
Lisardo García Rodulfo

MAAT ABOGADOS&ASOCIADOS

Contenido de los programas de cumplimiento y presunción de inocencia



La inevitable evolución del principio de derecho romano “Societas delinquere non potest” preconizada desde hace bastantes años por nuestro admirado profesor Zugaldía, al modelo exportado del “common law” que contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas, responde a criterios de política criminal internacionalmente admitidos de forma general por todos los países de nuestro entorno.

La persona jurídica, tras la reforma del Código Penal efectuada por la ley Orgánica 5/2010, utilizando su organización y sus recursos podía ser susceptible de responsabilidad penal, en dos básicos supuestos:

a) En el caso de delitos cometidos por los administradores o apoderados de la entidad, actuando en su nombre o por cuenta de ésta.

b) Delitos cometidos por trabajadores de la entidad en beneficio de la misma. En este segundo caso se imputa a la persona jurídica por una evidente falta de control en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 del Código Penal.

Esta responsabilidad penal podía verse eximida o atenuada, en esta primera reforma del Código Penal de 2010, entre otros motivos por haber adoptado la sociedad, inclusive, antes de la apertura del juicio oral, medios para prevenir el delito o programas de cumplimiento, sin regularse específicamente en aquellos momentos cuál debía ser el contenido de estos programas preventivos.

La no regulación de estos contenidos hizo a la mayor parte de la doctrina aceptar como norma de referencia la UNE-ISO 19600, que especificaba las funciones del Compliance, que han de tener, como

fin principal, el buen nombre o reputación de la empresa. El estudio pormenorizado de esta Norma UNE puede darnos una verdadera perspectiva de cuál ha de ser el contenido de estos programas de cumplimiento. Las funciones a las que me refiero son:

-Identificación de cuáles han de ser las obligaciones del Compliance adaptándolas a la empresa por medio de procedimientos viables y sencillos.

-Integrar estas obligaciones de Compliance a los procedimientos ya establecidos en la empresa.

-Proporcionar a los empleados una formación continua.

-Promover estas responsabilidades de Compliance en cada puesto de trabajo.

Las funciones del Compliance, que han de tener, como fin principal, el buen nombre o reputación de la empresa

-Establecer fórmulas de información en esta materia.

-Implantar un sistema de denuncias anónimas.

-Instaurar un baremo que determine el grado de cumplimiento de estos controles.

-Determinar cuáles son los riesgos de la empresa y controlar periódicamente el sistema.

Tras la reforma del Código Penal operada por la ley 1/2015 en el artículo 31 bis ha incluido un apartado quinto en el que se determina cuál ha de ser el contenido mínimo del programa de cumplimiento o del plan de prevención; que es el siguiente:

1.-Deberán identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deban de ser prevenidos. Hay que hacer mención solo y exclusivamente a aquellos delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas, al haber establecido el legislador un sistema de numerus clausus. Salvo error u omisión estos son:

-Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis C.P.)
-Tráfico de seres humanos (art. 177 bis)

-Corrupción de menores y prostitución (art. 189 bis)
-Descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 quinquies)
-Fraudes y estafas (art. 251 bis)
-Insolvencias punibles (art. 261 bis)
-Daños (art. 264 quáter)
-Delitos contra la propiedad intelectual, industrial y consumidores (art. 288)
-Blanqueo de capitales (art. 302)
-Delitos contra la Hacienda Pública (art. 310 bis)
-Delitos contra los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis)
-Delitos contra la ordenación del territorio (art. 319)
-Delitos contra el medio ambiente (art. 328)
-Delitos relativos a la energía nuclear (art. 343)
-Delito por tráfico de drogas (art. 369 bis)
-Falsedad de medios de pago (art. 399 bis)





- Delito de Cohecho (art. 427)
- Tráfico de influencias (art. 430)
- Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados en la Constitución (art. 510 bis)
- Delitos contra la financiación del terrorismo (art. 576.5)

-Finalmente incluir también tal y como señala la Circular 1 de la Fiscalía General del Estado las remisiones efectuadas al art. 129 del Código Penal en los delitos de concursos y subastas del 262 y los delitos societarios del art. 294

2.-Deberán establecerse los protocolos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica y la adopción de acuerdo.

3.-Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de estos delitos.

4.-Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al órgano encargado de vigilar por el buen funcionamiento del modelo de prevención.

5.-Se establecerá un sistema disciplinario para el caso de incumplimiento de las medidas previstas.

6.-Se realizará una verificación periódica y en su caso una modificación del modelo establecido.

Es relevante indicar a la luz de las sentencias del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero de 2016 dictada por el Pleno de la Sala Segunda y la sentencia 221/2016 de 2 de marzo de 2016, en el especial pronunciamiento respecto a que el sistema vicarial de imputación a la persona jurídica por la actuación delictiva previa de persona física, no es ni automático ni tampoco es admisible la responsabilidad objetiva de la persona jurídica tal y como sostenía la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado. Muy al contrario, el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de responsabilidad del delito corporativo; la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos (pericial, documental, testifical etc) para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.