

DOCTRINA



La valoración de los delitos en un programa de compliance. El método de mosler como método de análisis y evaluación de los riesgos penales (1)

Víctor JIMÉNEZ CARBAYO

Abogado en Bufete Escura

Resumen

Un Programa de Compliance debe prever y prevenir los posibles delitos que puedan llegar a tener lugar en el seno de una persona jurídica. Para poder gestionar los riesgos de comisión de un ilícito penal de manera adecuada, estos se deben poder medir y evaluar de tal forma que su análisis quede suficientemente fundamentado. El Método de Mosler, utilizado en ocasiones para valorar riesgos físicos, puede ser una herramienta útil para la evaluación de los riesgos penales.

Para una adecuada elaboración de un Programa de Compliance, es necesario un método de evaluación de los distintos riesgos penales de una persona jurídica que contribuya a un análisis fundamentado. Si bien toda valoración es de un modo u otro subjetiva, debe intentarse que dicha subjetividad se reduzca para que dos analistas distintos no hagan evaluaciones demasiado diferentes, puesto que, en tal caso, tales evaluaciones podrían ser criticadas por inexactas o poco rigurosas.

El Método de Mosler, a pesar de que se idease para evaluar riesgos físicos, resulta idóneo

para evaluar también riesgos penales, si se interpreta desde un punto de vista criminológico y se hacen algunos cambios interpretativos. Si bien también adolece de una cierta subjetividad, tiene un respaldo matemático que permite tanto justificar las valoraciones como comparar la puntuación que se da a los distintos parámetros de cada riesgo.

La adecuación de este método, además, viene dada por el amplio espectro de parámetros que se cubre. Así, se tiene en cuenta la afectación al funcionamiento normal de la empresa, los cambios que deberían hacerse, la afectación psicológica a los trabajadores, la extensión geográfica del daño, la pena establecida en el Código Penal (LA LEY 3996/1995) (y que previsiblemente se pudiera imponer) y la posibilidad real de que se cometa el delito. En definitiva, todos los aspectos más relevantes a la hora de valorar un riesgo.

Además, con las operaciones matemáticas propias de este Método estos seis parámetros se pueden reducir a dos. Si se interrelacionan, se puede dibujar, en el sentido más literal de la expresión, un Mapa de Riesgos que permita ver de manera gráfica cuáles son los riesgos que más nos deberían preocupar, así como cuáles pueden considerarse que están suficientemente bien cubiertos, estando justificados tanto los unos como los otros.

I. INTRODUCCIÓN

A estas alturas, tanto se ha escrito ya sobre los «modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos» en el seno de una empresa que dar un concepto detallado de ellos resultaría prácticamente estéril. A modo de mera abstracción, se pueden entender como la plasmación escrita de que la actuación de una empresa se ajusta y se quiere seguir ajustando a la legalidad.

En cuanto a su contenido, el actual apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal indica, como es sabido, los requisitos mínimos de un Programa de Compliance. De todos ellos, el primero es el de identificar las posibles actividades constitutivas de delito, cosa que implica llevar a cabo un análisis de los riesgos penales (2) dentro de la actividad concreta de la persona jurídica; este análisis, además, facilitará el segundo requisito, es decir, establecer protocolos o procedimientos para tomar decisiones y poderlas ejecutar.

En este sentido, la Fiscalía, por su parte, indica en su Circular 1/2016, de 22 de enero, que los Programas de Compliance deberán ser aptos para identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de las actividades de la empresa. Para ello, el Ministerio Fiscal propone un análisis que identifique y evalúe el riesgo por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones.

La intención del presente artículo es proponer un método de evaluación y medición de los riesgos penales que se puedan cometer en el seno de una empresa para determinar cuáles son y a cuáles hay que prestarles mayor atención, así como para decidir si el comportamiento que se está manteniendo es o no el que debería ser.

II. EL MÉTODO DE MOSLER

Un Programa de Compliance debería centrarse en prevenir y reducir los riesgos penales, además de gestionarlos, por lo que debemos pensar en cómo hacerlo.

En este sentido, hay que utilizar un método que nos permita identificar y, sobre todo, analizar y evaluar los riesgos penales. Mientras que su identificación es esencial para poderlos prevenir, con el análisis de los mismos veremos qué podemos hacer para reducirlos, y una correcta evaluación nos permitirá gestionarlos eficientemente, puesto que, con las diferentes actualizaciones del Programa que el Código Penal obliga a llevar a cabo, podremos ver si las medidas que se están implantando resultan o no adecuadas. Así, mediante el presente artículo se propone que el método de Mosler (3) puede ser idóneo para llevar a cabo una evaluación de los riesgos penales en una organización.

El método Mosler se suele utilizar para evaluar los riesgos que se provocan en determinadas actividades

Este método se suele utilizar para evaluar los riesgos que se provocan en determinadas actividades, así como aquellos que vienen dados por factores externos a las mismas, aunque siempre en el ámbito de los riesgos físicos; por ejemplo, se usa el método de Mosler para evaluar el riesgo de daños a personas, cosas o información en lugares de trabajo, de ocio, etc. Pues bien, *mutatio mutandi*, también puede servir para el análisis y la evaluación de los riesgos penales (que no dejan de ser eso, «riesgos») sólo que debe cambiarse el enfoque: en lugar de analizar los riesgos que afectan a las personas, las

cosas y/o la información, debe analizarse desde el punto de vista de los que afectan a la organización en su conjunto.

Para analizar y evaluar los riesgos penales de una determinada organización, lo primero que debemos hacer es determinar, dentro del elenco de delitos por los que una persona jurídica podría llegar a ser imputada, cuáles son los que en la práctica pudieran afectar a esta organización. Definir este listado es uno de los aspectos más críticos de toda la elaboración de un Programa de Compliance, puesto que si algún riesgo penal no está definido y finalmente se acaba por materializar en un delito, dicho Programa pasará a devenir absolutamente ineficaz, ni siquiera como atenuante (4).

El segundo paso consiste en el análisis de los riesgos. Para ello, el método de Mosler propone puntuar de 1 a 5 una serie de criterios, que más adelante se verán (siendo 1 la puntuación de menos importancia o la menor probabilidad, y 5 la más alta). Eso sí, la interpretación que hay que dar a estos conceptos en sede de personas jurídicas puede ser, en algunos casos, ligeramente distinta a la que habitualmente se da, como se verá. Para poder hacer esta valoración con fundamento, necesitamos hacer un análisis previo de cada riesgo penal en el seno de la empresa que estamos examinando. Teniendo en cuenta la exigencia legal de identificar «las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos», deberemos tener en cuenta cuáles son los momentos en los que se podría cometer cada uno de los delitos si se llevasen a cabo las acciones u omisiones pertinentes. Además, para un análisis completo debería atenderse a los elementos con los que cuenta la persona jurídica analizada para evitar que se cometan estas conductas fraudulentas (protocolos, procesos internos, etc.).

Finalmente se debería contemplar en el análisis qué elementos debería tener la organización para prevenir cada delito y no los tiene.

Una vez recopilada esta información podemos proceder a analizar el riesgo de que se cometa un

determinado delito en base a los siguientes parámetros:

— **Función:** se valora, en términos generales, la afectación que la comisión del delito produciría en el funcionamiento del día a día de la empresa, suponiendo que se llegase a dar el caso. Debe atenderse, fundamentalmente, a la misión de la empresa, si bien también es necesario un entendimiento del funcionamiento global de la misma. Este parámetro es importante, puesto que toda materialización de un riesgo afecta al funcionamiento habitual de una organización; en el caso de los riesgos penales, esta afectación puede ser incluso mayor, dadas las consecuencias, que se analizan en otro parámetro, y dado el impacto en la clientela. Es, por tanto, un indicador genérico.

— **Sustitución:** se evalúa la facilidad de sustituir a la/s persona/s y/o cosas afectadas. En el caso de las personas, debe tenerse en cuenta si se trata de perfiles con formación y/o experiencia requeridas, así como su responsabilidad y posición jerárquica. Por ejemplo, no es lo mismo sustituir a alguien con formación y experiencia que a una persona de reciente incorporación y/o con escasa formación. También se ha de tener en cuenta la facilidad o dificultad de sustituir alguna máquina o cambiar algún proceso determinado, en su caso. Este indicador ha de tener en cuenta las características del mercado laboral, las funciones de la persona a quien tengamos que sustituir, la facilidad o dificultad de cambiar una determinada maquinaria o proceso productivo (en su caso), etc.

— **Profundidad:** se mide el efecto psicológico sobre los trabajadores que tendría el riesgo si se materializase (miedo, rabia...) y las consecuencias que pudiera tener (especialmente, posibles dimisiones). Se debería tener en cuenta también el efecto psicológico sobre los clientes y proveedores, si pudiera llegar a existir. En general, se parte de la base de que la mayor parte de los miembros de una organización no quieren delinquir, sino que simplemente pretenden desempeñar su trabajo y ganar un sueldo, por lo que no se sentirían cómodos en el contexto de un delito. De nuevo hay que tener en cuenta el mercado laboral, puesto que si estamos en un contexto de crisis económica menos trabajadores querrán dimitir por saber que les será más difícil encontrar un nuevo puesto de trabajo, pero en épocas de expansión económica podrían tomar esta decisión con más facilidad, lo que afecta también al funcionamiento de la empresa.

— **Externalización:** se calcula si los efectos negativos serían de carácter individual, local, regional, estatal o internacional. Es decir, la gravedad total de un riesgo penal no es la misma si sólo afecta a un departamento de una empresa de implantación local que si afecta a varias sedes de distintos países de una multinacional, por lo que este factor se deberá tener en cuenta en el análisis.

— **Agresión:** se tiene en cuenta la sanción que el Código Penal impone a cada delito, suponiendo la valoración más grave en el caso en que pudieran darse, a priori, penas de distinta gravedad (como por ejemplo sucede en los delitos contra la propiedad industrial y contra la propiedad intelectual, o en el delito de frustración de la ejecución). En este sentido, se excluye la posibilidad de calificar con un punto la agresión, puesto que siempre que haya un delito habrá un riesgo reputacional independiente de que haya o no Programa de Compliance (si más no, entre los clientes, aunque el asunto no se divulgue en ningún medio). También se excluye dar cinco puntos, dado que esa calificación, al ser la que significa un daño más elevado, sólo correspondería al caso en que se aplicase alguna de las otras penas que, además de la multa, propone el Código Penal (y que en la mayor parte e los casos se impondrán a criterio del juez «Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis»). Si bien es frecuente dicha imposición, consideramos mejor una valoración equivalente sólo a la

multa porque primero, no es seguro que se acaben por aplicar y, segundo, así se puede hacer una graduación más amplia que la que obtendríamos si se valorase la «Agresión» siempre con un 5.

— Vulnerabilidad: se valora la posibilidad real de que se llegue a materializar el riesgo con los protocolos, medidas, etc. de los que la organización dispone en el momento de realizar el análisis. De este modo, cuantos más elementos tengamos, menor será la puntuación de este parámetro. También hay que tener en cuenta el sector en general en el que nos movemos, puesto que, a pesar de la apariencia de legalidad, hay determinados ámbitos en los que es práctica más o menos «habitual» la comisión de ciertas conductas delictivas (pagos «bajo mano» a funcionarios, regalos de valor elevado a clientes, etc.), lo que a priori aumenta la posibilidad de comisión (y sin perjuicio de que con el paso del tiempo un comportamiento adecuado obligue a reducir la valoración de este parámetro).

Así, la tabla siguiente recoge, a grandes rasgos y sin perder de vista, insistimos, que siempre deberá irse caso por caso (5) , cuáles son estos criterios valorativos:

	1	2	3	4	5
Función	— El riesgo penal no afecta significativamente al día a día de la empresa.	— El riesgo penal afecta al funcionamiento de departamentos de cierta relevancia financiera, o es económicamente importante.	— El riesgo penal afecta a mandos intermedios o a departamentos de notable relevancia financiera.	— El riesgo penal afecta al funcionamiento del Consejo de Administración, Patronato u organismo similar.	— El riesgo penal afecta al funcionamiento de varias de las principales estructuras directivas de la organización.
Sustitución	— Sólo afecta a una persona de escasa cualificación profesional.	— Afecta a un equipo de poca cualificación profesional, o a una persona cualificada pero con tareas simples.	— Afecta a una persona o un grupo cualificados con cierta responsabilidad.	— Afecta a una persona o un grupo cualificados, con responsabilidad y experiencia.	— Sustituir a la persona o grupo afectados requiere implementar cambios profundos en la organización.
Profundidad	— El delito no produciría un descontento generalizado en los trabajadores.	— Varios trabajadores se preocuparían y/o enfadarían, pero no se prevén dimisiones.	— Algunos trabajadores pudieran dimitir, o podría generarse un ambiente laboral contaminado.	— El ambiente laboral se contaminaría y la productividad y la satisfacción laboral disminuirían de forma notable.	— Toda la organización puede «tambalearse» laboralmente si se materializa el riesgo.
Externalización	— La sanción sólo afecta a un departamento de un centro.	— La sanción afecta a un centro entero.	— La sanción afecta a varios centros de un mismo territorio, si hay varios, y aunque sólo afecte a un departamento de cada centro.	— La sanción afecta a todos los centros de un mismo Estado, si hay varios, y aunque sólo afecte a un departamento de cada centro.	— La sanción afecta a los centros de varios Estados, si se trata de una empresa multinacional.

	1	2	3	4	5
Agresión	—	— Pena de multa del doble al cuádruple, o de seis meses a tres años.	— Pena de multa del triple al quintuple, o de dos a cinco años (6) .	— Pena de multa del triple al décuplo (7) .	—
Vulnerabilidad	— El delito no se ha cometido nunca, hay mecanismos suficientes para evitarlo y dadas las características del sector sería muy improbable que la organización obtuviera un beneficio por su comisión.	— El delito no se ha cometido nunca, y hay mecanismos suficientes para evitarlo.	— El delito nunca se ha cometido, pero la empresa no cuenta con mecanismos de prevención suficientes. — El delito ya se ha cometido, pero se han mejorado sustancialmente los procedimientos.	— El delito no se ha cometido nunca, pero sí en otras empresas similares con iguales políticas, y falta algún instrumento de control importante. — El delito no se ha llegado a cometer, pero ha habido incidentes relacionados y falta algún instrumento de control importante.	— El delito ya se ha cometido y no se han alterado sustancialmente los procedimientos.

De este modo, si realizamos este análisis en cada uno de los delitos que hemos determinado anteriormente podemos llegar a la siguiente tabla valorativa:

Riesgo	Evaluación					
	Función	Sustitución	Profundidad	External.	Agresión	Vulnerab.
Delito 1	x	x	x	x	x	x
...	x	x	x	x	x	x
Delito n.	x	x	x	x	x	x

Con esta información, el método de Mosler nos permite averiguar la Importancia del riesgo penal, el Daño del mismo y el Peligro (8) que supone. Así,

- Importancia del riesgo: Función x Sustitución.
- Daño ocasionado: Profundidad x Externalización
- Peligro: Agresión x Vulnerabilidad

Además, Importancia x Daño es igual a «Carácter del Riesgo». Con estos datos, podemos obtener la siguiente tabla:

	Importancia	Daño	Peligro
Delito 1	x	x	x
...	x	x	x
Delito n	x	x	x

O, si se prefiere,

	Peligro	Carácter
Delito 1	x	x
...	x	x
Delito n	x	x

La cuestión es que, uniendo estas dos últimas variables finales, podemos elaborar un «gráfico de dispersión» en el que visualmente podamos comparar el carácter y la probabilidad de que se

materialice cada riesgo penal (o el peligro real al que nos enfrentamos, si preferimos verlo así). Este gráfico puede ser considerado, en el sentido más literal de la expresión, como un Mapa de Riesgos.

En cuanto al mismo, el eje vertical debe graduarse necesariamente sobre 50, dado que es la suma de dos factores cuya valoración máxima es 25 cada uno de ellos. El «Carácter» del delito es algo contra lo que difícilmente se puede luchar. Por ejemplo, poco va a poder hacer una empresa para lograr que la comisión de un delito afecte psicológicamente menos a sus trabajadores, o que sólo afecte a unos técnicos determinados que sean más fáciles de sustituir que otros. Sin duda, es posible que alguna medida sí se pudiera llegar a tomar, pero en todo caso sería fuera del ámbito estrictamente jurídico o criminológico.

La clave está en el eje horizontal, el del «Peligro»

Por el contrario, la clave está en el eje horizontal, el del «Peligro», puesto que, si bien la pena que da el Código Penal a cada delito tampoco es disponible por parte de la persona jurídica, lo cierto es que sí se puede incidir en la «Vulnerabilidad», es decir, la posibilidad de que se cometa el delito analizado teniendo en cuenta los elementos que ha puesto la organización para impedirlo. De este modo, con el paso de las diversas actualizaciones sería un signo de mejora y

de buen trabajo el hecho de ver que los puntos del Mapa «se mueven hacia la izquierda», cosa que se lograría reforzando todos aquellos elementos que tenga la persona jurídica para prevenir la comisión del delito (es decir, logrando una reducción de la «Vulnerabilidad» y, por tanto, del «Peligro»).

Por último, el método de Mosler nos permite hacer una evaluación global de la gravedad de cada riesgo penal, que se obtiene de multiplicar los valores de «Carácter» por «Peligro». En función de dicho valor, la gravedad será una u otra, según estos rangos:

- 2-250: Riesgo muy bajo
- 251-500: Riesgo bajo
- 501-700: Riesgo medio
- 701-1.000: Riesgo alto
- 1.000-1.250: Riesgo muy alto

Por tanto, la tabla valorativa final de cada riesgo penal sería la siguiente:

	Gravedad	Valoración
Delito 1	x	
...	x	
Delito n	x	

A modo de apunte, cabe decir que no nos parece del todo adecuado a efectos de Compliance considerar esta «Valoración». Lo que realmente marcará la atención de los analistas y/o del *Compliance Officer* (u organismo análogo) será el «Peligro» de cada riesgo penal, por lo que en nuestro análisis excluiríamos la columna de «Valoración». Sin embargo, sí es cierto que la «Gravedad» puede utilizarse a efectos de ordenar cualitativamente estos riesgos, lo que sin duda puede constituir una herramienta de análisis útil que nos indique a qué riesgos hay que dar prioridad.

III. EJEMPLO (9)

En este caso, vamos a suponer que hemos de analizar una Sociedad Anónima mercantil cuyo objeto es la distribución al por menor de alimentos, productos de limpieza y otros productos en general (para simplificar, un supermercado) que opera únicamente en la Comunidad Autónoma de Asturias, a la que llamaremos TURG, S.A.

Empecemos por ver que posibles delitos podría cometer esta Sociedad. Al ser la venta al público el objeto social, es evidente que el delito de Estafa ha de estar entre los analizados; asimismo, hay que tener en cuenta que la comercialización de productos alimenticios podría dar lugar a la comisión de un delito contra la salud pública. Sin embargo, otros delitos, como el tráfico ilegal de órganos humanos o el de radiaciones ionizantes, quedarían, en principio, excluidos.

Por tanto, la lista de delitos de posible comisión en TURG, S.A. sería la siguiente: delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delito de riesgo provocados por explosivos y otros agentes, estafa, delitos contra la propiedad industrial, delitos contra la propiedad intelectual, delitos contra el mercado y los consumidores, delitos de corrupción en los negocios, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, cohecho, tráfico de influencias, insolvencias punibles, delitos urbanísticos, delitos contra la salud pública, blanqueo de capitales, frustración de la ejecución, descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y falsificación de tarjetas de crédito y débito. Además, por las concretas circunstancias del caso, trataremos conjuntamente los delitos contra la propiedad industrial e intelectual y contra el mercado y los consumidores y de corrupción en los negocios, por un lado, y los delitos de cohecho y tráfico de influencias, por otro.

Para reducir el riesgo también es fundamental que este listado sea lo más completo posible. Una vez elaborado, debemos pasar a analizar cada uno de estos riesgos en las concretas circunstancias de TURG, S.A. Para ello, debemos tener en cuenta dos aspectos:

- a)** De qué elementos dispone la Sociedad para evitar que se cometa este delito y para demostrar que no lo está cometiendo.
- b)** Qué elementos debería tener y no tiene para evitar que se cometa este delito y para demostrar que no lo está cometiendo.

Pongamos, por ejemplo, el delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. En este caso, supongamos la situación extrema de que, ante la poca documentación aportada para realizar el análisis, no nos consta ningún documento que evidencie un comportamiento adecuado por parte de la Sociedad. A pesar de esto, tampoco podemos presumir que se esté cometiendo el delito que analizamos. Adelantándonos un poco, con esta información la puntuación que deberíamos dar a la «Vulnerabilidad» de este delito es un 4: faltan elementos importantes, pero no podemos saber si se está cometiendo el hecho ilícito (lo que sería un 5).

Además, teniendo en cuenta lo que indica el Código Penal (LA LEY 3996/1995), deberíamos determinar en qué momentos la Sociedad TURG, S.A. podría llegar a cometer un delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Principalmente, este delito se cometería en los supuestos siguientes:

- a)** Declarar unos ingresos inferiores a los reales y/o unos gastos superiores (tanto de explotación como financieros), fingiendo en consecuencia un resultado inferior al real.
- b)** Pago de los diversos impuestos a los que la Sociedad está obligada, si se hiciera por una cantidad inferior a la debida y el diferencial superase los límites legales.
- c)** Declaración de los diversos conceptos por los que se deban abonar las cuotas de la

Seguridad Social, si esta declaración no se ajusta a la realidad de la Empresa [por ejemplo, si se les paga una cuota inferior a la debida, o incluso si no se les abona cantidad alguna, siempre que se llegue a los umbrales que establece el Código Penal (LA LEY 3996/1995)].

d) Adquisición de mercancías en otro Estado Miembro de la Unión. Debe preverse en el Programa de Compliance como hipótesis que pudiera llegar a tener lugar, dado que ocasionalmente esta Sociedad ha contratado con proveedores extranjeros.

Quizás se podría pensar en que la Sociedad cometiese o se formase parte de un grupo de sociedades que comete un «fraude carrusel» con el Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, dadas las características de TURG, S.A., que, como hemos dicho, es una cadena de supermercados de gran implantación en la Comunidad Autónoma de Asturias pero que no opera en otros territorios, la comisión de un fraude carrusel es demasiado poco probable como para tenerla en cuenta.

Finalmente se debería incluir en el Programa de Compliance qué elementos debería tener la Sociedad para prevenir cada delito pero aún así carece de ellos. En el caso de TURG, S.A., faltaría toda la documentación que evidencie un buen comportamiento en el ámbito de este delito, y que, fundamentalmente, consistiría en la siguiente:

a) Los informes de auditoría de las Cuentas Anuales de los últimos cinco años. Se piden todos los de este período porque es el de prescripción de este delito, aunque supere el plazo de prescripción del ilícito administrativo que se estaría cometiendo si el impago no llegase a los límites indicados en el Código Penal (LA LEY 3996/1995).

b) Un certificado de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en el que se indicase que la Sociedad se encuentra al día de sus obligaciones en este ámbito.

c) Un certificado emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social que indicase que la Sociedad carece de deudas con este organismo.

d) Los resguardos de pago del año en curso de los Impuestos sobre el Valor Añadido, sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades. TURG, S.A. sólo podría superar la cuota de 120.000 euros en un solo ejercicio en el caso de estos tres Impuestos, si bien damos por supuesto que ha hecho frente a todas sus obligaciones tributarias si el informe de auditoría no indica lo contrario.

e) La documentación relativa a todos los expedientes que hubiera en relación con los distintos casos de conflicto entre la Sociedad y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o la Tesorería General de la Seguridad Social, si los hubiera. En caso de haber habido algún procedimiento administrativo en los últimos años, debería tenerse en cuenta para valorar la «Vulnerabilidad» de este riesgo penal en TURG, S.A.

De este modo, si realizamos este análisis en cada uno de los delitos que hemos determinado anteriormente podemos llegar a la siguiente tabla valorativa:

Riesgo	Evaluación					
	Función	Sustitución	Profundidad	External.	Agresión	Vulnerab.
HP y SS	3	4	4	3	4	4
Estafa	5	5	4	3	3	3
Salud púb	5	3	3	3	3	3
Explosión	5	4	4	3	3	2
P.I.I.M.C.	3	4	5	3	3	2
Cohecho	3	4	3	3	3	2
Secretos	2	3	4	3	2	3
Tarjetas	5	4	4	3	3	1

Riesgo	Evaluación					
	Función	Sustitución	Profundidad	External.	Agresión	Vulnerab.
Insolv punibles	4	4	4	3	3	1
Urbanísticos	5	4	2	3	3	1
Tr y extr	4	3	4	3	3	1
Medioamb	2	3	2	3	2	3
Blanqueo	4	3	3	3	3	1
Frustración	3	3	3	3	3	1

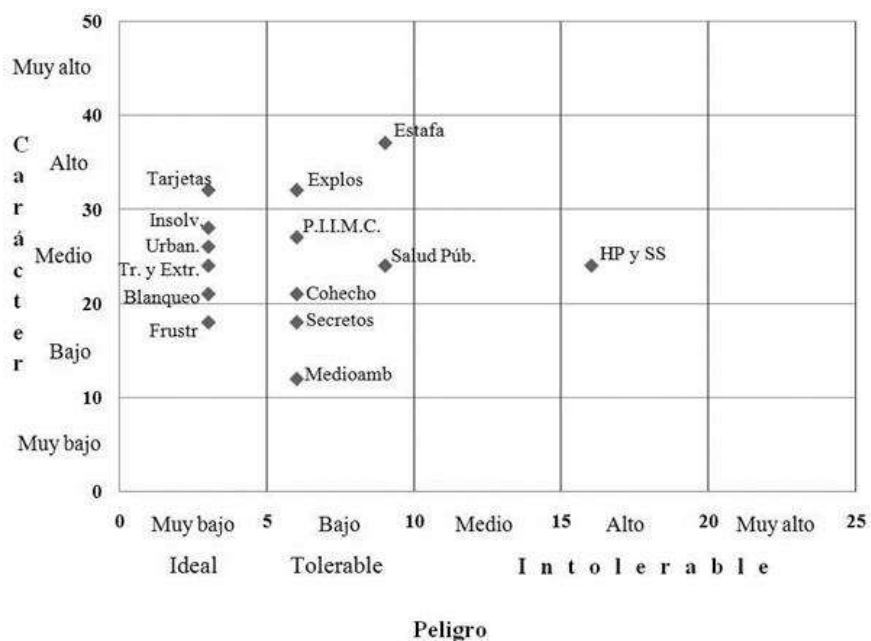
Haciendo las operaciones que se han indicado antes, de esta tabla podemos obtener la siguiente:

	Importancia	Daño	Peligro
HP y SS	12	12	16
Estafa	25	12	9
Salud púb	15	9	9
Explosión	20	12	6
P.I.I.M.C.	12	15	6
Cohecho	12	9	6
Secretos	6	12	6
Tarjetas	20	12	3
Insolv punibles	16	12	3
Urbanísticos	20	6	3
Tr y extr	12	12	3
Medioamb	6	6	6
Blanqueo	12	9	3
Frustración	9	9	3

Y, por lo tanto, los valores de Probabilidad y Carácter de estos delitos serían los siguientes:

	Peligro	Carácter
HP y SS	16	24
Estafa	9	37
Salud púb	9	24
Explosión	6	32
P.I.I.M.C.	6	27
Cohecho	6	21
Secretos	6	18
Tarjetas	3	32
Insolv punibles	3	28
Urbanísticos	3	26
Tr y extr	3	24
Medioamb	6	12
Blanqueo	3	21
Frustración	3	18

Habiendo llegado a estos valores, podemos obtener el Mapa de Riesgos, que, en el caso de TURG, S.A., quedaría como sigue:



A gusto del analista, y para ayudar a que este Mapa sea más visual, pueden incorporarse otros elementos (como, por ejemplo, colores) que ayuden a aclarar la situación de la organización.

Finalmente, la tabla valorativa final de cada riesgo penal sería la siguiente

	Gravedad
HP y SS	384
Estafa	333
Salud púb	216
Explosión	192
P.I.I.M.C.	162
Cohecho	126
Secretos	108
Tarjetas	96
Insolv punibles	84
Urbanísticos	78
Tr y extr	72
Medioamb	72
Blanqueo	63
Frustración	54

Analizando esta tabla, vemos que el delito de más grave es el delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Este resultado no nos debería sorprender, dado que la «Vulnerabilidad» es más elevada que en los demás casos al no haber ningún elemento que justifique una actuación conforme a Derecho. A ello debemos sumarle el factor de la «Agresión», ya que este es uno de los delitos que tienen tipificada una sanción más elevada. Sin embargo, su comisión no afectaría demasiado al funcionamiento de los supermercados y, además, territorialmente no saldríamos del ámbito de una comunidad autónoma. Eso sí, sería complicado sustituir a la persona responsable, ya que probablemente sea alguien con experiencia y formación, y sin duda los trabajadores se sentirían molestos si sintieran que «su empresa no paga impuestos y ellos, sí».

El siguiente delito más grave, con escasa diferencia en la puntuación, es el de la estafa. Este delito es el que muestra un «Carácter» más elevado, lo que resulta comprensible teniendo en cuenta que se trata de una cadena de supermercados. Su importancia, pues, es máxima. No obstante, territorialmente seguimos sin movernos de una Comunidad Autónoma (y eso como mucho, podría

ser que únicamente se cometiera la estafa en uno de los centros, lo que implicaría una «Externalización» de 2), por lo que el «Carácter» es simplemente «Alto», y no «Muy alto». Al menos hay bastantes mecanismos para prevenir las estafas en esta Sociedad, aunque es cierto que falta alguno que reforzase el buen hacer y que acabase de garantizar que no se cometerán estafas en esta cadena de supermercados.

Por otro lado, los delitos contra el medioambiente no deberían preocuparnos demasiado. Sin duda, un supermercado genera residuos, y también lo hacen las oficinas centrales de la Sociedad (piénsese, simplemente, en la cantidad de refrigeradores industriales, hornos en los que cocer el pan, máquinas reguladoras de aire acondicionado y/o calefacción... que tiene cada centro). No obstante, se cuenta con suficientes elementos para entender que muy difícilmente se puede cometer este delito en las instalaciones de TURG, S.A. Además, la pena no es demasiado elevada, ni su comisión afectaría de manera particularmente importante al funcionamiento habitual de los supermercados, por lo que es uno de los riesgos penales de menor «Carácter».

Hay dos riesgos penales que se salen del área en la que se mueven el resto: la Estafa y el delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social

De hecho, este Mapa nos muestra que hay dos riesgos penales que se salen del área en la que se mueven el resto: la Estafa y el delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. No obstante, como ya hemos dicho, poco se puede hacer desde un punto de vista estrictamente jurídico o criminológico para reducir el «Carácter» de un riesgo penal, por lo que podemos entender que la Estafa está dentro de los parámetros admisibles al tener un «Peligro» de 9. Lo que debería centrar nuestra atención pues, es el delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, por ser el único que tiene un «Peligro» superior a 10. Sin embargo, esto se debe al hecho de que la Sociedad no haya aportado ningún elemento que demuestre

que cumple con sus obligaciones; si los aporta, y se consideran suficientes, la «Vulnerabilidad» se reduciría a 1 o a 2, por lo que, a pesar de que la «Agresión» sea elevada (como hemos dicho, este es uno de los delitos con la pena más alta), el «Peligro» estaría dentro de parámetros tolerables.

El hecho de considerar la barrera de lo admisible y lo inadmisibles en 10 merece una explicación separada. Dado que el «Peligro» es la multiplicación de dos valores situados entre 1 y 5, en el momento en el que superamos el 9 (3x3) es porque hay un 4 o un 5 en la «Agresión» y/o la «Vulnerabilidad», lo que debería suponer una alarma en sede de prevención de riesgos penales, pues son los dos valores más elevados. Bien es cierto que un delito de Agresión = 2 y Vulnerabilidad = 4 tendría un «Peligro» de 8, pero en este caso la escasa pena debería hacer que nos fijásemos en su «Carácter» para decidir si es un riesgo realmente intolerable, así como en otros aspectos contextuales. Del mismo modo, un delito con Agresión = 4 siempre se acercará más a 10 por lo elevado de la pena, si bien en caso de una Vulnerabilidad baja o muy baja (2 ó 1) no debería, en principio, preocuparnos demasiado. Igualmente, es siempre más preocupante un delito de Gravedad = 8 si tiene una Vulnerabilidad de 4 y una Agresión de 2 que a la inversa, por lo que deberían analizarse las circunstancias concretas de cada caso.

En general, este análisis permite ordenar los delitos de posible comisión según su «Gravedad». Independientemente de que estemos o no de acuerdo con el nombre de cada categoría de valoración, sí es cierto que comparativamente podemos ver cuáles son los más graves y cuáles son los menos, y, en opinión propia, el orden de los riesgos penales dadas las circunstancias de este caso es el adecuado.

IV. CONCLUSIÓN

Tal como se ha visto, es necesario un método de evaluación de los distintos riesgos penales de una persona jurídica que contribuya a un análisis fundamentado. Si bien toda valoración es de un modo u otro subjetiva, debe intentarse que esta subjetividad se reduzca en aras a que dos analistas distintos no hagan evaluaciones demasiado diferentes, puesto que, en tal caso, dichas evaluaciones podrían ser criticadas por inexactas o poco rigurosas.

El Método de Mosler, si bien se creó para evaluar riesgos físicos, resulta idóneo para evaluar también riesgos penales, si se interpreta desde este punto de vista y se hacen los pequeños cambios que se han comentado en este artículo. Si bien también adolece de una cierta subjetividad, sin duda tiene al menos un respaldo matemático que permite tanto justificar las valoraciones como comparar la puntuación que se da a los distintos parámetros de cada riesgo.

La adecuación de este método, además, viene dada por el amplio espectro de parámetros que se cubre. Así, se tiene en cuenta la afectación al funcionamiento normal de la empresa, los cambios que deberían hacerse, la afectación psicológica a los trabajadores, la extensión geográfica del daño, la pena establecida en el Código Penal (y que previsiblemente se pudiera imponer) y la posibilidad real de que se cometa el delito. En definitiva, todos los aspectos más relevantes a la hora de valorar un riesgo.

Además, el Mapa de Riesgos que se ha puede obtener permite ver de manera gráfica cuáles son los riesgos que más nos deberían preocupar, así como cuáles pueden considerarse que están suficientemente bien cubiertos, estando justificados tanto los unos como los otros.

Finalmente, vista la aplicación práctica de este Método en un caso real, si bien es obvio que por todo lo dicho es de esperar que haya discrepancias en las valoraciones, el resultado obtenido tiene sentido y resulta lógico dada la realidad de la empresa analizada.

Por todo ello, consideramos que el Método de Mosler es una manera válida de evaluar y medir los riesgos penales, por lo que su utilización en un programa de Compliance penal puede resultar adecuada.

V. BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ BLANCO, Raimundo y SAAVEDRA OBERMANN, Ana, *Manual práctico para la realización de Planes de Autoprotección y simulacros de emergencia*. Ed. Punto Rojo Libros. Sevilla, 2013.
- GALAVIZ RODRÍGUEZ, J.V., MARTÍNEZ CARMONA, R., VÁZQUEZ CARRASCO, Y. y GONZÁLEZ, B.M., «Análisis – Evaluación de riesgos, aplicando la metodología Mosler en las PYMES de Tlaxcala, México», en *Avances. Investigación en Ingeniería* (vol. 10) n.º 1 (2013), págs. 27-34.

(1) Agradezco a mis compañeros y amigos María Lobón García y Jacopo Cortinovis sus ideas y aportaciones para la elaboración de este artículo.

Ver Texto

(2) A modo de aclaración, se entiende por «riesgo penal» aquel delito que hipotéticamente pudiera llegar a ser cometido (en este caso, en el seno de una persona jurídica). Por «materialización de un riesgo penal» se entiende la comisión del mismo.

Ver Texto

- (3) Son varias las obras que se pueden citar sobre una explicación de este método. Ver por todas una aplicación didáctica del mismo en GÓMEZ BLANCO, Raimundo y SAAVEDRA OBERMANN, Ana, Manual práctico para la realización de Planes de Autoprotección y simulacros de emergencia. Ed. Punto Rojo Libros. Sevilla, 2013.

Ver Texto

- (4) En este sentido, y como norma general, interpretamos que la atenuante a la que se refiere el artículo 31 bis.2 CP in fine en relación con la primera condición del mismo implica que, habiendo analizado todos los riesgos penales posibles, no se hayan propuesto todas las medidas de vigilancia y control necesarias, sino sólo algunas. Esto es así porque, entendemos, el núcleo gramatical del complemento directo de la oración es el sustantivo «medidas», siendo todo lo demás complementos de éste.

Ver Texto

- (5) Evidentemente, cada análisis deberá ser distinto. Para una correcta valoración de estos parámetros, debe atenderse a las características del sector, a la situación del mercado en el que se mueve la entidad analizada, las circunstancias económicas generales de cada momento, el comportamiento de otras compañías similares, las características concretas de la entidad analizada, su comportamiento a lo largo del tiempo, etc.

Ver Texto

- (6) Los delitos urbanísticos también se deberían incluir aquí, puesto que, además de la sanción correspondiente, el juez puede ordenar la demolición de la obra.

Ver Texto

- (7) Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social también se deberían incluir aquí, ya que, además de con multa, serán siempre sancionados con la inhabilitación para recibir subvenciones y ayudas públicas durante un período de tres a seis años.

Ver Texto

- (8) Mosler no llama a este indicador «Peligro», sino «Probabilidad». Sin embargo, a efectos penales, consideramos mucho más adecuado este otro nombre, puesto que la mezcla de la pena que impone el C.P. multiplicado por la probabilidad real de que el riesgo penal se materialice nos indica hasta qué punto dicho riesgo es peligroso, pero no necesariamente nos informa de cuán probable es que se cometa.

Ver Texto

- (9) Si bien los nombres aparecen cambiados, este ejemplo se corresponde con un caso real, debidamente adaptado a efectos explicativos.

Ver Texto