



La necesaria racionalidad de los programas de compliance penal

Autor/a

Alfredo Liñán Lafuente

Profesor de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid y Universidad Pontificia Comillas-ICADE.

Abogado.

***REVISTA LEX
MERCATORIA.***

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM n°3 | Año 2016

Artículo n° 9

Páginas 45-49

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

1. *Introducción*

El nuevo mercado de la consultoría en riesgos penales podría resumirse en el siguiente axioma: “Todo plan de *compliance* es manifiestamente mejorable, hasta la ruina absoluta de la empresa”. Y ello, en mi opinión se debe a dos variables que determinan la forma de elaborar dichos trabajos jurídicos.

La primera, es que es habitual que los consultores que se encargan de realizar el trabajo, apliquen una metodología derivada del ámbito de la consultoría de riesgos que no es extrapolable al terreno penal, sin tener en cuenta que el documento – Manual de Prevención de Riesgos Penales- adquirirá su verdadero valor en el marco de un proceso penal del que, en la mayoría de los casos, desconocen totalmente sus reglas, su tempo y

las posibles estrategias que en el mismo toman forma, tanto de defensa como de acusación.

La segunda deriva de la propia estructura de los tipos delictivos que se pretenden controlar y de la naturaleza del ser humano, ya que si lo que se persigue es incorporar procedimientos y mecanismos de control para conseguir, con “eficacia” y certeza, que resulte prácticamente imposible la comisión de delitos por ningún administrador, directivo o empleado de una persona jurídica, el coste del programa de *compliance* penal debería ser ilimitado (amén de irrealizable).

Por ello, resulta necesario hacer una reflexión sobre qué debe incorporar un programa de prevención de riesgos penales para mejorar el ámbito del control interno y la supervisión de la actividad de la empresa, sin convertirse en un documento que por su excesiva exhaustividad o por la incorporación de parámetros ajenos al Derecho penal, pueda desplegar el efecto contrario para el que fue creado, y convertirse en una prueba de cargo contra la empresa en el proceso penal.

2. Principios que se han de tener en cuenta al elaborar un programa de compliance penal

A continuación, se van a desarrollar sucintamente tres principios básicos que, en mi opinión, se han de tener siempre presentes a la hora de diseñar e implantar un programa de prevención de riesgos penales.

2.1.- Los documentos que conforman el *compliance* penal se han elaborado para ser aportados a un proceso penal

Este primer principio, que puede parecer obvio, a menudo se olvida por muchos de quienes lo realizan, debido a que nunca han actuado en un proceso penal, ni como acusación ni como defensa. El desconocimiento de sus reglas provoca que los programas de *compliance* penal se conviertan en auténticas joyas para cualquiera que ejerza la acusación. Se ha de tener en cuenta que el programa se aportará y, salvo que se declare secreta la causa durante un tiempo, se dará traslado de los documentos a todas las partes personadas. Si los documentos han sido elaborados desde el punto de vista de la consultoría de riesgos, aportará información detallada sobre los procesos precisos de control del riesgo que se ha materializado, los procedimientos elaborados para controlarlos, las personas responsables de su control, así como una valoración del riesgo penal (incluso distinguido en residual e inherente). Y eso con cada riesgo penal identificado.

Pongámonos en que se está investigando un delito fiscal, y frente a éste, la empresa se “desnuda” y aporta todos sus procedimientos de control (tributarios, contables, financieros, etc.), junto con los flujogramas, donde aparecen todos los responsables de que los procedimientos se cumplan (muchas veces con nombre y apellidos). Con ese documento, cualquier fiscal o abogado que ejerza de acusación comenzará por pedir todos los procedimientos de control especificados y llamará a declarar, como testigos o como investigados, a todos aquellos que aparezcan como responsables de un ámbito concreto del control de riesgos, respecto del que existen indicios que los procedimientos han debido fallar.

Ello también facultaría a la acusación, si desea ampliar el título de imputación, a pedir

La necesaria racionalidad de los programas de compliance penal

documentación sobre otros riesgos penales, relacionados o no, con la intención de crear una causa prospectiva (con independencia de que el Instructor no deba permitirlo, como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia).

2.2.- La valoración del riesgo penal aumenta el peligro de convertir al programa de *compliance* penal en un problema para la empresa investigada

Es habitual encontrarse en los programas de *compliance* penal la valoración del riesgo penal con porcentajes (incluso utilizando símiles de semáforos), por extrapolación directa del ámbito de la consultoría de riesgos. Con ello se pretende valorar la posibilidad de que el ser humano – no la empresa, la cual actúa por medio de personas, aunque se le intente dotar de responsabilidad penal autónoma – cometa un delito.

¿Cómo valorar el riesgo, en una empresa de 100 trabajadores, de que alguien levante el teléfono y ofrezca una dádiva a un funcionario? ¿Cómo valorar la posibilidad de que un empleado hable con un familiar que trabaja en la administración, para que se agilice un trámite que beneficia a la empresa? ¿Cómo valorar el riesgo de que un directivo de una empresa de servicios proponga contratar al hijo de un posible cliente si se contrata con ellos? En mi opinión, resulta imposible. Pero es más, es que el artículo 31 *bis* C.P. no exige la valoración concreta del riesgo, que no ha de confundirse con la identificación del riesgo penal que podría afectar a la empresa.

¿Qué sucedería si se investiga a una persona jurídica por la comisión de un delito concreto – estafa, por ejemplo - con un riesgo inherente calificado como bajo? Como primera medida, la acusación pondrá en duda la validez del *compliance*, con una argumentación

tan sencilla como que el delito se pudo cometer porque se valoró erróneamente el riesgo y la empresa no prestó la debida atención – el debido control – a ese riesgo.

No obstante, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 adopta, en parte y bebiendo de otras fuentes normativas, esta tendencia, y exige en su página 44 que las empresas identifiquen y evalúen el riesgo por tipo de clientes, países o áreas geográficas, tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio o el volumen de operaciones.

Obviamente, siempre habrá riesgos penales que afecten directamente a la empresa (una constructora, delito urbanístico; un banco, blanqueo de capitales; una farmacéutica, delitos contra la salud pública) que podrían ser calificados de primer nivel, junto con los genéricos de la actividad empresarial (delito fiscal, cohecho, corrupción, contable, etc.), y otros, quizás de segundo nivel, que podrían afectar de manera tangencial (delito medioambiental en una entidad financiera, etc.). Y habrá otros riesgos penales que deberán ser descartados a pesar de que sea habitual escuchar que no existe el riesgo cero, en el ámbito de gestión de riesgos.

Pues bien, esa afirmación no es extrapolable al Derecho penal, donde el reproche penal deriva de la previsibilidad del resultado y de haber cometido (o no haber evitado si se era garante) una conducta peligrosa. Y no hay que olvidar, que la que delinque, según la reciente Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 es la persona jurídica, pues la Sala no admite que pueda existir responsabilidad penal (aún de la persona jurídica) si ésta no puede cometer un delito (y, aunque parte de la doctrina, entre lo que me encuentro, ni siquiera crean que la

persona jurídica pueda delinquir), por lo que la previsibilidad del resultado mediante la asunción de un riesgo jurídicamente desaprobado deberá ser el fundamento para su imputación.

Por lo tanto, en mi opinión, y como ejemplo, se podría defender que un programa de *compliance* penal de una distribuidora de automóviles pueda descartar el riesgo de la comisión del delito de tráfico ilegal de órganos. Como recuerda NIETO MARTÍN (en “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal español”, en KHULEN/MONTIEL/ ORTIZ DE URBINA, *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Marcial Pons. Madrid 2013. P. 45). La evitación de riesgos imprevisibles no debe considerarse exigible para la empresa.

2.3.- Es mejor no tener procedimientos de control, que tenerlos y no cumplirlos

De nada sirve incluir en un programa de *compliance* penal muchos procedimientos de control tipo, si no se está seguro de que se cumplirán. De hecho, puede ser una variable que determine la culpabilidad de la empresa. Pensemos que se investiga a una empresa por corrupción, y en su plan de *compliance* existe un procedimiento que impone la obligación de solicitar tres ofertas para contratar por encima de un determinado importe, pero justo en el supuesto que se está investigando, no se aplicó el procedimiento de control. La reflexión lógica sería, que la empresa era consciente de ese riesgo, y para evitarlo incluyó una medida de control que, con posterioridad y aun siendo consciente del riesgo, no cumplió. Con ello queda acreditada la previsibilidad del resultado, y por tanto, se da un paso más hacia la convicción del juzgador de la responsabilidad penal de la empresa.

Por ello, si existen procedimientos éticos, que se incluyen en el Manual de Prevención de Riesgos Penales, que se duda de antemano de su cumplimiento, es mejor eliminarlos.

3. Conclusión

El programa de *compliance* penal debe ser un instrumento que sirva a la empresa para mejorar la supervisión y el control de su propia actividad, y transmitir a todo el personal la existencia de unos valores, unas reglas y unos principios que deben ser respetados en el marco del ejercicio profesional. Es un buen instrumento que ayuda a la organización interna y a la conciencia de la asunción de obligaciones y responsabilidades por parte de todos los miembros de la persona jurídica.

Pero, en ningún caso, el programa de *compliance* debe convertirse en un sistema que burocratice de tal modo la actividad de una empresa que la haga inviable, pues ello, de un modo u otro, derivará finalmente en su incumplimiento.

El programa de *compliance* ha nacido para, si fuera necesario, ser aportado en un proceso penal con la finalidad de que sirvan a la empresa para atenuar o eximir su responsabilidad penal. Pero un mal enfoque o una errónea ejecución del *compliance* puede provocar precisamente el efecto contrario, por lo que resulta esencial incorporar la racionalidad en el modo de ejecutarlo, sin llevar hasta la extenuación la incorporación de controles que no se llegarán a cumplir o la inclusión de valoraciones de riesgos (inherentes y residuales) difícilmente entendible en el ámbito penal (que no olvidemos, sigue regulando las pasiones humanas), aunque ello tenga como conse-

La necesaria racionalidad de los programas de compliance penal

cuencia la merma de los honorarios de los operadores jurídicos –consultoras, abogados, asesorías, gestorías– que prestamos nuestros necesarios servicios en este campo.