

Configuración normativa de la responsabilidad social corporativa y *corporate compliance programs*

~María Sánchez Rivero~

Juez sustituta de los Juzgados de Madrid. Socia FICP.

Resumen.- Se analiza el contenido normativo de la responsabilidad social corporativa y el *corporate compliance program*, junto con el contenido ético como vector común a ambas instituciones. La responsabilidad social corporativa, desde la perspectiva del compromiso voluntario que asumen las corporaciones, se configura como una responsabilidad empresarial de contenido ético. Esta responsabilidad va a hacer recomendable al empresario la implantación de protocolos de evitación preventiva de responsabilidad corporativa. Al mismo tiempo el *corporate compliance programs*, cuyo esencial objetivo es promover una cultura ética empresarial, se convierte en el medio adecuado para que las empresas puedan dar cumplimiento eficaz a los objetivos éticos (transparencia, anticorrupción), que se habían marcado asumiendo una cultura de responsabilidad social corporativa, al tiempo que desde una perspectiva penal, le eximirá de responsabilidades penales.

I. La globalización e internacionalización económica y empresarial¹ fraguaron un fenómeno que se convirtió en jurídico, y que se implantó en el ámbito empresarial y corporativo: la responsabilidad social corporativa². Así, en opinión de ROSO CAÑADILLAS, es el compromiso que las corporaciones y empresas asumen “para contribuir al aumento del bienestar de la sociedad local y global”³, aunque sin olvidar

¹ Al respecto de la incidencia de la globalización en la responsabilidad social corporativa, ha sido tratada por diversos autores Vid; por todos, MORAL MOZAS, A.: La responsabilidad social corporativa y su paralelismo con las sociedades cooperativas, en *Revesco: Revista de estudios cooperativos*, nº 103, pp. 76 ss, que señala que el entorno (globalización, clientes que valoran calidad, precio junto con aspectos sociales y responsables del producto y de la empresa, respeto de los derechos humanos y protección del medioambiente), exige a la entidad empresarial comportamientos responsables en cuanto a impactos sociales y de respeto a los derechos humanos y medioambientales. También resulta interesante lo dispuesto el Libro Verde presentado por la Comisión para Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas COM/2001/0366, en su punto 11 dispone: “a medida que las propias empresas se enfrentan a los retos de un entorno en mutación en el contexto de la mundialización y, en particular, del mercado interior, aumenta su convencimiento de que la responsabilidad social puede tener un valor económico directo. Aunque la responsabilidad principal de las empresas consiste en generar beneficios, pueden contribuir al mismo tiempo al logro de objetivos sociales y medioambientales, integrando la responsabilidad social como inversión estratégica en el núcleo de su estrategia empresarial, sus instrumentos de gestión y sus actividades”. Finalmente resulta interesante mencionar el Pacto Mundial para la responsabilidad cívica de las empresas en la economía mundial, iniciativa lanzada por el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan en el Foro Económico Mundial el 31 de enero de 1999, proponía aprovechar la fuerza de la acción colectiva para fomentar la responsabilidad cívica de las empresas, de modo que éstas pudieran contribuir a la solución de los retos que plantea la globalización.

² Vid. ROSO CAÑADILLAS, R.: Empresas: como no incurrir en responsabilidad penal, a propósito de la denominada responsabilidad social corporativa, en *Economist&Jurist*. Nº 130. 2009, pp. 36 y ss, que señala que en puridad, no es hasta los años 90, cuando de la mano de los fenómenos de globalización e internacionalización empresarial, y desarrollo tecnológico, se implantó en el ámbito empresarial, y se consolidó su concepto.

³ Cfr. ROSO CAÑADILLAS, R.: *Ult. op y loc. cit.*, la autora, pone el acento en que estas entidades, que asumen la contribución al aumento del bienestar de la sociedad local y global no dejan de perseguir “la eficacia o rentabilidad empresarial, algo intrínseco a la actividad económica y estrictamente necesario, desde la lógica paradójica, también para generar riqueza”. De forma similar se expresan algunas instituciones como *Releasing Europe's employment potential: Companies' views on European Social*

que la rentabilidad empresarial es algo intrínseco a la actividad económica⁴.

El concepto de responsabilidad social corporativa se ha venido normativamente elaborando a través de instrumentos supranacionales. El Libro Verde presentado por la Comisión para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas -COM/2001/0366-, establece en sus puntos 3 y 9 que *la Responsabilidad Social de las empresas es, esencialmente, un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio⁵, que se expresa frente a los trabajadores y, en general, frente a todos los interlocutores de la empresa, que pueden a su vez influir en su éxito⁶*. Esto implica, *asumir voluntariamente compromisos que van más allá de las obligaciones reglamentarias y convencionales, que deberían cumplir en cualquier caso estas empresas. Las entidades corporativas, además, intentan elevar los niveles de desarrollo social, protección medioambiental y respeto de los derechos humanos, y adoptan un modo de gobernanza abierto que reconcilia intereses de diversos agentes en un enfoque global de calidad y viabilidad*. En realidad, el concepto de responsabilidad social corporativa es tan amplio que incluye prácticas idóneas en relación con la formación continua, la organización del trabajo, la igualdad de oportunidades, la integración social, el desarrollo sostenible⁷, prevención de riesgos laborales y salud laboral, ética en los negocios, transparencia, reputación y el buen gobierno corporativo o la integración de

Policy beyond 2000, la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria y de los Empresarios de Europa), que en su documento de posición declara que las empresas europeas se consideran parte integrante de la sociedad y actúan de una manera socialmente responsable; apuntan que la realización de beneficios es el principal objetivo de las empresas, pero no su única razón de ser. El Libro Verde para el fomento de un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, declara en su punto 11, *que aunque la responsabilidad principal de las empresas consiste en generar beneficios, pueden contribuir al mismo tiempo al logro de objetivos sociales y medioambientales, se integró la Responsabilidad Social como inversión estratégica en el núcleo de su estrategia empresarial, sus instrumentos de gestión y sus actividades*.

⁴ Vid. ROSO CAÑADILLAS, R.: *Ult. op y loc. cit.*

⁵ Al respecto de la protección medioambiental y desarrollo sostenible y su integración en las políticas comunitarias también vid. Consejo Europeo de Gotemburgo, celebrado los días 15 y 16 de junio de 2001, conclusión número 32.

⁶ No obstante, fue el Consejo Europeo de Estocolmo celebrado los días 23 y 24 de marzo de 2001, el que alude por primera vez el concepto de Responsabilidad Social Corporativa. En este sentido, la conclusión nº 31 estableció que *el Consejo Europeo acoge favorablemente las iniciativas tomadas por el sector empresarial para fomentar la responsabilidad social de las empresas. La Comisión ha anunciado que se propone presentar, en junio de 2001, un Libro Verde sobre dicha cuestión y fomentar un amplio cambio de impresiones*.

⁷ Vid. Consejo Europeo de Lisboa, celebrado los días 23 y 24 de marzo de 2000, en su conclusión número 39 declara literalmente: *El Consejo Europeo hace un llamamiento especial al sentido de responsabilidad social de las empresas con respecto a las prácticas idóneas en relación con la formación continua, la organización del trabajo, la igualdad de oportunidades, la integración social y el desarrollo sostenible*.

discapacitados⁸. Podría en definitiva decirse, que la responsabilidad social corporativa “amplía su espectro y se constituye como una estrategia empresarial de contenido ético que se encuentra presente en cada sector de su actividad”⁹.

Ha venido siendo pacífica la consideración de la voluntariedad de la asunción de compromisos por la empresas, como epicentro de la responsabilidad social corporativa, que se ha visto matizada, en palabras de ROSO CAÑADILLAS, por una “regulación de presión” en los ordenamientos jurídicos internos. De este modo, continúa la autora, “indirectamente, los ordenamientos jurídicos dirigen a las empresas y corporaciones hacia la adopción, que se pretende automática, del lema en sus prácticas empresariales de un “hacer responsable”, que el Derecho penal “utiliza como una herramienta más dentro de todo el sistema jurídico”¹⁰. Esta “regulación de presión”, se dejó sentir en los Códigos Penales anteriores al vigente, que progresivamente caminaron hacia la definitiva aceptación de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Es la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificaba el Código Penal¹¹, la que abolió definitivamente el principio clásico¹² *societas delinquere non potest*¹³, de forma que las personas jurídicas, son desde entonces, responsables penalmente de ilícitos penales, y se les pueden imponer penas.

Hasta la definitiva aceptación en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal de los entes colectivos, que ya defendían¹⁴ Saldaña¹⁵ y Barbero

⁸ Vid. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: Compliance y Responsabilidad social corporativa, en Dictum abogados. 2015.

⁹ Cfr. ROSO CAÑADILLAS, R.: Empresas: como no incurrir en responsabilidad penal ... ob. cit., pp. 36 y ss.

¹⁰ Cfr. ROSO CAÑADILLAS, R.: Empresas: como no incurrir en responsabilidad penal... ob. cit., pp. 36 y ss.

¹¹ Siendo asimismo reformado el Código Penal, en la materia que nos afecta, por la Ley Orgánica 1/2015.

¹² Algún autor defendía de lege ferenda la introducción de la responsabilidad penal plena de las personas jurídicas, especialmente, ESPINAR ZULGADÍA, J.M.: Convivencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*, en Cuadernos de política criminal, 1980. Nº 11, pp. 79 y ss.

¹³ Vid. CUADRADO RUIZ, M.A.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?, en Revista Jurídica de Castilla y León. Nº 12. 2007 p.123. El autor señala que “El principio clásico *societas delinquere non potest* se encuentra asentado en nuestra tradición jurídica desde el siglo XVIII, anteriormente, desde el siglo XIV al XVIII las personas jurídicas fueron responsables penalmente”.

¹⁴ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: Responsabilidad ... ob.cit., en Revista de Derecho Penal y Criminología. Vol. 18. 2006, p. 147.

¹⁵ Vid. SALDAÑA, Q.: Capacidad criminal de las personas sociales (doctrina y legislación). Reus, Madrid, 1927, pp. 126 y ss; ALVARADO PLANAS, J.: El proyecto de Código Penal de 1884, de Silvela, y el Código Penal del protectorado español en Marruecos, en Boletín de la Facultad de Derecho. Nº 1.1992. p. 88, que dispone que “ El Proyecto de 1884, preparado por Luis Silvela, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, fue presentado a las Cortes por su he mano Francisco Silvela, entonces ministro de Gracia y Justicia, el 29 de diciembre de 1884, Archivo del Congreso, Legislatura 1884-1885, Ap. 1.

Santos¹⁶, -no en vano el Proyecto Silvela (1884), declaraba la capacidad criminal de las personas jurídicas, aunque no llegó a alcanzar la sanción legal-, algunos textos penales, comenzaron a excepcionar, tímidamente, el principio de irresponsabilidad de las personas jurídicas:

-El Código Penal de 1973, preveía respecto a algunos delitos determinados¹⁷, medidas¹⁸ que podían imponerse a las personas jurídicas, tales como disolución de la sociedad, suspensión de sus actividades, prohibición de realizar actividades mercantiles o negocios, el cierre de la empresa o la clausura de sus locales.

- La publicación de Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal 1983¹⁹, constituyó, el primer y tímido cambio legislativo que excepcionó el principio de irresponsabilidad de las personas jurídicas. Esta Ley, mediante la introducción de la formula *de las actuaciones en nombre de otro*

Editado por la Imprenta de los hijos de J. A. García, Proyecto de Código Penal. Madrid, 1885, con Preámbulo de Francisco Silvela, en calidad de ministro de Gracia y Justicia, a las Cortes. (...), el Proyecto presentado, fue remitido por la Cámara a una Comisión presidida por Santos Isosa, de la que Luis Silvela era secretario, lo que, incompatibilidades aparte, auguraba un exitoso futuro al meritado Proyecto. El 18 de abril de 1885 la Comisión devolvió al Presidente de la Cámara el texto revisado con ligeras modificaciones (...). Por diversas circunstancias al final de este trabajo, el PS no pasó de ese trámite”.

¹⁶ Vid. BARBERO SANTOS, M.: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Revista de Derecho Mercantil, 1957.

¹⁷ Delitos contra la salud pública, contra el medioambiente, tráfico de influencias, derecho de propiedad industrial.

¹⁸ No obstante, estas medidas, no tenían consideración de penas, ni el Código las incluía entre ellas, aunque sí admitía la responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas. Vid. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971 de 15 de noviembre. Boletín Oficial del Estado de doce de diciembre de 1973. Artículo 27. *Las penas que se pueden imponer con arreglo a este Código y sus diferentes clases son las que comprende la siguiente:*

ESCALA GENERAL; Penas graves: Reclusión mayor, Reclusión menor, Prisión mayor, Prisión menor, Arresto mayor; Extrañamiento; Confinamiento, Destierro, Reprensión Pública; Pérdida de la nacionalidad española, Inhabilitación absoluta; Inhabilitación especial para cargos públicos; derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio; Suspensión de cargos públicos; derecho de sufragio activo y pasivo; profesión u oficio; Penas leves: Arresto menor; Penas comunes a las dos clases anteriores; Multa; Caución; Pena accesoria: Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito. Artículo 28. “La multa, cuando se impusiere como pena principal única, y la privación del permiso o la licencia de conducción se reputarán: 1.º Graves, cuando la multa fuere de 100.000 ptas o más y la privación del permiso o la licencia de conducción fuera por tiempo superior a tres meses. 2.º Leves, cuando la multa no llegare a la suma señalada en el párrafo anterior y la privación del permiso o la licencia de conducción no sea superior a tres meses”. Artículo 29. “ Las penas de inhabilitación y suspensión para cargos públicos, derecho de sufragio, profesión u oficio, son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la Ley, declara que otras penas las llevan consigo.

¹⁹ En este sentido, Vid. GUTIÉRREZ MUÑOZ, C.: El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de Derecho material; MORALES PRATS, F. Tesis Doctoral Inédita. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 2016; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, en Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº 18. 2006, p. 147.

(artículo 15 bis)²⁰, removi6 los eventuales obst6culos para que la responsabilidad de los delitos cometidos por una persona jur6dica no se hiciese extensiva a sus representantes.²¹ Por otro lado, como se6ala LUZ6N PE6A²², este C6digo contin6a recogiendo “de modo disperso en su articulado sanciones de disoluci6n, clausura, suspensi6n o prohibici6n de actividades” que ya estaban previstas²³.

- Pero el antecedente inmediato de la Responsabilidad Penal de las Personas Jur6dicas, es la Ley Org6nica 10/1995, 23 de noviembre, del C6digo Penal²⁴. Su art6culo 129 inclu6a, entre las “consecuencias accesorias”, un cat6logo de medidas que el Juez o Tribunal pod6a imponer a personas jur6dicas o empresas, aunque s6lo en los casos expresamente previstos por el C6digo Penal²⁵. Estas medidas, consist6an en la

²⁰ El art6culo 15 bis de Ley Org6nica 8/1983 preceptuaba: *El que actuare como directivo u 6rgano de una persona jur6dica o en representaci6n legal o voluntaria de la misma, responder6 personalmente, aunque no concurran en 6l y s6 en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.*

La Exposici6n de Motivos de la Ley Org6nica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del C6digo Penal, establece al respecto: ... *El problema se agranda cuando de individualizar la responsabilidad se trata, de ordinario en el marco de la actividad de las personas jur6dicas o de las actuaciones en nombre de otro. La rigurosa interpretaci6n de la autor6a en funci6n de los tipos de delito dificulta la imputaci6n de responsabilidad en aquellas figuras de delito cuya aplicaci6n requieren que el autor re6na determinadas condiciones, cualidades o relaciones. Los esfuerzos que en busca de la justicia material ha realizado la jurisprudencia en este terreno han puesto de manifiesto la necesidad de que nuestras Leyes penales incorporen una regla especial, la que aparece en el nuevo art6culo 15 bis, que ampl6e los casos de responsabilidad de autor descritos en el actual art6culo 14. La, al principio expuesta, exigencia de dolo o culpa para poder derivar responsabilidad criminal disipa cualquier temor en relaci6n con los aparentes peligros que entra6ar6 la aplicaci6n de la regla que se incorpora. Ley Org6nica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del C6digo Penal.*

²¹ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias accesorias en el nuevo C6digo Penal, en Revista penal. 1997, p. 46.

²² Cfr. LUZ6N PE6A, D.M.: El anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia, en Jueces para la democracia. N6 14, 1991, pp. 55 y ss.

²³ A modo de ejemplo s6rvanse los art6culos 174, 265; 344 bis b, 344 ter, 347 bis, 452 bis C6digo Penal.

²⁴ En su redacci6n originaria.

²⁵ Vid. DEL MORAL GARC6A, A.: La responsabilidad penal de las personas jur6dicas: Societas delinquere non potest..., sed puniri potest!, en Abogac6a Espa6ola Consejo General. 2016, p. 1, considera que eran medidas de seguridad; Vid. ESPINAR ZUGALD6A, J.M. : Aproximaci6n te6rica y pr6ctica al sistema de responsabilidad penal criminal de las personas jur6dicas en el Derecho Penal espa6ol, en Centro de Investigaci6n Interdisciplinaria en Derecho Penal Econ6mico, 2010, pp. 1 y ss, considera que eran aut6nticas penas, y adem6s que la “naturaleza jur6dica de estas “consecuencias accesorias” no estuviera nunca libre de pol6mica. As6, hubo autores que llevaron a cabo un profundo estudio del art. 129 CP, aunque sin entrar en absoluto en el tema de la naturaleza jur6dica de las consecuencias accesorias previstas en el mismo; otros las consideraron instrumentos reparatorios civiles; otros se afanaron en demostrar que las consecuencias accesorias del art. 129 CP no eran ni penas ni medidas de seguridad y, supuestamente demostrado esto, no ofrecieron la m6s m6nima pista sobre “qu6 eran” en realidad; no faltaron quienes consideraron a las consecuencias accesorias como una tercera modalidad de sanciones penales “peculiares”, h6bridas o inclasificables. Tambi6n se defendi6 la 6ptica procesal para calificar a las consecuencias accesorias de “circunstancias accesorias de la sentencia condenatoria”, sin que falten quienes prefirieron distinguir entre la teor6a y la pr6ctica para afirmar que, en teor6a, las consecuencias accesorias no eran ni penas ni medidas de seguridad aunque, en la pr6ctica, su naturaleza de consecuencias accesorias a la pena principal hac6a que funcionaran como penas accesorias. Hubo tambi6n autores que las calificaron de consecuencias accesorias “especiales” que, como el comiso, privaban a la persona f6sica del instrumento peligroso que representa en sus manos la persona jur6dica. Otros

clausura, disolución, intervención de la entidad, suspensión de sus actividades, y prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios. Pero sin que se agotaran en dicho precepto las llamadas consecuencias accesorias, al preverse el comiso de los efectos e instrumentos del delito y de las ganancias obtenidas con el mismo, en el artículo 128 Código Penal.²⁶

consideraron que las consecuencias accesorias del art. 129 CP no eran ni siquiera sanciones (ni penales ni administrativas), sino simples consecuencias jurídicas preventivas- reafirmativas desprovistas de la naturaleza de sanción. No faltaron, por último, quienes consideraron que las consecuencias accesorias eran medidas de carácter administrativo dada la imposibilidad de que las personas jurídicas realizaran acciones típicas y antijurídicas. Ocho posiciones doctrinales totalmente divergentes.”; BAJO FERNÁNDEZ, M.: Responsabilidad penal ... ob. cit., en Cuadernos de derecho judicial. Nº 7. 2006, pp. 33 y ss, que al respecto de las consecuencias accesorias del artículo 129 Código penal (la clausura, la disolución, la suspensión de actividades, la prohibición de realizar actividades en el futuro y la intervención), establece que no son penas criminales para la opinión mayoritaria de doctrina y jurisprudencia, sino una más de las medidas administrativas que autorizadamente imponen los tribunales de justicia (como las multas coercitivas o las medidas de seguridad predelictuales). Y por otro lado que, que desde Bruselas se presionó a España para que se impusieran sanciones disuasorias, efectivas y proporcionales, a las personas jurídicas, a lo que España, respondió que las medidas previstas en el artículo 129 C.P, amparaban dicha pretensión. No fue hasta la promulgación de la L.O 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, cuando se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, una regulación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas; LUZÓN PEÑA, D.M.: Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas, Madrid. 1995, p. 23 y ss, que acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, considera como un tertium genus de las consecuencias jurídicas del delito, con una finalidad preventiva reforzada: preventivo-general (disuasorio) y preventivo –especial y, en el mismo sentido se expresan entre otros, FARALDO CABANA, P.: Delitos societarios. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 330; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico. Parte general. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 231 y ss; MARTÍNEZ RUIZ, J.: Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, en Revista electrónica de ciencia Penal y criminología. Nº 1. Granada, 1999.

²⁶ Título VI que el CP dedica a las *consecuencias accesorias* del Libro I. En títulos distintos, se regulaban a penas (Título III), medidas de seguridad (Título IV) responsabilidad civil y las costas procesales (Título V). El art. 129 CP introdujo el siguiente catálogo de medidas: *El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación. c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años. 2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa. 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma. Dichas medidas accesorias solo podían imponerlas el Juez o Tribunal a personas jurídicas o empresas, únicamente en los casos expresamente previstos por el CP. La otra consecuencia accesoria que se prevé en el Título VI es el comiso de los efectos e instrumentos del delito, así como de las ganancias obtenidas con el mismo, conforme art. 128 que en su redacción originaria rezaba en su literalidad: “Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.*

- La reforma del Código Penal, por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, dio un paso más hacia la admisión de la responsabilidad de los entes colectivos en el ámbito penal, con la introducción del artículo 31.2²⁷. Este precepto establecía que en los supuestos de actuación en nombre de otro, o representación legal o voluntaria de una persona jurídica, esta respondería, de manera directa y solidaria del pago de la multa que se impusiera (a la persona en cuyo nombre o por cuanta actuó)²⁸.

- No pueden dejar de mencionarse, por su importancia, los Anteproyectos de Ley Orgánica de Reforma del Código penal, de 2006²⁹ y 2008³⁰, que representaron dos

²⁷ Vid. MAPARELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal,... ob.cit., en Revista penal 1997, p. 46; Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: Aproximación teórica y practica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho español, en ponencia Ministerio Justicia, p. 7; Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M.: La responsabilidad penal colectiva, en Cuadernos de Política Criminal. Vol. 2, Nº 98. 2009, p. 9; Vid. DEL MORAL GARCÍA, A.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *societas delinquere non potest... sed puniri potest!*...,... ob.cit., en Abogacía Española Consejo General, 2016, p. 1.

²⁸ Al respecto de las actuaciones en nombre de otro, Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Autoría y participación en Revista de Estudios de la Justicia. Nº 10. 2008, pp. 13 y ss. Como certero se manifiesta el Catedrático de la Universidad de León, “el art. 31 CP establece: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. “Tampoco es posible entrar aquí en detalles y señalaré solamente que esta previsión legal no fundamenta el castigo sin más de administradores de personas jurídicas (o representantes de personas físicas que, por ejemplo, se constituyan como empresario individual) por los delitos cometidos en el seno de la persona jurídica (por ejemplo, una empresa), como en ocasiones sostuvo erróneamente el TS sobre todo en alguna sentencia en materia de medio ambiente. El precepto citado lo único que hace es “transmitir” o suplir en el administrador o representante, que carece de ella, la característica propia de un delito especial que concurre en la persona jurídica de la que se es administrador o en la persona física en cuyo nombre o representación se actúa, pero, para que el administrador o representante responda como autor del delito, deberá realizar la conducta propia de la autoría. De no existir este precepto, se producirían importantes lagunas de punición, pues el administrador o representante que comete un delito especial no respondería penalmente por él ni como autor (al no concurrir en él la cualidad especial requerida por el tipo) ni, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación, como partícipe (al no ser la persona jurídica –que en cualquier caso no responde penalmente- o el representado o persona en cuyo nombre se actúa autor del delito)”; Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: p. 40; DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: Los entes colectivos como sujetos del Derecho Penal. Su tratamiento en el Código Penal, en Anuario de derecho penal y ciencias penales. Vol. 55. 2002. p. 204, atisba que “se trata de una cláusula de extensión de la tipicidad a intervinientes en delitos especiales propios en los que no concurre la cualidad, condición o relación que exige el tipo”.

²⁹ El Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal, fue aprobado por el Consejo de Ministros el 14 de julio de 2006. El informe sobre el Anteproyecto incluía: “Como novedad, la responsabilidad penal se extiende a las sociedades mercantiles de forma complementaria a la que recaiga sobre las personas físicas que las gobiernen, o bien a aquellos sujetos que cometan los hechos delictivos, sometidos a la autoridad de esas personas físicas, que así se lo han indicado, o que, simplemente, no han ejercido el debido control para evitar esos delitos. La responsabilidad penal de las personas jurídicas está asumida y admitida en el ordenamiento jurídico de los países de nuestro entorno”.

³⁰ En el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 14 de noviembre de 2008, se proponía añadir el artículo 31bis, con la siguiente redacción: *1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el*

intentos mas en la incriminación de estos entes jurídicos. Estos Anteproyectos, venían a suplir las carencias de las que adolecía el Código que regía; al tiempo que daba respuesta a los nuevos fenómenos y formas de comisión de delitos, y a la necesidad de adaptación de la normativa penal a la legislación de la Unión Europea³¹.

II. La dimensión ética³², como ya lo fuera para la responsabilidad social corporativa, es el vector, de los modelos de organización y gestión³³ o *corporate*

funcionamiento de la sociedad. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho 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 no haberse ejercido sobre ellos el debido control". 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas. 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 aquéllos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. 4. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad.*
- c) Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral el daño ocasionado por el delito.*
- d) 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 o bajo la cobertura de la persona jurídica.*

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades.

³¹ En el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal, de 2006 se proponían añadir al actual artículo 10 del Código Penal un segundo párrafo, en el que se establezcan las bases de imputación penal a las personas jurídicas, de forma directa: *Las personas jurídicas son responsables criminalmente por los hechos delictivos imputables a su actuación social o su forma de organización, sin perjuicio de la responsabilidad penal de quienes actúen en su nombre o por su cuenta.* Si bien no resultó aprobado.

³² Al respecto de esta cuestión Vid. HERRERO GIMÉNEZ, R.: *Corporate Compliance responsabilidad y empresa*, en MARISCAL DE GANTE, M.V. (Dir.) y GARCÍA RUIZ, A./BRITO SISO, C. (Coord.): *II Jornada de investigadores del departamento de derecho penal: Sobre la reforma penal de 2015*. Servicio de publicaciones de facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, p. 246; AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. *Delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control empresarial*. Atelier Libros, Barcelona, 2009, pp. 117 y ss.

³³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, en el artículo 31 bis apartado 2 2º, y apartado 5, regula los Programas de Cumplimiento Normativo. Con anterioridad lo hizo, mas tímidamente, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el Código Penal, que introdujo novedosamente en nuestro ordenamiento jurídico, la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, aboliendo con ello el tradicional principio *societas delinquere non potest*. La ley de reforma regulaba en el año 2010, como circunstancia atenuante que la empresa hubiese adoptado modelos de prevención antes del comienzo del juicio oral (artículo 31 bis 4 letra d). Con la reforma operada en el

*compliance programs*³⁴. La Fiscalía General del Estado, recuerda, como no podía ser de otra manera, que en “puridad, los modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs* no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial”³⁵ (...) “El objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados, y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento”. Puede decirse que las entidades han asumido el deber de promover la cultura de *compliance*, cuya importancia reside en que disminuye la probabilidad de que se comenten delitos en el seno de las empresas. Esta regulación normativa que realiza la propia entidad, en definitiva es la asunción del deber del control de riesgos, y del establecimiento de mecanismos de sanción dentro de la propia empresa (para el caso de que detecten vulneraciones de la misma). Es la llamada “autorregulación regulada”, integrada por el derecho de autorregulación y su correlativo “deber de hacer frente a las consecuencias de ejercer las potestades autorreguladoras concedidas”³⁶.

Pero no podemos dejar a un lado la dimensión estrictamente penal de estos *corporate compliance programs*, que en la medida en que ajusten su contenido normativo a la regulación legal, permitirán la exoneración de responsabilidad criminal de las corporaciones. Para que opere como eximente se exige su previa implantación a

Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los Programas de Cumplimiento Normativo, han adquirido una mayor relevancia, pues siguen manteniendo la posibilidad de atenuación en los mismos términos que ya lo hacía la anterior regulación, y además puede operar como eximente (artículo 31 bis apartado 2 2º, y apartado 5).

³⁴ Otras denominaciones: *Compliance Programs*, *Risk Management*, *Value Management* y *Corporate Governance*, *Business ethics*, *Integrity Codes*, *Codes of Conduct* y *Corporate Social Responsibility*.

³⁵ 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. 38 y conclusión número 19.a.2.

³⁶ Vid. GÓMEZ- JARA DÍEZ, C.: Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en BAJO FERNÁNDEZ, M./FEIJOO SÁNCHEZ, B.J: Tratado de responsabilidad penal de personas jurídicas (adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal). Civitas, Navarra, 2016, pp. 92 y ss, que señala que en España se ha acontecido el “afianzamiento del movimiento tendente a la autorregulación en el mundo empresarial”, de marcado carácter político, al reestructurar la tradicionales relaciones entre Estado y empresa, en las que estas asumen un rol de colaboración con el Estado; este movimiento se encuentra en la base del que se viene denominando “derecho de autorregulación regulada” del mismo; GOMEZ-JARA DÍEZ, C.: La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría, necesidad para la práctica”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M./MIRÓ LLINARES, F. (Dir.): La Teoría del delito en la práctica penal económica, la Ley Madrid, 2013, pp. 537 y ss.; NIETO MARTÍN, A.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Iustel, Madrid, 2008, pp. 48 y ss.

la comisión de un ilícito penal³⁷, su ajuste al contenido del artículo 31 bis apartado 5 del Código Penal, y su conocimiento todos los integrantes de la organización³⁸. Al ser “conjunto de normas, criterios, obligaciones y deberes a los que se somete, tanto ad intra (...), como ad extra”³⁹, deben incorporar un sistema de evaluación de riesgos normativos, que incluyan procedimientos de prevención en la adopción y ejecución de toma de decisiones, modelos gestión de recursos financieros para la prevención del delito, y un eficaz sistema de control de riesgos. En realidad, tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el 31 bis apartado 5, delimita perfectamente su contenido : 1.º *Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos*; 2.º *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*; 3.º *Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de*

³⁷ Como se dijo, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, en el artículo 31 bis apartado 5, se refiere explícitamente a los Modelos de Organización y Gestión. Conforme a esta regulación, si los Modelos de Prevención han sido adoptados por una entidad corporativa antes de la comisión del ilícito penal, opera como eximente, siempre que se ajuste a los prescrito en el apartado 5º del artículo 31 bis. Si bien no debe obviarse que la nueva regulación de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica, que es introducida por la Ley Orgánica 1/2015, continúa acogiendo la circunstancia atenuante, como ya lo hacía la anterior regulación, y que actuará cuando las medidas eficaces de prevención, se adoptasen antes del comienzo del juicio oral (artículo 31 quarter letra d, de la Ley Orgánica 1/2015, como ya hacía el artículo 31 bis 4 letra d/ de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el Código Penal).

³⁸ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: Atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en BAJO FERNÁNDEZ, M./FEIJOO SÁNCHEZ, B.J: Tratado de responsabilidad penal de personas jurídicas (adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal). Civitas, Navarra, 2016, pp. 244 y ss, que señala que l a medida modificativa de responsabilidad penal, introducida por la Ley del año 2010, era una manifestación evidente de lo conocidos por todos Corporate Compliance, si bien la reforma de 2015, comportó la regulación formal de estos programas de prevención, mediante la introducción de una serie de requisitos específicos.

³⁹ Cfr. HERRERO GIMÉNEZ, R.: Corporate Compliance responsabilidad y empresa, en MARISCAL DE GANTE, M.V. (Dir.) y GARCÍA RUIZ, A./BRITO SISO, C. (COORD.): II Jornada de investigadores del departamento de derecho penal... ob.cit., p. 250. En relación a esta materia también, Vid. KUHLLEN, L. en MONTIEL, J.P./DE URBINA GIMENO ORTIZ, Í.: Compliance y teoría del derecho penal. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013, p. 51, que define Corporate Compliance como “las medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen”; ARTAZA VARELA O.: Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal, en MIR PUIG, S.: “Responsabilidad de la Empresa y Compliance”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. Programas de prevención, detección y reacción penal. Edisofer, Madrid, 2014, p. 231, este autor define como “el conjunto sistemático de esfuerzos realizados por los integrantes de la empresa tendientes a asegurar que las actividades llevadas a cabo por esta no vulneran la legislación aplicable”; NIETO MARTÍN, A. en NIETO MARTÍN, A./LASCURRAIN SÁNCHEZ, J. A./BLANCO CORDERO, I./PÉREZ FERNÁNDEZ, P./GARCÍA MORENO, B.: Manual de cumplimiento penal en la empresa. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 26, que define “ como un sistema de gestión empresarial que tienen como objetivo prevenir y si resulta necesario, identificar y sancionar las infracciones de las leyes, regulaciones códigos o procedimientos internos que tiene lugar en la organización, promoviendo una cultura de cumplimiento”.

los delitos que deben ser prevenidos; 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; 6.º 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.

A propósito de la regulación legal, deben ser tomadas en consideración, las precisiones que la Fiscalía General del Estado, hace al respecto del contenido de estos modelos de prevención. Considera que debe ser claro, preciso, eficaz y adecuado para prevenir el delito que se ha cometido, dirigido individualizadamente a la empresa y a sus concretos riesgos; la entidad corporativa “deberá establecer, aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales, derivados de sus actividades de acuerdo con el nivel de riesgo global, (que haya sido) aprobado por la alta dirección de las entidades, y con los niveles de riesgo específico establecidos”⁴⁰.

Finalmente, y al respecto de la evaluación de riesgos que debe realizar la empresa cabría preguntarse si deben ser estrictamente penales⁴¹, o debería hacerse extensivo a otros riesgos normativos o reputacionales. Entre los primeros, CASTRO VARELA, que considera que los programas de cumplimiento deben contener una evaluación de riesgos estrictamente penales, que parta de una evaluación *ad hoc*, y profundice en la actividad concreta de la empresa y en los riesgos que son propios.⁴² Entre los que realizan una interpretación extensiva de la norma, CAMPUZANO LAGUILLO⁴³, quien sostiene que junto a los riesgos normativos estrictamente penales, deberían evaluarse otros “riesgos normativos (p.ej. gobierno corporativo, protección de datos, blanqueo de capitales, etc.) y reputacionales (p.ej. políticas de igualdad de género, políticas de publicidad y competencia, etc.)”. De esta forma, y tomando en consideración la dimensión de la entidad y la exposición a cada uno de los riesgos detectados, se implantará

⁴⁰ Circular 1/2016, sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

⁴¹ Vid. CASTRO VARELA, M.: El Corporate Compliance: asentamiento y evolución ante la reforma del Código Penal, en MARISCAL DE GANTE, M.V. (Dir.) y GARCÍA RUIZ, A./BRITO SISO, C. (COORD.): II Jornada de investigadores del departamento de derecho penal... ob.cit., pp. 207 y ss.

⁴² Vid. CASTRO VARELA, M.: Ult. op y loc. cit.

⁴³ Cfr. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: Compliance ... ob.cit., en Dictum abogados. 2015.

definitivamente un eficaz programa de prevención y actuación. Esta interpretación amplia es mas acorde, a mi juicio, con el espíritu normativo y dimensión ética de los *corporate compliance programs*, al constituir en palabras de FEJOO SÁNCHEZ, “el mejor medio para prevenir los enormes costes reputacionales, económicos y personales que puede conllevar para la empresa y sus dirigentes no solo una condena penal, sino la mera incoación y existencia de un proceso penal”⁴⁴.

III. La responsabilidad social corporativa, desde la perspectiva del compromiso voluntario que asumen las corporaciones, -sea en puridad, sea en virtud de la “regulación de presión” que existen en los ordenamientos jurídicos internos-, se configura como una responsabilidad empresarial de contenido ético. Esta responsabilidad va a “hacer recomendable” al empresario la implantación de Protocolos de evitación preventiva de responsabilidad corporativa. Al mismo tiempo, podría decirse que el *corporate compliance programs*, cuyo esencial objetivo es promover una cultura ética empresarial, se convierte en el medio adecuado para que las empresas puedan dar cumplimiento eficaz a los objetivos éticos (transparencia, anticorrupción), que se habían marcado asumiendo una cultura de responsabilidad social corporativa, al tiempo que, desde una perspectiva penal, le eximirá de responsabilidades penales. Si bien, estos *corporate compliance programs* no agotan todos los objetivos que persigue la responsabilidad social corporativa (elevar los niveles de desarrollo social, protección medioambiental, respeto de los derechos humanos, la organización del trabajo, la igualdad de oportunidades, la integración social, el desarrollo sostenible, prevención de riesgos laborales, salud laboral, ética en los negocios, transparencia, la reputación y el buen gobierno corporativo o la integración de discapacitados), que continuarán en el ámbito de la voluntariedad empresarial.

⁴⁴ Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, B.J.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.): Estudios sobre las reformas del Código (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero). Civitas, Navarra, 2011, pp. 65 y ss.