

MODELO AENOR

AENOR ha elaborado un modelo de gestión, pionero en España, que persigue minimizar la posibilidad de que se cometan delitos en el seno de las organizaciones que lo apliquen. De esta forma, permite comprobar la diligencia de la persona jurídica en la prevención, control, denuncia y reparación de los delitos a ella imputados a través de la implantación del modelo y abre la posibilidad de atenuar su responsabilidad penal.

Prevención del delito en las organizaciones

Berta Llobregat
Dirección de Asesoría Jurídica
Salvador Román
Gerente Responsabilidad Social AENOR

El inicio del siglo XXI trajo consigo varios escándalos financieros que pusieron de manifiesto la debilidad del gobierno corporativo. El caso Enron en Estados Unidos, que además arrastró a la auditora Arthur Andersen, o Parmalat en Italia, evidenciaron que los mecanismos que habían sido eficaces desde hacía 60 años para acercar los intereses de la dirección a los otros grupos de interés, incluyendo la propiedad, eran insuficientes.

Todo ello impulsó el surgimiento de nuevas leyes y reglamentaciones. Una de las más importantes fue la Ley federal Sarbanes - Oxley (SOX

404), cuyo objetivo era establecer nuevos estándares de actuación para los Consejos de Administración y dirección de las sociedades, así como la mejora de los mecanismos contables de las empresas, especialmente las cotizadas. Asimismo, se consideró necesario regular de manera pormenorizada la responsabilidad penal, no sólo de los miembros de los Consejos de Administración de las organizaciones, sino la de las propias organizaciones en sí mismas, por considerarse que debían ser un sujeto más a la hora de declararse una eventual culpabilidad en la comisión de un ilícito penal en su seno y bajo su cobertura. ▶▶



MODELO AENOR

» Esta nueva concepción del modelo jurídico anglosajón sobre buen gobierno, responsabilidad corporativa y transparencia, tuvo su inmediata repercusión en otros países del entorno europeo y de la OCDE. En el caso de España, tradicionalmente el Derecho Penal español siempre había considerado que *societas delinquere non potest*, es decir, que la persona jurídica no podía delinquir. Sin embargo, desde 2010 España se ha unido al nutrido grupo de países que han introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin duda debido a la importante presión que ha ejercido la tendencia internacional hacia el establecimiento de este tipo de responsabilidad. Si a ello añadimos el actual contexto de crisis financiera global, en el que ciertas empresas son percibidas como responsables del origen, desarrollo y desenlace de la misma, se dan las claves para el clima

generalizado de aceptación ante este tipo de novedad legislativa.

Código penal

Por lo tanto, la evolución expansiva del Derecho Penal, la progresiva criminalización de conductas vinculadas con la empresa, así como la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento a dicho entorno internacional llevó al legislador español a abordar una profunda reforma del Código Penal en este sentido, que culminó con la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010, que regula por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, que dejan de ser consideradas como meras responsables civiles subsidiarias para ser un sujeto pasivo más en el orden penal.

En líneas generales, se ha optado por un sistema mixto de imputación, por el que son las conductas de las personas físicas las que son relevantes para la responsabilidad penal de las personas jurídicas o, mejor dicho, su desencadenante.

La reforma del Código Penal ha circunscrito la responsabilidad penal de las personas jurídicas a un catálogo de delitos que van desde el delito de estafas y fraudes hasta cohecho y tráfico de influencias, pasando por los delitos contra el medio ambiente o los delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas. Asimismo, el legislador prevé un extenso catálogo de penas específicas, todas ellas consideradas graves, susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas, y que van desde multa por cuotas o proporcional hasta la intervención judicial o disolución de la organización.

La ya referida reforma, asimismo, ha establecido como atenuante de la responsabilidad penal de las organizaciones el *haber establecido, antes 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*, primera manifestación positiva en nuestro ordenamiento del denominado *Corporate Compliance*. Ello supone



la necesidad para las organizaciones de implantar un programa o sistema de prevención de delitos para ayudar a mitigar la responsabilidad penal que una autoridad judicial pueda imponer tras un hipotético procedimiento, así como el establecimiento de mecanismos que aseguren que, en caso de vulneración de la legislación penal, dicha infracción será detectada y debidamente sancionada por parte de la propia empresa. No se trata de un acto de simple buena voluntad; la idea fundamental es que esos sistemas de prevención de delitos permitan acreditar la suficiente diligencia y el debido control, y sirvan a las organizaciones de motivación para autorregularse, de

forma que los códigos de conducta, los *compliance programs* y demás soportes en los que puedan estar documentados estos sistemas, dejen de ser un mero maquillaje y se conviertan en verdaderos instrumentos para la prevención de delitos.

Corporate Compliance

De esta forma, la clave es la autorregulación de las propias organizaciones. En general, se pueden diferenciar varios ámbitos a la hora de analizar un programa o modelo de *Corporate Compliance*. En primer lugar, se debe constatar *ex ante* la idoneidad del programa o modelo; ha de ir dirigido a los tipos delictivos cuya probabilidad

de ocurrencia, según el ámbito de actividad de cada organización, sea mayor. Para ello, debe realizarse una evaluación exhaustiva de sus riesgos penales.

En segundo lugar, se ha de tener en cuenta el tamaño y complejidad de la organización ya que, cuanto mayor sea ésta, más formal y extenso debe ser el programa de cumplimiento. Resulta idóneo, en este sentido, que sea un departamento independiente del resto de sectores de la organización (departamento de auditoría interna, asesoría jurídica, *compliance officer* o similar) el que se encargue de esta función. Del mismo modo, se debe asegurar la disponibilidad de recursos financieros suficientes para impedir la comisión de delitos.

En tercer lugar, es importante documentar toda la política implantada, bien a través de códigos de conducta o similares, programas de cumplimiento, compromisos de la alta dirección y del órgano de administración, etc. Asimismo, es importante la ►►

Las auditorías de AENOR se realizan por equipos auditores con una elevada cualificación y experiencia e incluyen entrevistas con personas de la organización, verificación de registros y comprobaciones externas, entre otras cuestiones



MODELO AENOR

► comunicación e información de dicha política a todas las partes interesadas, y que se deje constancia de que todos los miembros de la organización, de cualquier orden jerárquico, no sólo la conocen sino que la asumen como propia y se comprometen a cumplirla.

Por último, hay que crear un canal de denuncias para que cualquier persona que considere que ha sido vulnerada la política de prevención de delitos ponga esos hechos en conocimiento del órgano correspondiente, así como un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento del sistema de prevención.

Modelo AENOR

Fruto de lo anterior, con la amplia y larga experiencia en sistemas de gestión y atendiendo la demanda de varias organizaciones, AENOR ha elaborado un modelo de gestión pionero en España que tiene como principal objetivo minimizar la posibilidad y las consecuencias de que se comenten delitos en el seno de las organizaciones que lo apliquen, lo que contribuye a disminuir el riesgo penal de las empresas.

El modelo está dirigido a toda clase de organizaciones, tanto públicas como privadas, y de todos los sectores y tamaños. Establece una serie de requisitos que debe cumplir una organización para implantar, mantener y mejorar un sistema de gestión de riesgos con el objeto de prevenir la comisión de actos constitutivos de delitos que puedan cometerse bajo la cobertura de la persona jurídica, y que lleven aparejada responsabilidad penal para la misma o sus administradores. Asimismo, tiene como objetivo reparar y disminuir los efectos de los delitos cometidos. Con todo ello, ayudar



VanderWolffimages / Shutterstock.com

a reducir el riesgo penal de las organizaciones.

El modelo de prevención de delitos de AENOR supone para las organizaciones la obtención de un reconocimiento (certificación) emitida por un tercero independiente y de prestigio, que verifica la implantación, mantenimiento y mejora de un sistema de gestión eficaz para la prevención de delitos. Permite comprobar la diligencia de la persona jurídica en la prevención, control, denuncia y reparación de los delitos

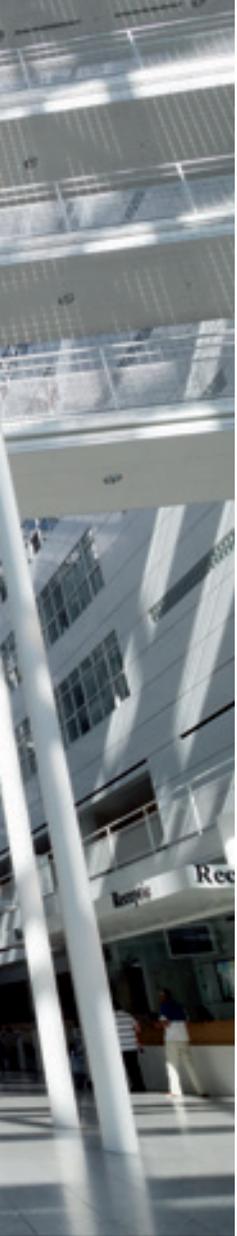
a ella imputados a través de la implantación del modelo y abre la posibilidad de atenuar su responsabilidad penal. Como consecuencia de todo ello, no sólo se reduce el riesgo penal, sino que además las organizaciones verán, en igual medida, reducido su riesgo reputacional y se verá reforzada su imagen de marca.

El modelo se centra tanto en elementos para la vigilancia y control, como en requisitos orientados a la gestión (objetivos, códigos de conductas, definición de responsabilidades) y la mejora continua.

Las organizaciones, entre otros elementos, deben elaborar y cumplir con un código de conducta, realizar una evaluación de sus riesgos penales, establecer un canal de denuncia y un sistema disciplinario

Elementos clave

Los elementos clave del modelo se pueden sintetizar como sigue. En primer lugar, planificación y el compromiso de los órganos de administración y de la



alta dirección de las organizaciones, ya que, entre otros requisitos, este modelo establece:

- 1) Un compromiso al más alto nivel de la organización, por parte de los órganos de administración y de la alta dirección con la implantación y mejora del sistema y la aportación de los recursos necesarios al mismo.
- 2) La definición de una política y un código de conducta donde se establezcan los valores y principios de la organización en materia de prevención de delitos y sirvan de marco de referencia y de orientación para facilitar la toma de decisiones y una mejor conducta profesional para todas las personas de la organización o que trabajen en nombre de ella.

3) La definición del alcance y perímetro del sistema de gestión. Es decir, qué áreas, departamentos y sociedades participadas están incluidas dentro del modelo.

4) Un manual que sirva como documento de referencia y describa los principales elementos del sistema de gestión.

Una vez definidos estos requisitos previos se deberán identificar y evaluar cuáles son los posibles riesgos penales susceptibles de ser cometidos por la organización (el mapa de riesgos penales es uno de los elementos más utilizados para la identificación de riesgos). Para ello, se tendrá en cuenta lo recogido en el Código Penal. Como ya se ha comentado, este cuerpo legislativo recoge como posibles delitos susceptibles de ser cometidos por

personas jurídicas desde las estafas y fraudes hasta los delitos contra el medio ambiente, pasando por el blanqueo de capitales o delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

En función de los resultados de la evaluación del riesgo se establecerán los objetivos, sus responsables y se tomarán diferentes **medidas para el tratamiento y control del mismo**. Por ejemplo, el modelo recomienda establecer:

- Normas de control interno.
- La obligación para empleados de informar, en caso de incidencias.
- Obligatoriedad de consulta, con carácter previo a la toma de decisiones que entrañen riesgo de derivaciones penales.
- Creación de una comisión o comité de control o seguimiento. ►►

Implantación en las empresas

La reforma del Código Penal, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, supuso el establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas. De dicha reforma se desprende la vital importancia del establecimiento de una función de vigilancia permanente de las exigencias legales que queda centralizada en un responsable de cumplimiento penal designado por la compañía, conjuntamente con una serie de medidas preventivas y de detección implantadas en la sociedad. De manera adicional, se pone de manifiesto la necesidad de que todas las personas jurídicas adopten medidas para mitigar adecuadamente el riesgo penal.

En este sentido, los resultados obtenidos de la *"Encuesta sobre fraude y delito económico 2014"* recientemente publicada y realizada por PwC sobre si las empresas cuentan con un Modelo de Prevención de Delitos que mitigue adecuadamente el riesgo penal, las conclusiones fueron las siguientes. El 41,8% de las empresas afirma tener un Modelo de Prevención y Detección de Delitos implantado; el 51,9% de las empresas afirma no tener un Modelo de Prevención y Detección de Delitos implantado; el 6,3 % de las empresas desconoce la necesidad de implantar un Modelo de Prevención y Detección de Delitos.

Tres años después de la reforma del Código Penal, en la que se introdujo la responsabilidad de las personas jurídicas, existe un Proyecto de Ley que está en tramitación parlamentaria que, como principal novedad, establece que la persona jurídica podrá evitar la responsabilidad penal si prueba que cuenta con un modelo de organización y gestión que incluye medidas de vigilancia y control para prevenir de manera eficaz el delito. Además, se establece que si no se llevan a cabo las medidas de vigilancia y control necesarias, se podrá sancionar al representante legal o administrador de cualquier persona jurídica o empresa con prisión, multa e inhabilitación.

El citado Proyecto de Ley describe los requisitos mínimos que deben cumplir los



Javier López Andreo
Socio
PwC
(España)

Modelos de Prevención de Delitos, que son:

- Mapa de riesgos penales. "Identificarán las actividades de la sociedad en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que pueden ser prevenidos".
- Código ético y protocolos de actuación. "Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la empresa, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas en relación a aquellos".
- Recursos financieros. "Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos".
- Canal de denuncias. "Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención".
- Sistema disciplinario. "Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo".

A este respecto, la especificación de AENOR relativa al Sistema de Gestión de Riesgos para la Prevención de Delitos en las Organizaciones supone un claro valor añadido para las compañías, dado que establece los requisitos para definir, implantar, mantener y mejorar su sistema de gestión de riesgos para prevenir la comisión de actos constitutivos de delitos que puedan cometerse bajo la cobertura de la persona jurídica, y que llevan aparejada responsabilidad penal para la misma, así como reparar y disminuir los efectos de los delitos cometidos y, con ello, reduciendo de este modo el riesgo penal de las empresas.



MODELO AENOR

- Planes de formación periódica.
 - Formación a los nuevos empleados.
- Entre otros requisitos adicionales, se deben establecer procedimientos para facilitar las denuncias internas y externas (a través de un canal de denuncias accesible y que asegure la confidencialidad del denunciante), procedimientos post delictivos para adoptar medidas eficaces y urgentes en el caso de que se cometa un hecho constitutivo de delito.

Es obligatorio también el establecimiento de un sistema disciplinario interno para la sanción de aquellas conductas que se acrediten que son constitutivas de delito, al margen del procedimiento en el que se pueda ver inmersa la organización.

Con la finalidad de mejorar continuamente, la organización debe realizar auditorías internas periódicamente y analizar e investigar las denuncias, incidentes y posibles delitos. Por último, es necesario realizar una revisión periódica anual del funcionamiento del modelo por los órganos de gobierno y la alta dirección.

Auditoría externa

El proceso de auditoría externa realizado por AENOR es un elemento diferenciador y de gran valor añadido, además de una garantía



El Compliance Penal y la necesidad de Seguridad Jurídica

Como es sabido, la Ley Orgánica 5/2010 introdujo de forma novedosa en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (característica de la tradición anglosajona), de modo que determinados tipos penales podían ser directamente cometidos por personas jurídicas, que por ello podían ser condenadas y sancionadas penalmente. Esta misma reforma, en la actualidad vigente, abrió paso, a modo de atenuante de la responsabilidad penal, a los sistemas de prevención de delitos o mecanismos de *compliance* penal, cuya articulación en el seno de la estructura de la persona jurídica y su efectiva aplicación podían servir para acreditar unos estándares de diligencia que permitiesen al juez, en su caso, atemperar la responsabilidad penal de aquélla.

Por otro lado, el 20 de septiembre de 2013 el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Orgánica por el que se reforma el Código Penal, en tramitación parlamentaria, en el que se profundiza en la reforma del año 2010, introduciendo las siguientes novedades:

El reconocimiento de que “la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad penal” si prueba ante el Juzgado que cuenta con un modelo de organización y gestión que incluye las medidas de vigilancia para prevenir eficazmente el delito, que cuenta con un órgano independiente, con poderes autónomos de iniciativa y control; que ejerce adecuadamente sus funciones; y que el delito ha podido cometerse porque su autor eludió fraudulentamente los modelos de organización y de prevención implantados en la empresa”. Y ello, no sólo en los delitos cometidos por los empleados, sino también en los delitos cometidos por algún administrador.

Para ello, el Proyecto indica qué debe tener un modelo de prevención o *Compliance* Penal, en concreto, un mapa de riesgos penales; unos protocolos de actuación, preventiva y reactiva frente a la comisión de delitos; recursos financieros



Luis Cazorla
Cazorla Abogados
(España)

asignados a este fin; un código ético y un canal de denuncias de cuyo resultado se reporte al órgano de administración; y un sistema disciplinario.

Además, para garantizar el funcionamiento eficaz del modelo de prevención de delitos, éste debe prever “las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan la detección rápida y la prevención de las situaciones de riesgo”, así como una verificación periódica del mismo y su eventual modificación para adaptarse a las circunstancias cambiantes en la sociedad.

Adicionalmente, se incorpora un nuevo delito por “*incumplimiento del deber de vigilancia y control en personas jurídicas y empresas*”, dirigido “al representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa que omita la adopción de medidas de vigilancia o control que resultan exigibles...”, y que se sanciona con prisión o multa e inhabilitación para el ejercicio de la industria o comercio. Este nuevo delito contempla incluso la responsabilidad penal de los administradores sociales por imprudencia, por culpa *in eligendo* e *in vigilando* (“se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control”).

En este escenario, y con el propósito de aportar seguridad jurídica a la organización empresarial (los ahora llamados “puestos seguros”), en su búsqueda de satisfacción de los requisitos legalmente impuestos, un modelo de especificación como la de AENOR, ajustado a las futuras exigencias del Código Penal, constituye un instrumento de importante valor añadido.

ante terceros de la implantación, mantenimiento y mejora del sistema de gestión para la prevención de delitos, y con ello, una ayuda a la reducción del riesgo penal y reputacional para la organización auditada.

Este proceso incluye varias fases y se caracteriza por:

- La independencia. AENOR no interviene en la implantación del sistema, ni realiza consultoría. Este factor ofrece una confianza tanto internamente como ante terceros en el funcionamiento y eficacia del sistema.
- Elevada cualificación y formación del equipo auditor. En todos los casos, los equipos de auditores están formados por expertos con varios años de experiencia en auditorías de sistemas de gestión, y en entornos altamente regulados y legislados.
- Los equipos auditores son multidisciplinarios, con especialistas sectoriales (por ejemplo, sector bancario, eléctrico, etc.) y con formación en derecho penal.
- Incluye entrevistas con las personas de la organización, comprobación de documentos, verificación de datos, revisión de registros, análisis y comprobaciones externas, etc.

Una vez superado el proceso de auditoría y verificado el cumplimiento de todos los requisitos, la organización certificada recibe el certificado “IURISCERT” de AENOR. ▀