública en sujetos privados. Esta primera forma conlleva la atribución a determinados sujetos del ejercicio de funciones públicas y es la que encontramos por ejemplo en los colegios profesionales. El derecho penal no es insensible a este tipo de autorregulación. Siguiendo las directrices del Derecho público tendemos a incluir este tipo de autorregulación dentro de las expresiones de la propia administración y por esta razón consideramos que los privados en el ejercicio de estas funciones delegadas deben ser considerados funcionarios públicos a efectos penales.

En el otro extremo encontraríamos la autorregulación puramente voluntaria en la que el grado de interferencia estatal es mínimo o en cualquier caso no interviene en los contenidos de la autorregulación. Tampoco podemos señalar que este tipo de autorregulación sea totalmente ajena al derecho penal. Los estándares de conducta privados pueden integrar diversos elementos normativos del tipo, y muy especialmente conformar elementos tan decisivos la construcción del tipo como el riesgo permitido o el deber de cuidado. Incluso estas formas de autorregulación puramente voluntaria puede cobrar relevancia jurídico penal (o sancionadora) en sectores como la protección del consumidor.

A los efectos de este trabajo, sin embargo, la autorregulación que más nos interesa es la que es incentivada por el propio

⁷ En lo que sigue en relación a los distintos intentos de clasificar los tipos de autorregulación ARROYO JIMENEZ, Introducción a la autorregulación, EN NIETO MARTÍN/ARROYO JIMENEZ, *Autorregulación y Sanciones*, op. cit, p. 32 ss.

Estado con el fin de cumplir determinados intereses públicos. Dentro de este tipo de autorregulación, existen a su vez dos problemas distintos. El primero de ellos es el grado de autonomía que cada organización tiene frente al Estado a la hora de diseñar los contenidos de la autorregulación. Este primer eje del debate ha tenido gran influencia en la regulación penal. Mientras el 31bis en su reforma del 2010, bajo la laxa expresión del debido control, dejaba total autonomía a las empresas para determinar los contenidos de los programas de cumplimiento relativos precisamente al delito corporativo, el art. 31 bis resultante de la reforma del 2015 se inmiscuye mucho más en la forma en que ha de establecerse la autorregulación, siguiendo una fórmula que proviene de Italia, se ha recogido en Chile. Esta metaregulación de la autorregulación es en esencia similar a lo que sucede en los Estados Unidos con las indicaciones que se contienen en la *Guidelines for sentencing organizations* o en el RU con las directrices para la *Bribery Act*.

El segundo eje del debate es la forma en que el ordenamiento jurídico estatal establece incentivos para que las organizaciones privadas cumplan con sus deberes de autorregulación de manera eficaz. Los incentivos que utiliza todo regulador pueden ser muy variados, pero los clasificaré en indirectos o no punitivos y directos o punitivos.

Dentro de los incentivos no punitivos podría reseñarse por ejemplo la utilización de la contratación pública, dando prioridad en la contratación a empresas que contaran con sistemas de autorregulación preventiva adecuado⁸. Sin embargo, el incentivo no punitivo más extendido es la transparencia: la obligación de informar al mercado o a la sociedad de los contenidos y los avances que se han hecho en el modelo de autorregulación con

⁸ Este incentivo tiene sin embargo una eficacia muy limitada, pues de acuerdo con el derecho europeo de contratación pública es discutible que la calidad de la autorregulación en diversos sectores pueda ser considerada como un requisito de idoneidad técnica o solvencia técnica, en cuanto que estos requisitos tienen que ser eminentemente objetivos. No obstante, y tal como demuestra la directiva europea de contratación pública, el incentivo puede operar con el fin de readmitir dentro del sistema de contratación a aquellas empresas que han sido excluidas de un concurso al haberse inhabilitado a sus directivos o a la propia organización vid. al respeto CERRILLO MARTINEZ, Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos, en VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA, *La corrupción en España*, Atelier, 2016, p. 185 ss.

el fin de que la sociedad o, particularmente, el mercado o los consumidores lo valore. Es lo que ocurre por ejemplo con los códigos de buen gobierno de las empresas cotizadas (art. 540 Ley de Sociedades de Capital) y más recientemente con los “estados no financieros” a los que hace referencia la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014.⁹ La directiva obliga a que las grandes empresas publiquen anualmente unos estados no financieros en los que se contenga información relativa a sus programas de cumplimiento – denominados programas de diligencia debida- en cuestiones medioambientales, sociales, y especialmente en materia de corrupción y respeto a los derechos humanos.

Lógicamente el delito corporativo no puede operar como sistema de cierre de este tipo de autorregulación en materia de gobierno corporativo o derechos humanos. Entre otras razones porque no siempre se trata de prevenir comportamientos delictivos. No obstante, por la importancia de los bienes jurídicos en juego, tal como se analizará más adelante, el sistema de cierre de esta clase de autorregulación debe pasar por una reflexión sobre el papel que deben cumplir hoy los delitos que sancionan la infracción de los deberes de información y transparencia de las empresas, con el fin de superar su restricción a la información o transparencia financiera como núcleo del bien jurídico protegido.

Entre los incentivos punitivos destaca la utilización de sanciones administrativas con las que se sanciona el incumplimiento de deberes de autorregulación.¹⁰ Desde el punto de vista que aquí nos interesa, plantear modelos de responsabilidad penal alternativos al delito corporativo, podríamos dividir este tipo de medidas en aquellas que tiene como finalidad la prevención de riesgos procedentes de la actividad de la empresa y aquellas cuya finalidad es la prevención de conductas intencionales de personas físicas.

9 Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. OJ L 330/1, 15.11.2014.

10 Cfr. DARNACULETA I GARDELLA, Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias, en ARROYO JIMENEZ/NIETO MARTÍN, *Autorregulación y sanciones*, op. cit., p. 155 ss

Dentro del primer ámbito, la autorregulación empresarial es un elemento clave a la hora de determinar el riesgo permitido en relación a determinados intereses como por ejemplo el medio ambiente o la seguridad de los trabajadores, pero también en otros sectores como la salud alimentaria y el denominado análisis de puntos críticos. En este ámbito los responsables individuales del sistema de autorregulación suelen también ser responsables en caso de que el riesgo ocasione un perjuicio a terceros, en cuanto que este sistema resulta clave en la determinación del riesgo permitido de la actividad. El principal problema en este tipo de incentivos directos a la autorregulación es utilizar de manera proporcionada y coordinada las distintas posibilidades sancionadoras que ofrece el ordenamiento jurídico. Al menos, en el marco del derecho español, la impresión que se tiene es de una intervención particularmente incoherente y desordenada. Por un lado, existen en todos estos sectores sanciones administrativas que tipifican la falta de implantación o la implantación defectuosa de la autorregulación y que generalmente se dirigen a la empresa. En alguno de estos sectores como el medio ambiente (art. 328), riesgos laborales (art. 318) y salud pública (art. 366) se ha establecido además la responsabilidad penal de la persona jurídica utilizando para ello modelo del delito corporativo previsto en el art. 31 bis. A estas dos tipos de sanciones debe añadirse la responsabilidad penal individual, en muchas ocasiones, de las propias personas físicas responsables del modelo de autorregulación, ya sea en su fase de implantación, diseño o ejecución. El *tri in idem* puede ser una realidad en estos casos.

El segundo modelo de autorregulación preventiva en el que se utilizan para su fomento sanciones directas es el que se refiere a comportamientos intencionales. Estos comportamientos intencionales pueden proceder de miembros de la organización o de terceros y realizarse en provecho de la entidad o en beneficio en exclusiva del autor individual o de un tercero distinto a su organización. Es el prototipo de autorregulación que encontramos en la legislación del mercado de valores, en el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo o la protección de datos

personales. En este caso existen desde luego sanciones administrativas por la falta de implantación o implantación defectuosa del modelo, tal como ocurría en el caso anterior, estas sanciones conviven con la responsabilidad penal de la persona jurídica conforme al modelo corporativo. Ahora bien, lo sintomático en este caso es que la sanción a la persona jurídica se produce únicamente cuando la conducta delictiva individual se realiza en su provecho y además por un subordinado. El delito corporativo no es apto para sancionar el defecto de organización que explica la actuación intencional del tercero, pero tampoco la del empleado que actúa en su propio provecho.

Como se desprende de cuanto se lleva dicho, sería desproporcionado ampliar el modelo corporativo con el fin de dar cabida paulatinamente a más supuestos de responsabilidad, pero por otro lado también conviene abrir un debate en torno a la eficacia y los límites de las sanciones administrativas en este ámbito y la necesidad de establecer un sistema de incentivos punitivos a la autorregulación coherente. Existe una falta de coherencia considerable si comparamos lo que ocurre en estos casos con los que ocurría en la autorregulación ligada a los comportamientos imprudentes: mientras que en este último caso las puertas de la responsabilidad penal individual contra el responsable del sistema están siempre abiertas, en este supuesto están siempre cerradas. El derecho penal puede actuar contra el responsable del sistema de autorregulación cuando se ha producido un vertido ecológico, con independencia incluso de si hay más responsables individuales, pero no actúa ante los administradores de una entidad bancaria que no han puesto el más mínimo cuidado en contar con un sistema eficaz de prevención de la financiación del terrorismo, cuando de ello se ha aprovechado una organización terrorista. Este modelo de autorregulación para prevenir comportamientos dolosos es más amplio de lo que suele pensarse y seguramente en el futuro vaya ampliándose cada vez más. Por ejemplo, la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres obliga a una autorregulación preventiva con el fin de evitar el acoso sexual (Art. 48). Carecería de sentido forzar el delito corporativo para

incluir el acoso sexual como uno de los delitos por los que puede responder la persona jurídica conforme al mismo, algo que por ejemplo ocurre en todos los países que como Francia o Estados Unidos tienen un sistema de *numerus apertus* de responsabilidad penal de personas jurídicas, pero desde luego podría debatirse la necesidad de sanciones contra aquellas empresas que han incumplido de manera especialmente grave esta obligación. Probablemente este tipo de deberes preventivos de comportamientos dolosos de terceros vaya en auge en el futuro y afectasen tanto a organizaciones públicas como privadas. Un candidato sería la implantación de medidas destinadas a impedir el acoso escolar en centros educativos. Igualmente, los mecanismos nacionales de prevención de la tortura, a los que hacen referencia los art. 17 ss del Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura, no son otra cosa que directrices imponiendo medidas de autorregulación preventiva contra este tipo de comportamientos.

4. LA INFRACCIÓN CONSISTENTE EN NO IMPLANTAR MEDIDAS AUTORREGULACIÓN PREVENTIVA EFICIENTE.

El Proyecto de 2015, a través del art. 286 *sexties*¹¹, ha abierto el debate relativo a la necesidad de contar con un precepto penal que actúe como sistema de cierre de las distintas obligaciones de autorregulación preventiva de infracciones que impone el ordenamiento jurídico¹². La formulación de este precepto adolecía sin embargo de graves defectos, especialmente el de su indeterminación y el de su relación con el art. 31 bis del CP. El art. 286 bis sancionaba, solo que ahora la pena se imponía a la persona natural, los defectos de organización relacionados con el delito preventivo,

11 "1.Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé el inicio a la ejecución de una de estas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida....
2. Si el delito fuera cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres meses a seis meses.
3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas".

12 GÓMEZ TOMILLO, *Compliance y política legislativa*. Tirant lo Blanch, 2016.

al señalar expresamente que las medidas de vigilancia y control a que se refería eran también las previstas en el art. 31 bis. Esta doble sanción o bien resultaba desproporcionada o bien suponía admitir que no se consideraba suficiente la sanción a la persona jurídica, con el fin de incentivar a la autorregulación. Igualmente, cometía el error de abarcar conjuntamente la autorregulación preventiva de delitos dolosos e imprudentes, cuando tal cómo se ha indicado en relación a estos deberes lo que en realidad nos encontremos es con un exceso de intervención punitiva.

A la luz de cuanto acaba de exponerse una infracción de estas características tendría sentido en relación a los deberes de autorregulación preventiva relacionados con delitos dolosos, en supuestos en que el delito corporativo no puede aplicarse: es decir cuando el autor no pertenece a la entidad o cuando es un empleado, pero ha actuado en su propio provecho. Sería el caso por ejemplo de una entidad cotizada que no ha puesto medidas para prevenir el *insider trading* o el blanqueo de capitales, cuando el delito ha sido cometido por un subordinado o un tercero pero en su propio beneficio. Este precepto que tendría como interés protegido la tutela del interés del Estado en materia de prevención de riesgos penales en el seno de las personas jurídicas podría constituirse como una norma penal en blanco, remitiéndose a las disposiciones administrativas en las que se contienen los deberes de autorregulación que se quieren tutelar.

Una de las cuestiones principales que debe discutirse, si se desea contar con una infracción de estas características, es a quién imponer la sanción. La incitación directa a implantar obligaciones de autorregulación preventiva en supuestos donde existe un deber claro y preciso de autorregulación es probablemente mucho más efectiva cuando se dirige a las personas físicas que dominan la entidad. En el derecho comparado esta es la opción del § 130 OWiG, si bien aquí también se acaba sancionando a la entidad. La opción de sancionar a la persona jurídica o la física con el fin de motivar a la autorregulación depende de una multitud de factores que habrían de ser estudiados con más detenimiento y a la vista de análisis empíricos.

Lo que sí debe dejarse claro es que esta infracción tiene un contenido distinto desde el punto de vista de su gravedad y del reproche que se realiza al delito corporativo. La particularidad del delito corporativo es que el vínculo entre la entidad y la infracción individual es tan estrecho que la sanción penal se reprocha de manera directa a la entidad. No ocurre lo mismo en los casos en que nos referimos. No es igual que un banco haya hecho del blanqueo de dinero procedente del narcotráfico su gran negocio, que un tercero utilice al banco para blanquear porque no ha cumplido correctamente sus obligaciones preventivas. Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con el delito corporativo donde se trata de un defecto de organización más difuso, que se plasma en la cultura de la entidad, y que se ha prolongado en el tiempo, en este caso el defecto de organización radica en no haber implantado de manera eficaz medidas de prevención mucho más concretas.

Por esta razón, y a diferencia de lo que ocurre con el delito corporativo, en este modelo la sanción debe estar ubicada prioritariamente en el derecho sancionador administrativo. Una infracción penal podría ser adecuada en el marco de las administraciones públicas, con el fin de sancionar a los responsables de implantar medidas de prevención de la corrupción, que deberían ser personas con un poder relevante dentro del ente. Como venimos manteniendo desde hace tiempo carece de sentido que el Estado incentive a las empresas para que prevengan la corrupción y no haga lo mismo, en la mayoría de los países con las administraciones públicas. De hecho el Convenio de Naciones Unidas para la prevención de la corrupción en sus arts. 6 y ss obliga a que los entes públicos se doten de programas de cumplimiento con el fin de impedir la corrupción.¹³

5. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS IMPRUDENTES.

Hasta ahora no se ha reflexionado demasiado acerca de la necesidad y el funcionamiento de la responsabilidad penal de

13 NIETO MARTÍN/MAROTO CALATAYUD, *Public compliance. Prevención de la corrupción en las administraciones públicas*, Ediciones de la UCLM, 2015.

las personas jurídicas en relación a los delitos imprudentes. El núcleo del problema puede describirse del siguiente modo. De un lado, al igual que ocurre en los delitos dolosos, la responsabilidad penal de la persona jurídica deriva de un defecto de organización, cuya función es impedir lesiones o riesgos derivados de comportamientos, en este caso, negligentes. Lo peculiar de los delitos imprudentes es, sin embargo, que el propio defecto de organización puede dar lugar a la responsabilidad de personas individuales. La ausencia de organización preventiva o su ejecución gravemente defectuosa es apta para generar responsabilidad individual en dirigentes, pues determina el nivel de riesgo permitido al realizar la actividad. Más, de otro lado, lo que suele ocurrir en estos supuestos es que el “defecto de organización” constituye normalmente el sumatorio de varios comportamientos individuales imprudentes.

La conexión del defecto de organización de la entidad con comportamientos singulares de individuos penalmente relevantes implica que, a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos, la sanción de la persona jurídica no resulta a primera vista tan necesaria como instrumento para motivar a una correcta organización. Los propios dirigentes empresariales, quienes tienen el poder, pueden ser alcanzados en los casos más graves por la sanción penal o al menos saben que pueden verse envueltos en el proceso penal, con la consiguiente “pena de banquillo”.

En el derecho comparado esta cuestión ha sido ampliamente debatida.¹⁴ Aunque el debate está lejos de cerrarse, se observa una importante tendencia a combinar responsabilidad de la persona física y jurídica, de tal manera que se abandona la regla de la acumulación de sanciones, de la sanción conjunta a personas físicas y jurídicas, que es una de las señas de identidad del delito corporativo (art. 31 ter CP). Si colocáramos los distintos ordenamientos en una escala atendiendo a la flexibilidad de combinar ambas responsabilidades, Italia representa el sistema por así de-

14 Vid por ejemplo en materia de accidentes laborales con un amplio estudio de derecho comparado que se utiliza en lo que sigue STILE/FIORELLA/MONGILLO, *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: della responsabilità penale individuale alla “colpa” del ente*, Jovene editore, 2014.

circulo más inflexible. Para la doctrina italiana no existiría un *bis in idem* porque la culpabilidad de organización que se le imputa al ente no coincide con la responsabilidad de ninguna de las personas físicas implicadas, ni siquiera con la de los altos directivos de la entidad cuyo cometido es la organización general de seguridad. Dicho de otro modo: el deber de garantía del ente y las prestaciones que se derivan del mismo, no coinciden con las de ningún responsable individual. A esta conclusión llegan algunos indicando que en realidad el plan de prevención de riesgos laborales y el modelo de organización que se desprende del d. Leg. 213 son diferentes.¹⁵

En el Reino Unido *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* es el texto legal que contiene la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación a las muertes imprudentes ocasionadas por la actividad de la empresa. El núcleo central de esta figura delictiva, del que se deriva la responsabilidad para las corporaciones, es un defecto de organización o un fallo en la organización preventiva de la empresa. Este defecto de organización no se refiere sin embargo a la actividad de un individuo en concreto. La esencia de este defecto de organización reside en que representa el sumatorio de varias conductas negligentes individuales, situadas a nivel estratégico de la empresa, es decir, realizadas por personas que tienen cierta capacidad de organización. La *Corporate Manslaughter Act* establece que la responsabilidad de la empresa por esta figura delictiva propia es independiente de la responsabilidad de las personas físicas por homicidios o lesiones imprudentes. Esta independencia opera del siguiente modo. De un lado, para castigar a la corporación no es necesario encontrar responsable a ningún directivo. De hecho, la finalidad de la *Corporate Manslaughter* fue, precisamente, habilitar la posibilidad de sancionar a la persona jurídica en estos casos, en cuanto que, conforme al derecho anterior, era necesario que al menos una persona perteneciente al “cerebro” de la entidad fuera también condenado por imprudencia grave.

¹⁵ MONGILLO, “Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell’ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione”, en STILE/FIORELLA/MONGILLO, *Infortuni sul lavoro*, p. 19 ss.

De otro, es verdad que la responsabilidad de la persona jurídica y la física pueden acumularse, pero sólo si el directivo actúa con imprudencia grave. Es decir, cuando hay una imprudencia de una persona individual que sobresale.

Como puede apreciarse las diferencias entre Italia y el RU son notables. En el RU la culpa de organización de la empresa se entiende como una suerte de sumatorio de responsabilidades individuales, mientras que en Italia, como hemos visto, ha existido un empeño doctrinal por mostrar que se trata de esferas de responsabilidad diferentes. Esta última idea es difícil de sostener. La *compliance* penal y la administrativa son dos modelos llamados a complementarse e integrarse. Es verdad que podría decirse que el *compliance* penal tiene como objetivo, más específico, prevenir comportamientos imprudentes de los directivos y empleados y el plan de prevención, en general, riesgos laborales. Pero lógicamente, lo segundo implica lo primero, además de existir zonas de imposible distinción.

El derecho penal francés y belga, que se encuentran en el lado opuesto a lo que ocurre en Italia, evidencian como esta interconexión o superposición entre culpabilidad del ente e individual es el camino a seguir. El art. 121-2 del CP francés establece la responsabilidad exclusiva de la persona jurídica en algunos casos de delito imprudente (imprudencia simple, causación indirecta) cuando la responsabilidad individual no es significativa.¹⁶ En Bélgica el art. 5 del CP incorpora para los delitos imprudentes una excepción a la acumulación de sanciones a la persona jurídica y la individual. Cuando se ha podido identificar a la persona individual que ha intervenido en los hechos, sólo será condenada la persona –física o jurídica- que haya cometido la infracción más grave.

Este breve repaso por el derecho comparado muestra que en los delitos imprudentes resulta necesario hacer importantes

¹⁶ Este criterio opera también en Francia a través del principio de oportunidad procesal. La Circular de la Fiscalía de 2004 (Circulaire relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales) establece que la acumulación de sanciones es la regla en los delitos dolosos, sin embargo en el caso de infracciones imprudentes la única imputada debe ser la persona jurídica cuando no se acredite de manera suficiente la imprudencia de una determinada persona física.

correcciones al modelo del delito corporativo. En primer lugar, y desde el punto de vista del autor individual, al menos cuando existen deberes de autorregulación preventiva específicos en el derecho administrativo debería ser irrelevante la existencia de una actuación “en provecho”. Lo importante es establecer que estos deberes han sido incumplidos. En segundo lugar, debería flexibilizarse la regla de la acumulación de sanciones que se establece en el art. 31 ter CP. La responsabilidad penal individual cuando recae en los directivos supone por regla general un estímulo suficiente para la autorregulación preventiva. La suficiencia de la sanción individual depende no obstante del tipo de empresa (grande o pequeña) y de la existencia de una cultura propia de la entidad que vaya más allá de la capacidad de organización del administrador responsable. Conforme a estos parámetros en entidades pequeñas y medianas la doble sanción (alto directivo + persona jurídica) resulta desproporcionada, salvo que el infractor individual sea un subordinado. De *lege lata* esta desproporción puede ser corregida gracias al saludable pragmatismo de la segunda frase del art. 31 ter. 1 del CP, que permite la compensación de las sanciones de la persona jurídica y la física.¹⁷ Lógicamente la responsabilidad de la persona jurídica habría de ser excluida cuando, al igual que los delitos dolosos, muestra que la lesión o el riesgo para la salud o la vida provienen de un comportamiento individual gravemente imprudente, que no va unido a un fallo de organización propio.

Más, en tercer lugar, la principal excepción al delito corporativo que ha de establecerse en delitos imprudentes es la relativa a la necesidad de que haya una concreta persona física responsable del delito. Tal como muestra el CP francés y la figura del homicidio de la corporación lo característico del defecto de organización imprudente es que puede consistir en el sumatorio de muchas conductas individuales, ninguna de ellas sin el nivel de gravedad necesario para que exista responsabilidad penal. Por esta razón, debería existir una previsión expresa que

¹⁷ Art. 31 ter 1: “...Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos”.

permitiera la sanción del ente cuando “como consecuencia de la organización de la empresa, ningún empleado o directivo resulta penalmente responsable”¹⁸. Esta previsión evita la sobreexplotación del derecho penal individual, en cuanto que no es preciso forzarla con el fin de tener un “doble o nada”.

6. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DERIVADA DE SU FALTA DE TRANSPARENCIA EN EL SISTEMA DE CUMPLIMIENTO.

El último modelo de responsabilidad es el que más se aleja de los anteriores, lo que es debido a que en este caso el objetivo de la autorregulación no siempre está vinculado a la prevención de comportamientos delictivos. Tal como señalé existen dos ámbitos en que el incentivo a la autorregulación consiste en la obligación acerca de las medidas implantadas, me refiero al buen gobierno corporativo y a la publicación de estados no financieros relativos a los programas de cumplimiento en materia de derechos humanos. En el primer caso, la ley de sociedades de capital señala ya que el informe sobre gobierno corporativo es parte de las cuentas anuales en las sociedades cotizadas, mientras que en el segundo caso lo será de manera inminente pues la Directiva 2014/95 sobre estados no financieros, que ha modificado la directiva sobre los balances europeos, ha introducido la obligación de que las empresas multinacionales de más de 500 trabajadores publiquen sus medidas de autorregulación en materia de derechos humanos, igualdad, protección del medio ambiente y corrupción.

El origen de esta última obligación se encuentra en discusión existente acerca de la relación de las empresas multinacionales con los derechos humanos. Desde hace tiempo en el derecho internacional se viene discutiendo acerca del tipo de vinculación de las empresas multinacionales a los derechos humanos.¹⁹ Tras diversos ensayos, más o menos ambiciosos, el camino viene hoy marcado por los Principios Rectores de Naciones Unidas en Ma-

18 Vid. ya NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de la persona jurídica: un modelo legislativo*, Iustel, 2008, p. 328.

19 RUGGIE, *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*, Norton & Company, 2013; DE SCHUTTER (ED.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart, 2006.

teria de Derechos Humanos.²⁰ La estrategia de este documento descansa en exigir a los Estados, que busquen caminos para que las empresas bajo su jurisdicción puedan ser hechas responsables por las violaciones y abusos a los Derechos humanos, lo que implica entre otras cuestiones que pongan en marcha medidas de autorregulación preventiva para evitar que su actividad afecte a los Derechos humanos. Los Principios contienen las líneas maestras de cómo ha desarrollarse esta parte del cumplimiento normativo en materia de derechos humanos. Como no podía ser de otro modo, la metodología es enteramente similar a la implementación de cualquier otro programa de cumplimiento. Aunque las Directrices dejan abierto el modo en que los Estados deben constreñir a las empresas a implantar estas medidas de autorregulación, de su lectura se desprende que un medio particularmente importante es la transparencia. Con este fin se ha confeccionado, a impulso de las propias Naciones Unidas, un modelo para que la información en materias de medidas de prevención de los abusos contra los derechos humanos sea lo más completa y homogénea posible.²¹

La Directiva de la UE 2014/95 sobre información no financiera por parte de las empresas es la respuesta a la política de derechos humanos de naciones unidas. Su art. 29 bis obliga a las empresas matrices de un grupo de más de 500 empleados a publicar los “estado no financieros” en los deben proporcionar información “en la medida que resulte necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto a los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno”. El art. 29 establece que las empresas deben declarar los riesgos que en estas materias existen de sus relaciones comerciales, productos y servicios y como gestiona el grupo los riesgos.

20 Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, U.N. Doc. A/HRC/17/31 (2011)
http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf.

21 UN Guiding Principles. Reporting Framework www.UNGPreporting.org

Del texto de la Directiva y de los principios del derecho penal europeo se desprende además que la sanción de la falsedad en los balances no financieros, debe hacerse de igual modo que los no financieros: a través de sanciones proporcionadas, eficaces y suficientemente disuasivas. El TJUE en el asunto Berlusconi estableció que en el caso de la falsedad en los balances financieros esta obligación equivalía a disponer sanciones penales eficaces.²² No hay razones para que esta obligación no se extienda a la falsedad en los estados no financieros de la empresa: sobre todo si se entiende que el bien jurídico a proteger en estos casos son los derechos humanos. Se trata del derecho a conocer de los ciudadanos en relación a asuntos tan importante como la utilización por parte de sus empresas de trabajo infantil, del respeto al derecho a la alimentación, a la libertad sindical o las condiciones de trabajo mínimas que aseguran la no existencia de explotación laboral. ❖

²² STJU (Gran Cámara) 3.5.2015, asun. C-387/02, C-391/02, C-403/02, parg. 65.