

Consideraciones de carácter sustantivo y procesal al hilo de la circular 1/2016 de la fiscalía general del estado.

Daniel, Benítez Rodríguez. Marc, Molins Raich. Abogado. Molins&Parés, Defensa PenalSocio. Molins&Parés, Defensa Penal

Publicación:

Revista Aranzadi Doctrinal num.4/2016

Editorial Aranzadi, SA

Como es sabido, desde la reforma de nuestro [Código penal del año 2010 \(RCL 2010, 1658\)](#), el modelo de atribución de responsabilidad penal ha sido objeto de una profunda revisión superando las reticencias y las objeciones doctrinales y jurisprudenciales acuñadas al hilo de un modelo de imputación focalizado en la persona física.

En defecto de un cuerpo de jurisprudencia estable y consolidado que interprete los nuevos preceptos introducidos en los Libros primero y Segundo del Código penal, las distintas Circulares de la Fiscalía General de Estado están contribuyendo de una forma notable a facilitar la interpretación de los designios de nuestro Legislador. En este sentido y sin perjuicio de consignar las lógicas reservas que puedan merecer algunos pasajes concretos, cumple dar inicio a este artículo que en defecto del cuerpo de jurisprudencia estable que colme la función nomofiláctica que le corresponde a nuestro Tribunal Supremo, el esfuerzo interpretativo que realiza la Fiscalía General del Estado coadyuva a mejorar la elaboración conceptual y la comprensión de esta revolución legal que estamos viviendo.

Sentado lo anterior, por medio de este artículo quisiéramos valorar y someter a la consideración del lector, los extremos más destacados de esta nueva Circular que emana de la Fiscalía General del Estado en la que se aborda, por segunda vez, la interpretación del cuerpo legal llamado a regular la imputación de las personas jurídicas. Y si bien es cierto que lo hace al hilo de una cuestión esencial sobre el que pivota el modelo de imputación esto es, la valoración de la eficacia de los planes de prevención de delitos, no lo es menos que a través de su elaboración, aborda cuestiones esenciales tanto de tipo sustantivo como procesal, erigiéndose de nuevo en un instrumento útil e interesante para interpretar con acierto los designios del legislador.

En orden a construir una estructura discursiva lógica en este artículo que pretende abordar tanto elementos sustantivos como procesales de la [Circular 1/2016 \(ARP](#)



[2016, 1\)](#), resulta esencial iniciar este escrito refiriéndonos al punto tercero de la citada Circular, esto es, las personas jurídicas imputables e inimputables en el proceso penal, de conformidad a la interpretación del artículo 31 bis del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#), para continuar analizando los nuevos objetivos del proceso penal y acabar con la extensión de la exención de la responsabilidad penal contenida en el citado artículo 31 bis.

Personas jurídicas imputables e inimputables

Aun a riesgo de incurrir en una crítica prematura y excesiva del texto de la Circular cuyo comentario nos ocupa, quisiéramos dar inicio a este epígrafe valorando la nomenclatura empleada por la Fiscalía General del Estado.

A juicio de los autores de este artículo, la exclusión de responsabilidad prevista en el apartado quinquies del artículo 33 bis del nuevo texto legal, no puede considerarse una causa de «inimputabilidad» estricto sensu. El empleo de esta nomenclatura podría llevar a equívoco en cuanto a la *ratio legislatoris* de la exclusión. Como es sabido, en nuestro contexto dogmático la inimputabilidad del sujeto viene dada, esencialmente, por su inculpabilidad, lo cual no casa exactamente con la exclusión de responsabilidad prevista para la mercantil que adopta un plan de prevención de delitos puesto que siguen existiendo dudas acerca del fundamento culpabilístico que habilita su imputación.

Por esta razón, necesitamos dar inicio a este epígrafe consignando una respetuosa discrepancia con la nomenclatura empleada por la Fiscalía General al referirse a las personas jurídicas «inimputables», sugiriendo una alternativa en referencia a las personas jurídicas «exentas» de responsabilidad penal, por ser esta catalogación más coherente con la carga de profundidad conceptual que tiene la noción de «inimputabilidad» en la teoría del delito que vertebraba la atribución de responsabilidad en nuestro Código penal.

Sentado lo anterior, en el mismo plano lingüístico, debe ponerse de manifiesto que no puede sino sorprender que, a fecha 22 de enero de 2016, data en que vio la luz la referida Circular, más de seis meses después de que la modificación del Código Penal a la que hace referencia entrara en vigor, la Fiscalía General del Estado, continúa empleándose el término «imputación» para referirse a los ahora llamados «investigados» o «encausados» tras el Auto de Apertura del Juicio Oral, en lo que parece ser una explícita adhesión a las críticas que ya ha merecido el legislador por las incomprensibles modificaciones de los vocablos con los que históricamente nos hemos referido a las personas que se someten al yugo de la investigación penal.



Más allá de este conflicto terminológico, resulta necesario analizar el criterio de la Fiscalía General del Estado al discernir entre aquellas personas jurídicas que pueden o deben ser investigadas y aquéllas que ni pueden ni deber ser investigadas.

Distingue la Circular entre tres categorías de persona jurídica, a efectos criminológicos, a saber:

Aquellas personas jurídicas que operan con normalidad en el tráfico jurídico, sin un previo sustrato delictual, y a quien se dirigen de forma directa las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del artículo 31 bis del Código Penal siendo investigables;

Aquellas personas jurídicas que operan en el tráfico jurídico con normalidad parcial. Es decir, aquéllas que su actividad es en mayor o menor medida delictual, pero en ningún caso incidental como sería el caso de las primeras, siendo éstas investigables, también; y

Aquellas personas jurídicas con carácter netamente instrumental, esto es, con ninguna o prácticamente ninguna actividad lícita —o de carácter muy residual— cuya única finalidad es servir a fines delictivos. Estas personas jurídicas no serán investigables, siguiendo el criterio de la Fiscalía General del Estado.

La anterior clasificación de las personas jurídicas en relación a su objeto o fin parece más propia del resultado de la investigación judicial, a modo de conclusión sobre las mismas, que de una inicial categorización o definición previa al proceso judicial.

Parte el criterio de la Circular de lo que entiende como fin del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, en definitiva, de lo que conocemos como «*mens legislatoris*», para continuar señalando que «*el régimen del artículo 31 bis del Código Penal no está diseñado para ellas (régimen de supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.*»

Si bien, como detallaremos a continuación, entendemos y compartimos el fondo del razonamiento, no podemos compartir dos extremos del argumento, estos son, (i) que



la conclusión de dicho criterio deberá llegar tras la investigación judicial —como apuntábamos anteriormente— y (ii) que materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el artículo 31 bis del Código Penal.

En relación al (i) primero de los extremos divergentes, la conclusión sobre la finalidad o naturaleza de la persona jurídica, ya la propia Circular pone de manifiesto las preocupantes mermas en las garantías procesales que la persona jurídica puede sufrir, remitiéndose al respecto, al Auto de 19 de mayo de 2014 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Auto dimanante del Rollo de Sala de Apelación Contra Autos 128/2014, proveniente de las Diligencias Previa Procedimiento Abreviado 26/2012 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6), en el caso de dilucidarse, *ab initio*, sobre su imputabilidad o no en el proceso final.

En dicho Auto, la Sala de lo Penal revoca el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 el cuál, tras acordar *«el bloqueo y embargo preventivo de los saldos (y los intereses que devenguen) de las cuentas bancarias, depósitos, valores, títulos, acciones, deuda pública u otros activos financieros y cualquier otro producto existente a favor de las personas y sociedades siguientes, o sobre los que ostenten poderes, cualquiera que sea la forma de administración»*, deniega la personación solicitada por la mercantil en calidad de perjudicada por las cautelares adoptadas.

Tras analizar el supuesto de hecho, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional concluye que únicamente cuando se esté frente a mercantiles sin ningún tipo de actividad legal, o sólo de carácter residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y que por ello no resultan imputables.

Como bien apunta la Sala, corresponde al órgano instrucción durante la instrucción del procedimiento determinar cuál ha de ser la situación y pronunciarse de forma fundada y motivadamente sobre el estatus jurídico procesal de las personas jurídicas incurso o afectadas por el procedimiento.

Para ello, para que sea durante la instrucción de la causa cuando el instructor determine la situación procesal de la persona jurídica, resulta necesario que se admita la personación de la persona jurídica cuando alguno de sus intereses colisione con el fin del procedimiento iniciado, resolviendo la petición singularmente en los casos en los que dicha imputación no se haya acordado de oficio por el propio instructor de conformidad a lo dispuesto en los artículos 118 y 119 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#).

No podemos olvidar, como no lo hace la propia Audiencia Nacional en el Auto



citado, que la valoración inicial de la persona jurídica como mero instrumento o simulación genera una mayor situación de confort al órgano instructor siendo *«las posibilidades de adopción de medidas cautelares reales o personales mucho más amplias e informales, incluso con la posibilidad de abarcar a las adoptadas en el presente caso, que por su naturaleza y amplitud implican un embargo de la totalidad de los medios financieros con que cuentan las sociedades, dejándolas de facto sin posibilidad de actuar en el ámbito mercantil, lo que equivale a una suspensión de facto de su actividad jurídica y que constituye una pena o medida cautelar expresamente prevista en el art. 33.7 del Código Penal referidas a las personas jurídicas penalmente imputables, pero que en este caso se adoptaría directamente por el juzgado sin mayores requisitos ni formalidades, [...]»*.

En definitiva, una valoración inicial, fundada única y exclusivamente en pesquisas policiales, denuncia o querrela, que faculte o dote al órgano instructor para la adopción de medidas cautelares respecto de la persona jurídica no puede, en caso alguno, servir también de fundamento para concluir una naturaleza instrumental de la persona jurídica que ampare su no introducción en el proceso penal, en forma de investigada, puesto que este descarte apriorístico cercena de forma inequívoca el Derecho de defensa que constitucionalmente le asiste.

Por lo anterior, consideramos que debe ser en el seno del proceso penal, previa admisión de la personación de la persona jurídica (ya sea de forma voluntaria, ya sea por vía de su atracción al mismo en calidad de investigada), dónde se suscite el debate contradictorio en méritos del cual, concluida la investigación pertinente, pueda el órgano instructor, mediante resolución judicial motivada, decidir sobre la sustantividad de la persona jurídica y el consiguiente estatus procesal que le quiera conferir. De otra forma, es decir, sin la posibilidad de ejercer la contradicción por ésta, el cercenamiento de su derecho de defensa parece claro puesto que como advierte la propia Audiencia Nacional en la resolución anteriormente referenciada, que la persona jurídica sea una mera pantalla o instrumento es una hipótesis que en los albores del procedimiento no se presenta de una forma *«nítida y evidente fáctica y jurídicamente, ni que tampoco se dé fácilmente en estado puro»*.

Una vez investigada la persona jurídica, deberá el órgano instructor en el caso del Procedimiento Abreviado, en el momento procesal oportuno, que no puede ser otro que mediante el Auto de Acomodación, concluirá de conformidad a lo dispuesto en el 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los hechos punibles y la identificación de la persona o personas a quien se le atribuyen.

En consecuencia con las disposiciones normativas de aplicación, en caso de sobreseerse el procedimiento respecto de la persona jurídica por el motivo que



exponíamos, se abrirá un nuevo dilema consistente en la necesidad de valorar, a la luz de las diligencias de investigación practicadas, si debe ampliarse la imputación, respecto de las personas físicas que subyacen tras la jurídica, por un delito de asociación ilícita, ex art. 515 del Código Penal, mediante la apertura de un nuevo procedimiento dispuesto a tal efecto.

Evidentemente, tal dilema deberá resolverse en cada caso de forma singular pues, la compatibilidad de la imputación de la persona jurídica, ex. Art. 31 bis, y la imputación de la persona física por asociación ilícita ex. Art. 515 del Código Penal, no será siempre posible y dependerá de las circunstancias concretas del caso.

No olvidamos que, por una cuestión de economía procesal, lo más probable es que, ante tal dilema, los Juzgados instructores, opten por imputar a la persona física por asociación ilícita, en aras a evitar el inicio de un nuevo procedimiento, de concluirse que la persona jurídica es «inimputable».

Esta ampliación de la imputación a las personas físicas permitiría, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 520 del Código Penal, abordar, por parte del órgano juzgador, el destino de la señalada persona jurídica, acordando su disolución o cualquiera de las penas accesorias contenidas en el artículo 129 del mismo texto.

Esta forma de conclusión, que evidentemente no podrá ser predicable para todo tipo de supuesto, permitirá dar un destino a la persona jurídica que, de otro modo, es decir, por su no investigación y encausamiento, nos puede llevar a mantener personalidades jurídicas formales sin terminación, en definitiva, manteniendo su asiento registral sin lógica alguna.

En relación al (ii) segundo de los extremos divergentes que apuntábamos, baste señalar que la estructura organizativa puede ser indicio de la existencia fraudulenta de la sociedad pero no conclusión. Es decir, podremos encontrarnos con sociedades pantallas con una plena imagen de realidad y formalidad, otorgada a los meros efectos de su disimulación en el tráfico jurídico, y sociedades carentes de estructura que no sean sociedades instrumentales, o pantalla, a efectos penales.

El nuevo objeto del proceso penal. valoración de la idoneidad del modelo de prevención de delitos en la empresa

Traída la persona jurídica al procedimiento como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el art. 31 bis del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#), en no pocas ocasiones, la parte nuclear de la controversia consistirá en recabar y combatir cuantos indicios y pruebas sean precisos para fundamentar el juicio de



idoneidad, o de inidoneidad, del modelo de prevención de delitos implementado por la mercantil puesto que de tal consideración, dependerá la eventual exención de su responsabilidad.

A la vista del modelo de responsabilidad diseñado por nuestro Legislador orgánico y con la lógica reserva que impone la falta de contrastación del modelo en la práctica diaria de nuestros Juzgados y Tribunales, no parece descabellado aventurar que en un número de casos muy importante, la consistencia y la validez del modelo o plan de prevención de delitos, se convertirán en la piedra angular del procedimiento, puesto que de lo anterior se derivará la exacción o la exención de responsabilidad penal para la empresa.

Parece evidente, a la luz del contenido de la Circular que analizamos en este escrito, que la dificultad estribará en probar la suficiencia e idoneidad del modelo, y no de su ineficacia, pues, como la propia Fiscalía General del Estado apunta *«la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención»*, pero *«también es cierto que este puede quedar seriamente en entredicho»*.

Un punto y aparte merece el aparente trasvase del «onus probandi» que se deduce de la «facilidad probatoria» a la que alude la Circular de la Fiscalía General al referirse a la posibilidad primaria de que sea la propia mercantil quien acredite la consistencia y la efectividad de su modelo de prevención, consagrando una suerte de presunción «iuris tantum» en cuya virtud, ante la comisión de un hecho con apariencia delictiva, se podrá partir de la premisa de la ineficacia o el carácter cosmético del programa de prevención que se pueda haber implementado.

En apariencia, bajo el pretexto de la facilidad probatoria, se carga a la defensa el deber de acreditar la ausencia de responsabilidad, en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, imponiendo a las acusaciones, en una fase inicial, el único deber de aportar los elementos suficientes para fundar la existencia del delito en el seno de la persona jurídica. Así, la Circular de la Fiscalía General del Estado señala que *«No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino quedeberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción»*.

Esta inversión de la carga probatoria parte de la propia naturaleza que el artículo 31 bis, apartado quinto, concede a los modelos de prevención de delitos, esto es, la naturaleza de eximentes —totales o parciales— de la responsabilidad penal. Es decir, su concurrencia neutraliza, total o parcialmente, la responsabilidad penal, pero no hace a la misma inexistente.



Para valorar la idoneidad del modelo, desarrolla la [Circular 1/2016 \(ARP 2016, 1\)](#) un conjunto de «criterio» valorativos, o interpretativos, de los requisitos que todo modelo de prevención de delitos debe contemplar de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 31 quiquies.

Antes de analizar los criterios interpretativos de la eficacia de los modelos de prevención de delitos contenidos en la citada Circular, creemos esencial hacer un breve repaso de los criterios de idoneidad fijados por el legislador en el propio artículo 31 bis, el cual señala que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal si cumple las siguientes condiciones:

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

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.

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

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

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

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.

Como puede observarse, la redacción del artículo 31 bis, en su apartado quinto, tras la reforma operada por la [Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo \(RCL 2015, 439, 868\)](#), introduce una serie de criterios que el legislador ha considerado de necesaria concurrencia en los modelos de prevención de delitos, para el reconocimiento de su idoneidad. Huelga comentar que escapa en mucho al objeto de este artículo la opinión acerca de la técnica legislativa empleada por nuestro Legislador, en concreta alusión a la reflexión que ya se ha planteado en voz alta acerca de si es el Código penal, el texto legal idóneo para definir el contenido de un modelo de prevención de riesgos penales o si este cometido debería haberse abordado por una norma específica y concreta, de rango legal, que completase con la debida técnica

legislativa las previsiones del mentado precepto.

Sin perjuicio de una política legislativa que en lo formal genera unas dudas acuciantes, lo cierto es que por medio de la modificación operada en el año 2015, el legislador, con mejor o peor suerte, ha concretado los parámetros que deben regir tanto en la confección como posteriormente en la valoración de la idoneidad de un modelo de prevención de delitos, de tal forma que, en caso de verificarlos, el mismo será apto para exonerar total o parcialmente de responsabilidad penal, a la persona jurídica.

Innegable resulta que la redacción es parca y que, posiblemente, hubiera sido interesante una técnica remisoria, por ejemplo, al modo de los tipos contenidos en el Capítulo IV del Título XVII del Código Penal. Ello habría facilitado la consolidación de normas, tanto con rango legal como reglamentario, que desarrollaran el contenido de los planes de prevención de delitos en las organizaciones. De tal modo, los operadores jurídicos gozaríamos de la seguridad jurídica que, con toda razón, reclamamos.

A falta de lo anterior, en defecto de una regulación unificada que desarrollara con la debida exhaustividad —inexigible en un texto como el Código penal— los requisitos establecidos por el artículo 31 bis para los modelos de prevención de delitos, nos veremos abocados a completar las previsiones normativas genéricas con las distintas opiniones y corrientes interpretativas que ya desde ahora suscita el texto generando.

En cualquier caso, como es sabido, para contar con esa interpretación estable y pacífica necesitaremos tiempo, debate, conclusiones y desde luego, por resultar inherente a tal proceso, discrepancias, descartes y en síntesis, una cierta dosis de inseguridad jurídica.

La primera de propuestas interpretativas que ha visto la luz es la propia Circular que ahora analizamos la cual, bajo el título «*Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión*», proporciona las primeras pautas interpretativas que si bien no podemos considerar auténticas (ex. Art. 3 del [Código civil \[LEG 1889, 271\]](#)), sí es cierto que provienen de una institución llamada a colmar la vertiente práctica de la norma penal desde la perspectiva constitucional que le otorga el artículo 124 de la [Carta Magna \(RCL 1978, 2836\)](#) sin que ello presuponga, lógicamente, un efectivo consenso con la propuesta interpretativa que se propone por medio de la Circular.

A nuestro entender resulta indudable que por medio de esta nueva reforma del artículo 31 bis del Código penal, nuestro Legislador ha pretendido colmar de seguridad jurídica la antigua regulación, caracterizada por una cierta laxitud en la



definición de los parámetros que debía verificar un plan de prevención de delitos para poderlo considerar idóneo para acceder a la eximente de la responsabilidad prevista en el mismo. Dicho de otro modo, ante la incertidumbre generada con la redacción original del artículo 31 bis, en la cual no se recogían los requisitos básicos del modelo de prevención de delitos, el legislador ha querido pautar cuáles serán los mínimos imprescindibles.

Sentado lo anterior, una vez constatada la «ratio legislatoris» que a nuestro entender explica esta nueva reforma del texto legal, conviene dejar apuntado que lo que deviene inaceptable es una interpretación del nuevo texto que precisamente prive a la norma de la seguridad jurídica que pretende darle el legislador. Y eso es precisamente lo que a nuestro entender sucede en méritos de la Circular que ahora se analiza. Ocasionalmente, a través de la propuesta interpretativa de la Fiscalía General del Estado, se tiende a ampliar y a dotar de laxitud a las previsiones normativas del nuevo texto apelando a conceptos jurídicos indeterminados que privan a la norma de la certeza y de la previsibilidad que le es exigible. Señalamos lo anterior porque como operadores jurídicos no podemos sino acoger con preocupación algunos de los criterios o principios interpretadores prestados por la Fiscalía General del Estado.

Debe hacerse especial mención al criterio segundo de la citada circular, el cual dispone: *«Como se ha expuesto, los modelos de organización y gestión no solo tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. Por eso, la clave para valorar su verdadera eficacia no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados yen qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Este criterio general presidirá la interpretación por los Sres. Fiscales de los modelos de organización y gestión para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales.»*

Una primera lectura de este criterio interpretativo genera, cuanto menos, una pregunta: ¿qué debe entenderse por «cultura de cumplimiento»? Resulta evidente que si la Fiscalía General del Estado pretende condicionar sus pedimentos de condena a la verificación de este parámetro, deberían ofrecer las pautas para conocer el alcance de dicho requisito. Desde la perspectiva del resto de los operadores jurídicos, en concreta referencia a las personas llamadas a diseñar y a aplicar los tan mentados planes de prevención, lo que tampoco resulta fácil de asimilar es el proceso de relativización conceptual que parece proponerse a través de



la Fiscalía, privando —una vez más— de la seguridad jurídica en buena lógica exige quien habiendo cumplido con los parámetros normativos previstos en la actual redacción de la norma, puede verse privado de los efectos legales dispuestos por el legislador. Y eso es precisamente lo que puede suceder con la apelación a los conceptos jurídicos indeterminados como resulta ser el de la «cultura de cumplimiento». A través de los mismos, difícilmente se puede conseguir el objetivo primordial de la mentada Circular que según su propia literalidad radica en *«proporcionar a los Sres. Fiscales algunos primeros criterios interpretativos para que, [...] garanticen el principio de unidad de actuación del Ministerio Público»*. *«Del mismo modo, las sociedades potencialmente responsables de los delitos cometidos en su seno demandan unos criterios homogéneos, claros y lo más objetivos posibles de cómo van a ser valorados tales modelos por la Fiscalía»*.

La referencia a un concepto jurídico indeterminado como el que propone la Fiscalía General del Estado no puede sustituir la literalidad del precepto penal. En caso contrario esto es, si admitimos que aún cumpliendo lo dispuesto en la literalidad del artículo, la mercantil puede verse privada del efecto eximente dispuesto en el mismo, al considerar que lo único verdaderamente eximente es la verificación de un compendio de virtudes no necesariamente extractables de la norma, estaríamos admitiendo que lo reglado por el Legislador mediante el artículo 31 bis no es un modelo de prevención de delitos sino un modelo para la promoción del concepto de cultura empresarial que se pueda emplear en cada momento puntual.

A nuestro entender, si la pauta interpretativa de la literalidad del precepto se basa en un concepto jurídico indeterminado, como sucede con las apelaciones a la «cultura de cumplimiento»... se soslaya de forma clara y directa los principios de legalidad y taxatividad que inspiran la interpretación de la norma penal. Abundando en lo anterior, si además se introducen nuevos conceptos extrapenales como *«menor compromiso ético»*, *«estándares éticos»*, *«conductas no éticas»* o *«ética empresarial»*, la inseguridad jurídica alcanza su máxima significación.

En este proceso exegético que realiza la Fiscalía General del Estado, se hacen remisiones a diferentes normas de carácter mercantil o administrativo como el [Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre \(RCL 2015, 1659, 1994\)](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, cuyo desarrollo se contiene en las [Circulares de la CNMV nº 6/2009 de 9 de diciembre \(RCL 2009, 2530\)](#), sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión y [nº 1/2014 de 26 de febrero \(RCL 2014, 501\)](#), sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión, el Código de Buen Gobierno de las



Sociedades Cotizadas, publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015, el [Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo \(RCL 2014, 631, 1084\)](#) por el que se aprueba el [Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril \(RCL 2010, 1175\)](#), de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo o la propia ley 10/2010 de 28 de abril, entre otras. Esta remisión interpretativa pone en grave riesgo el principio de legalidad pues, el artículo 31 bis, en su apartado quinto, como de su propia lectura se deduce al establecer requisitos autónomos, no puede entenderse como una norma penal en blanco y mucho menos, una norma remisoría a disposiciones con rango inferior, especialmente, Reglamentos y Circulares. En este sentido, llama la atención que, pese a dar la sensación que la Circular está inspirada en ciertas disposiciones de *Soft Law*, como podrían ser la ISO 19600 o el Modelo de Gestión para la Prevención de Delitos en las Organizaciones de AENOR, no se hace ninguna mención o remisión a ellas en la interpretación de los modelos de prevención de delitos. Así mismo, y pese a que hubiera sido interesante para una correcta interpretación desde la óptica empleada por la Fiscalía General del Estado, tampoco se hace referencia alguna a ciertas normas internacionales que han inspirado al legislador español en la redacción del artículo 31 bis y en la implantación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Esta remisión interpretativa que realiza la Fiscalía General del Estado para dar forma a conceptos indeterminados que a su entender deben ser tenidos en cuenta para la interpretación de los criterios contenidos en el artículo 31 bis del Código Penal, como es la cultura empresarial, podrían entrar en abierta contradicción con la pretensión de taxatividad que ha justificado la nueva reforma operada por el legislador. Si el legislador hubiera pretendido hacer de los modelos de prevención de delitos, modelos de implantación de la cultura empresarial o medio para valorar el grado de cultura empresarial de la empresa, así lo habría dispuesto directamente. Por ello, no puede admitirse por entera la conclusión de la Fiscalía General del Estado cuando señala: «*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*». Ciertamente es que los modelos de organización y gestión del artículo 31 bis del Código Penal no tienen por objeto evitar la sanción penal sino la comisión del delito pero, en ningún caso, o al menos tal y como los plantea el legislador, promover una verdadera cultura ética empresarial.

Aun aceptando que el objeto último, el más ambicioso desde cualquiera de las perspectivas, pasa por conseguir una verdadera y efectiva implantación de una nueva cultura empresarial basada en la ética y en la rectitud de sus operadores, lo que no podemos compartir es que este propósito —en apariencia quimérico— deba alcanzarse por medio del desbordamiento de la literalidad de la norma penal.



Dicho lo anterior, es fácil entender la preocupación de la Fiscalía General del Estado en que el mero cumplimiento formal de los requisitos contenidos en el apartado quinto del artículo 31 bis del Código Penal deje sin contenido alguno a la responsabilidad penal de la persona jurídica avalándose, en consecuencia, los conocidos como «*cosmetic compliance programs*». Ahora bien, no es —ni puede ser— mediante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la valoración de los modelos de prevención de delitos que debe combatirse. En ocasiones, principios rectores del ordenamiento jurídico son desplazados por formulaciones complejas e interpretaciones de alcance indefinido. El apartado cuarto del artículo 6 del Código Civil dispone «*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*». Es mediante el fraude de ley en la adopción y ejecución de los modelos de prevención de delitos en lo que debe basarse la respuesta legal a los «*cosmetic compliance programs*» y no mediante la introducción de interpretaciones, de criterios impuestos por el legislador, que sumen a los operadores jurídicos en la más indeseable de las incertidumbres. Sin lugar a dudas, como afirma la Circular 1/2016, «*No es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los compliance, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas.*»

Insistimos en que el temor que refiere la Circular del Ministerio Fiscal, no es baladí ni puede despreciarse.

La práctica diaria nos demuestra que en no pocas ocasiones, tras la concreción de los parámetros que permiten acceder a un determinado beneficio legal, el mercado tiende a estandarizar un producto que cuanto menos en apariencia, permita acceder a su usuario la contraprestación legal ofrecida por el legislador. A nuestro entender, la respuesta a esta actitud, no debiera buscarse en una interpretación desbordada de la literalidad del precepto sino en la figura del fraude de ley en cuya virtud, como es sabido, se priva del efecto legal a quien ha pretendido obtener cobertura normativa formal a una conducta que en lo esencial no cumple con lo verdaderamente exigido por la norma.

Exención completa o incompleta de la responsabilidad penal de la persona jurídica



La conclusión vigésimo primera de la [Circular 1/2016 \(ARP 2016, 1\)](#) de la Fiscalía General del Estado dispone lo siguiente: «*La cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del artículo 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absoluta, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplan las condiciones y requisitos legales*».

Si bien la citada conclusión se remite únicamente a la circunstancia eximente contenida en el apartado segundo del artículo 31 bis del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#)—de aplicación para los casos en que la persona jurídica sea responsable de los delitos cometidos por las personas contenidas en la letra a) del apartado 1º del artículo 31 bis—, no podemos olvidar que el apartado cuarto del mismo artículo contiene otra eximente de la responsabilidad para la persona jurídica, por los delitos cometidos por las personas incluidas en la letra b) del apartado 1º del artículo 31 bis.

Como la propia Circular apunta, en definitiva, la diferencia existente entre una y otra exención no es otra que lo contenido en la condición tercera del apartado 2º del artículo 31 bis, esto es, que «*los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelo de organización y prevención*».

Señala la Fiscalía General del Estado que el artículo 31 bis contiene una suerte de causa de exclusión de la punibilidad de la persona jurídica por ser el sistema de atribución de la responsabilidad, a ésta, indirecto o vicarial y no por defecto organizativo, lo que nos podría situar en dominios de las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, remitiéndonos a la antijuricidad de la conducta.

Al mismo tiempo, en relación al párrafo de cierre del apartado 2º del artículo 31—en relación a la atenuación de la pena— señala la Fiscalía que «*La referencia a la “acreditación parcial” no significa que la existencia y aplicación de los mecanismos de control solo se haya probado parcialmente sino que no concurren todos los elementos y requisitos que indica el apartado, a la manera en que se ordena en la atenuante 1ª del artículo 21 del Código Penal. Dicho de otro modo, la acreditación parcial no implica una rebaja de las exigencias probatorias sino sustantivas, esto es, que el modelo presenta algunos defectos o que solo se ha acreditado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena*».

Es decir, procederá la atenuación de la pena a la persona jurídica cuando no concurra alguno de los requisitos o condiciones contenidas en el apartado 2º del artículo 31 bis o bien, cuando concurriendo, no lo hace con la intensidad suficiente. Es

decir, no se recalaría en la atenuación por vía de la falta de acreditación formal de alguno de los requisitos, sino por su ausencia material.

No explica la Circular porque entiende el Ministerio público que por «*acreditación parcial*» debe entenderse que no concurren todos los elementos del citado apartado y no que los mismos no se han acreditado de forma suficiente.

La interpretación dada por el Ministerio Fiscal aporta importantes beneficios en su aplicación, pero también grandes contraposiciones al propio contenido de su Circular, que analizaremos a continuación.

A lo largo de la Circular, la Fiscalía General del Estado ha tratado de desvincular el «*cosmetic compliance*» de lo exigido por el artículo 31 bis. De hecho, como hemos analizado en el apartado anterior, los criterios interpretativos del Ministerio Fiscal en relación a los modelos de prevención de delitos, giran en torno a la implantación de una cultura de cumplimiento en la empresa, alejándose de los meros manuales formales y controles estereotipados.

Si bien esta es la voluntad constante de la Fiscalía, la interpretación dada al último párrafo del apartado 2º del artículo 31 bis puede tergiversar la misma. En este sentido, si como afirma la Fiscalía, entendemos que por «*acreditación parcial*» debe entenderse la ausencia de alguno de los requisitos o condiciones contenidas en el propio apartado 2º, nos podemos encontrar ante supuestos en que la ausencia se produzca, por ejemplo, sobre el requisito o condición 4ª, esto es «*no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª*». Es decir, para que se diera el atenuante, bajo el criterio de la Fiscalía, concurriendo el resto de requisitos, podría haberse producido una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones del órgano de control.

Precisamente la existencia, autonomía, capacidad de control, supervisión y vigilancia, todo ello real y efectivo, del órgano de control, será uno de los principales elementos diferenciadores entre los conocido como «*cosmetic compliance*» y auténticos programas o modelos de prevención de delitos. Por ello, si tomamos como base la interpretación dada por la Fiscalía General del Estado, la ausencia de un elemento esencial en la identificación de un modelo para la prevención de delitos real, nos llevaría a tener que contemplar, necesariamente, un «*cosmetic compliance*» como atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pese a la insistencia de la Fiscalía en evitar que ciertos modelo defectuosos dejen vacío de contenido el artículo 31 bis del Código Penal.

Evidentemente, para evitar dicha incongruencia, en aquellos supuestos en que la



citada ausencia lleve a intuir la existencia de un modelo para la prevención de delitos netamente formal y alejado de cualquier voluntad real de prevención y reacción ante ilícitos penales, podrá la Fiscalía recurrir a la ausencia de la auténtica voluntad de cumplimiento o la ausencia de una verdadera cultura ética o de cumplimiento de la empresa. Pero ello nos situará en los límites de la libre discreción que denunciábamos en el apartado anterior de este artículo. Por el contrario, recurriendo como defendíamos anteriormente al fraude de ley contenido en el artículo 6 del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#), conseguiremos combatir aquellos modelos de prevención que sea meramente cosméticos, sin incurrir en las peligrosas lagunas interpretativas establecidas a nuestro juicio en la Circular 1/2016.

Finalmente, si por el contrario entendemos que por «*acreditación parcial*» debe entenderse una prueba parcial de los mismos, evitaríamos tener que recurrir a terceras interpretaciones del modelo para apreciar, o no, la concurrencia de la exención total o parcial.

No obstante lo anterior, pese a la interpretación que se asuma sobre el apartado segundo del artículo 31 bis, la propia redacción del artículo genera un importante inconveniente —en el corto y medio plazo— para el estímulo que la eximente pretende dar en la implementación de modelos de prevención de delitos proclamados por el propio artículo.

El inconveniente parte de la inclusión tanto en el subapartado 1º del apartado 2 del artículo 31 bis como en el apartado 4º del mismo artículo, del requisito «*de la misma naturaleza*». Para que la implementación de un modelo para la prevención de delitos sea correcta, debe ir precedida de una importante labor formativa e informativa que lleve a la asunción de las nuevas políticas, procedimientos y controles que deban aplicarse en la empresa. En consecuencia, resulta imposible la correcta implementación o la total implementación en un periodo breve de tiempo, más si cabe si, como la Fiscalía General del Estado pretende, lo que se debe es implementar una cultura empresarial o de cumplimiento. Si a ello unimos el resultado del mapa de riesgos derivado del análisis de los procesos de la empresa así como de los procedimientos y controles existentes con anterioridad, la única alternativa para dar inicio a la implementación del modelo es la priorización de riesgos. Es decir, sabiendo que la implementación es lenta y conociendo cuáles son los riesgos con una mayor probabilidad/impacto en la organización, deberá iniciarse la implementación por aquellos riesgos que generen una más acuciante necesidad de ser mitigados.

El gran inconveniente que anunciábamos se produce cuando, en pleno proceso de implementación, por un deficiente ejercicio de detección o por la llana necesidad de tiempo en el ejercicio de implementación, se produce un ilícito en la organización de



los considerados como con menor probabilidad y menor impacto. En estos supuestos, si la naturaleza del delito cometido en la empresa no es del mismo orden que la de aquellos ilícitos penales para los cuales se han implementado al tiempo los procedimientos y protocolos necesarios para su prevención y detección, el modelo no cumplirá con la exigencia contenida en el subapartado 1º del apartado 2º del artículo 31 bis del Código Penal.

Así pues, el modelo pasará de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica, o como señala la Circular excluir la punibilidad de la conducta, pasando a atenuar la responsabilidad o atenuar la punición a la persona jurídica. Es decir, el Legislador concede la misma atenuación a aquellas organizaciones que de forma voluntaria inician y acometen un modelo de prevención de delitos —sin haber completado por entera su implementación— que a aquellas organizaciones en las que el diseño e implementación se produce como consecuencia de la comisión del ilícito y la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Resulta paradójico que en el contexto en el que la Fiscalía General del Estado entiende que el modelo de prevención de delitos en las organizaciones debe ser el fruto —o el árbol, pues no queda claro si es la causa o la consecuencia— de una comprometida ética y cultura empresarial, el legislador valore de la misma forma a aquellas organizaciones que como muestra de su cultura de cumplimiento acometen el enorme esfuerzo de implementar un modelo para la prevención de delitos, que a aquéllas otras que reaccionan, quizá con cierto ánimo espurio, tras la comisión del ilícito e implementan lo dispuesto en el artículo 31 bis.

Esta última consideración debería hacernos replantear si el Legislador, cuando dio redacción al artículo 31 bis, tenía por objeto, como señala la Circular, el ánimo real de motivar la cultura ética empresarial o, por el contrario, pretendía que las organizaciones se dotaran de una herramienta preventivo-detectiva con los requisitos contenidos en el propio artículo. Por supuesto, esta desincentivación que observamos quedaría plenamente erradicada si la atenuación prevista en el artículo 31 quarter resultara compatible y cumulativa a la que proporciona el artículo 31 bis apartado segundo. Desafortunadamente nada dice la Circular 1/2016 al respecto y deberemos esperar la interpretación Jurisprudencial al respecto, apostando porque así sea.

Daniel Benítez Rodríguez

Abogado

Molins&Parés, Defensa Penal



THOMSON REUTERS
ARANZADI

Dr. Marc Molins Raich

Socio

Molins&Parés, Defensa Penal