

Molins
&Parés

DEFENSA PENAL

**La responsabilidad penal de la
empresa. Modelos de gestión para la
prevención de delitos**

SITUACIÓN PRECEDENTE

- Quiebra del paradigma “societas delinquere non potest” con la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.
- Introducción de responsabilidad penal de la empresa mediante el artículo 31 bis del Código Penal.
- La reforma operada en el año 2010 no incentivaba ni recompensaba los esfuerzo que debían realizar las empresas para prevenir la comisión de delitos.
- La falta de cultura en materia de cumplimiento, unida a la falta de incentivos, llevó a una escasa aplicación de los programas de prevención.

SITUACIÓN ACTUAL

- Con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, se pretende dar un impulso a los modelos de prevención.
- Se reconoce la eficacia atenuante, e incluso eximente, a los modelos de prevención de delitos (Corporate Compliance Programs).
- Se enumeran los requisitos de que deberán dotarse a los modelos para obtener dicha eficacia atenuante o eximente.
- Se amplía la responsabilidad penal de la empresa no solo a sus representantes, sino también a cualquier persona con capacidad decisoria o con facultades de organización o control.

Respecto de los delitos cometidos por los administradores o representantes legales

Si el delito es cometido por los representantes legales o personas autorizadas o con facultades de organización y control, la persona jurídica quedará exenta si:

- El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, un modelo de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza;
- la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención ha sido confiado a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control (excepción empresas balance abreviado);
- los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente el modelo; y
- no se ha producido omisión o un ejercicio insuficiente en la supervisión, vigilancia y control por parte del órgano referido anteriormente.

Si solo se acredita parcialmente lo anterior, la persona jurídica obtendría la atenuación de la pena.

Respecto de los delitos cometidos por las personas sometidas a la autoridad de los representantes legales

- Con la reforma de 2015 se suprime el término “*debido control*” y la forma impersonal “*no haberse ejercido sobre ellos...*”, especificando que la realización de los hechos delictivos por las personas físicas subordinadas debe traer causa de “*haberse incumplido gravemente*” por los administradores de hecho o de derecho o representantes legales “*los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad*”.
- No basta cualquier incumplimiento por parte de los representantes legales o administradores de su deber de vigilancia respecto de sus subordinados para que nazca la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que dicho incumplimiento ha de ser “*grave*”.
- Si el delito fuera cometido por las personas sometidas a la autoridad de los representantes legales, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de prevención adecuado para prevenir delitos de la misma naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Requisitos y características de un modelo de prevención

- Identificar las actividades y procesos en los que pueden ser cometidos los delitos a prevenir.
- Establecerán los protocolos y procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de éstas.
- La sociedad reservará medios financieros adecuados para la aplicación del modelo.
- Se impondrá la obligación de informar de posibles incumplimientos y riesgos al órgano de vigilancia establecido.
- Se establecerá un régimen disciplinario ante incumplimientos o no alineamientos.
- Se verificará periódicamente la eficacia del modelo realizando los cambios y mejoras pertinentes.

DELITOS QUE PUEDEN SER COPMETIDOS POR LAS PERSONAS JURÍDICAS EN NUESTRO VIGENTE CÓDIGO PENAL (I)

- *Tráfico ilegal de órganos.*
- *Trata de seres humanos.*
- *Relativos a la prostitución y la explotación sexual y corrupción de menores.*
- *Descubrimiento y revelación de secretos.*
- *Estafas.*
- *Frustración en la ejecución.*
- *Insolvencias punibles.*
- *Daños.*
- *Contra la propiedad intelectual e industrial.*
- *Relativos al mercado y a los consumidores.*
- *Corrupción entre particulares.*
- *Blanqueo de capitales.*
- *Financiación ilegal de partidos políticos.*
- *Contra la Hacienda Pública y la seguridad social.*
- *Contra los trabajadores y los ciudadanos extranjeros.*
- *Sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.*

DELITOS QUE PUEDEN SER COPMETIDOS POR LAS PERSONAS JURÍDICAS EN NUESTRO VIGENTE CÓDIGO PENAL (I)

- *Contra los recursos naturales y el medio ambiente.*
- *Relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes.*
- *Riesgo provocado por explosivos y otros agentes.*
- *Salud pública.*
- *Falsificación de moneda.*
- *Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje.*
- *Cohecho.*
- *Tráfico de influencias.*
- *Contra el ejercicio de los Derechos Fundamentales y las libertades públicas garantizadas en la Constitución.*
- *Financiación del terrorismo.*
- *Contrabando.*

REFERENTES PARA EL DISEÑO DE UN MODELO DE GESTIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DELITOS

- El Código Penal establece las líneas generales del modelo pero no su estructura, contenido o forma de implementación.
- No existe, a día de hoy, ningún referente legislativo al respecto.
- Está previsto que en diciembre, la Fiscalía General del Estado dicte una Circular al respecto.
- Si existen marcos de referencia internacionales en forma de “*soft law*”.
- ISO 19:600 sobre Compliance (general no particular penal). No certificable.
- AENOR, «*Modelo de Gestión para la Prevención de Delitos en las Organizaciones*», sobre el desarrollo de modelos de Gestión de Riesgos para la Prevención de Delitos. Modelo auditable.
- Se espera una norma UNE certificable.

ESTRUCTURA DE UN MODELO DE GESTIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DELITOS (Modelo AENOR)

- *Identificación del entorno y los riesgos*
- *Establecimiento de procedimientos y medidas de prevención*
- *Formación, concienciación y sensibilización*
- *Canal de comunicación*
- *Sistema disciplinario*
- *Información documentada*

IDENTIFICACIÓN DEL ENTORNO Y LOS RIESGOS

El primer paso en el desarrollo de un modelo debe ser la identificación del entorno (normativa aplicable y partes interesadas) en orden a delimitar el campo de trabajo y actuación de dicho modelo. Debe ponerse de manifiesto que los riesgos en la organización pueden surgir, no solo de su actuar interno sino también de las relaciones que se fraguan en su entorno, entendido en sentido amplio.

Junto con la identificación del entorno, resulta esencial el análisis de los procesos de la organización, detectando los ámbitos de riesgo y valorando tanto su probabilidad de ocurrencia como el impacto que ésta puede tener en la organización.

Los concretos procesos de la organización delimitan y definen áreas de riesgo únicas. Por ello, el conocimiento expreso y minucioso de la organización resulta esencial.

ESTABLECIMIENTO DE PROCEDIMIENTOS Y MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE DELITOS

Detectados los riesgos, deberán establecerse procedimientos y medidas concretas que reduzcan o eviten la probabilidad de producción de los riesgos detectados. Entre otras:

- Deberá establecerse un catálogo de conductas de riesgo y conductas prohibidas;
- Establecer normas de control interno para asegurar el cumplimiento de los procesos o reglamentos;
- Instaurar la obligación de informar sobre incumplimientos o riesgos de incumplimiento (canal de denuncias);
- Establecer planes de formación.
- Los procedimientos y medidas no deberán ser únicamente post delictivos, deberán atender también a reparar o disminuir el daño, minimizar las consecuencias y garantizar un defensa penal eficaz.

Para ello, la organización deberá destinar los medios económicos y materiales necesarios.

FORMACIÓN, CONCIENCIACIÓN Y SENSIBILIZACIÓN

La organización debe asegurarse de que se establecen los procesos apropiados de formación, competencia y sensibilización, tanto interna como externamente, y que éstos se efectúan tomando en consideración la mejora del desempeño del sistema de gestión de riesgos.

La formación deberá ser tanto a directivos como empleados y administradores.

La principal forma de evitación del riesgo de comisión de conductas penales es el conocimiento, por parte de las personas que integran la organización, de los riesgos derivados de su actividad.

CANAL DE COMUNICACIÓN

La organización debe contar con un canal de comunicación confidencial (en los términos fijado por la Agencia Española de Protección de Datos).

Dicho canal deberá ser conocido por los integrantes de la organización.

El canal de comunicación debe actuar tanto como canal de denuncia como canal de consulta.

SISTEMA DISCIPLINARIO

El incumplimiento de los procedimientos, medidas y del código de conducta debe ser sancionado por la empresa.

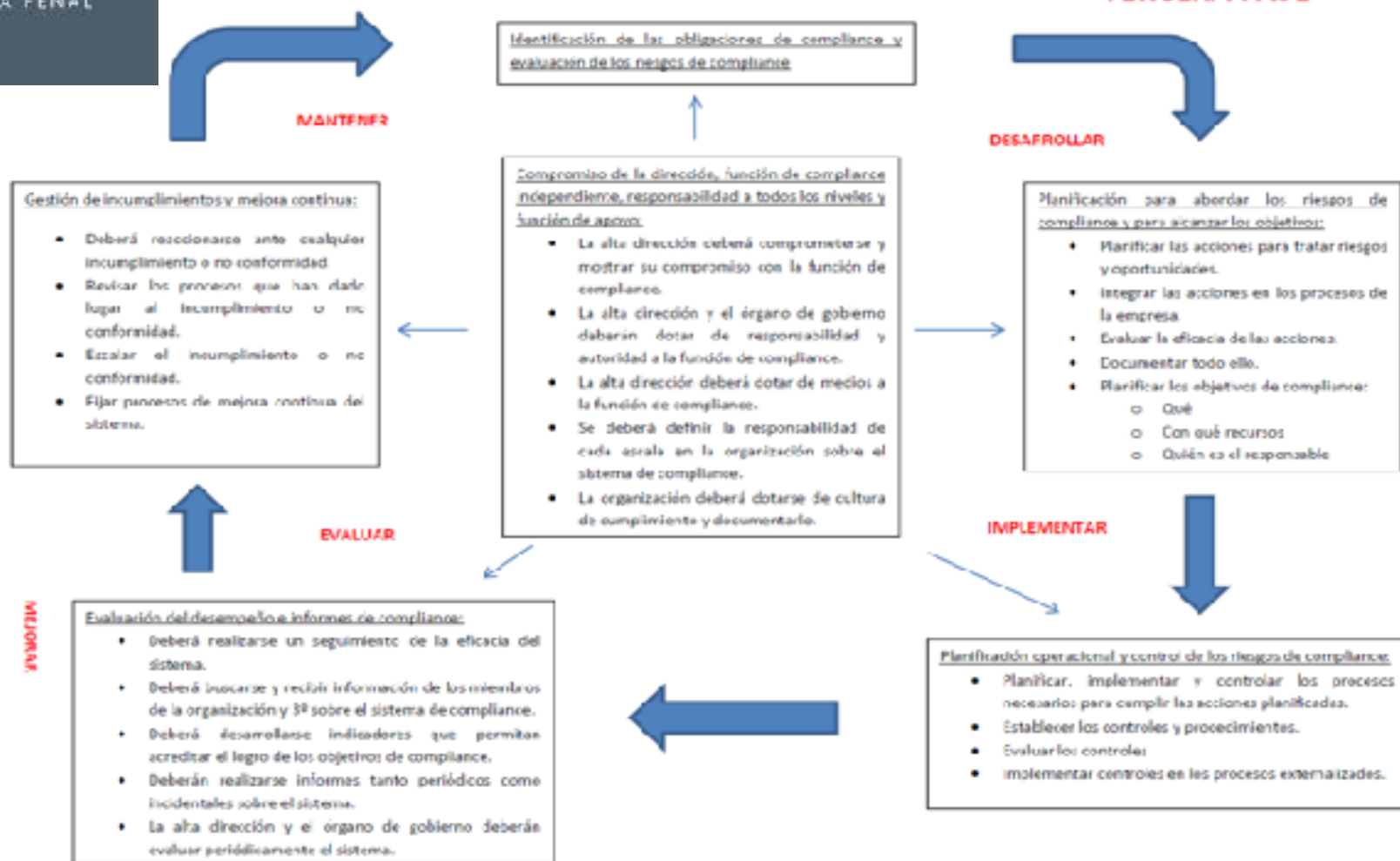
Para ello, siempre en consonancia con la normativa laboral, especialmente con los Convenios Colectivos, se deberá establecer un catálogo de conductas típicas, el procedimiento sancionador y las sanciones aplicables.

INFORMACIÓN DOCUMENTADA

Todos los requisitos anteriormente citados deben ser documentados por la organización. Únicamente la documentación permitirá la acreditación del funcionamiento y eficacia del modelo ante un eventual incumplimiento, en aras de postular el efecto atenuante o eximente del modelo.

Así mismo, la documentación permitirá la evaluación y mejora constante del modelo tanto ante incumplimientos como ante auditorías internas o externas.

TERCERA FASE



¡MUCHAS GRACIAS!