

# ARTÍCULOS

## ¿DE DÓNDE VENIMOS Y A DÓNDE VAMOS? SOBRE LA PROYECTADA REFORMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y EL NUEVO DELITO DE ADMINISTRADORES

ALBERTO GÓMEZ FRAGA  
Abogado\*

### ¿De dónde venimos y a dónde vamos? Sobre la proyectada reforma de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el nuevo delito de administradores

El 20 de septiembre de 2013, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de reforma del Código Penal, que introduce profundas modificaciones en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas e incluye un nuevo delito de incumplimiento del deber de vigilancia o control cuyos posibles autores son los administradores o representantes legales de la persona jurídica. Consecuencia de ello, en este trabajo se analizarán los elementos más destacados del régimen actual de responsabilidad penal de la persona jurídica, las principales propuestas de modificación a ese régimen, así como la estructura, alcance y delimitación del nuevo delito de administradores que está previsto que se incluya a través del artículo 286.6 del Código Penal.

### Where do we come from and where are we going? On the proposed amendment to the criminal liability of the legal person and the new offense committed by managers

On September 20th, 2013, the Cabinet passed the draft amendments to the Criminal Code, which carry out a comprehensive reform of the system of criminal liability of legal persons and include a new offense, consisting of the breach of the duty of supervision or control, whose potential offenders are managers/directors or legal representatives of the legal person. As a consequence, this paper addresses the most significant issues of the current system of criminal liability of legal persons, the main amendments that have been proposed regarding the system, as well as the structure, scope and limits of the new offense that managers of legal persons may commit, which is expected to be included in the new Criminal Code, under article 286.6.

#### PALABRAS CLAVE

Persona jurídica, administradores, 31.bis (Código Penal), 286.6 (Código Penal)

#### KEY WORDS

Legal person, managers, 31.bis (Criminal Code), 286.6 (Criminal Code)

Fecha de recepción: 29-9-2014

Fecha de aceptación: 1-10-2014

## I · INTRODUCCIÓN

1. En los últimos años no han faltado artículos dedicados a hablar de la responsabilidad penal de la persona jurídica. La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010<sup>1</sup> supuso una auténtica revolución para aquellos que nos dedicamos al Derecho penal de los negocios al introducir, por primera vez en nuestro ordenamiento, un sistema de respon-

sabilidad penal de la persona jurídica. De la noche a la mañana, el Derecho penal dejó de ser el hermano «pobre», aquel del que nadie quiere hablar en un despacho de los denominados de empresa. Hoy día, quien más, quien menos, ha tenido la oportunidad de participar en una reunión en la que se emplean términos como *compliance program*, *chief compliance officer* o *whistleblower*, sin que ninguno de los presentes demuestre asombro o sorpresa. El derecho penal está «de moda». Pero no siempre fue así. No hace tanto tiempo que la responsabilidad penal de la persona jurídica era un tema al que pocos dedicaban atención, y solo en ámbitos académicos.

Son numerosas las razones esgrimidas para justificar la implementación en nuestro ordenamiento de un sistema de responsabilidad penal de la persona

\* Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

<sup>1</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

jurídica. Entre esas razones destaca una en especial: adecuar nuestro ordenamiento a otros de nuestro entorno y cumplir así con los compromisos internacionales adquiridos «*que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas*»<sup>2</sup>. Sin embargo, al examinar aquellos instrumentos internacionales que de forma pacífica se vienen considerando antecedente lógico —y directo— de la reforma<sup>3</sup>, resulta difícil alcanzar la conclusión de que tales instrumentos obliguen al establecimiento de un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica. Por poner un ejemplo, el Convenio de la OCDE, de 17 de diciembre de 1997, obliga a perseguir en vía penal la corrupción por personas físicas de agentes públicos extranjeros<sup>4</sup> y a establecer un sistema de sanciones a la persona jurídica que sean «*eficaces, proporcionadas y disuasorias*», pero no se pronuncia sobre la naturaleza que deban tener estas sanciones a la persona jurídica (que pueden ser de cualquier clase: administrativa, civil o penal)<sup>5</sup>. Pre-

visiones similares podemos encontrar en el Convenio penal sobre la corrupción, del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999<sup>6</sup> o en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, firmada en Nueva York el 31 de octubre de 2003<sup>7</sup>. Es nuestro legislador el que, entre las distintas opciones posibles, opta por implementar un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica. Seguimos así la senda iniciada por los Estados Unidos hace décadas y a la que se han ido sumando numerosos países de nuestro entorno, que no todos<sup>8</sup>.

**2.** En la actualidad, la responsabilidad penal de la persona jurídica se recoge principalmente en el artículo 31 bis del Código Penal. Según este artículo, las personas jurídicas también pueden, si se dan ciertos requisitos, ser penalmente responsables cuando una persona física de la organización comete un delito. Y, según este artículo, la responsabilidad penal de la persona jurídica no es alternativa, sino acumulativa respecto a la responsabilidad de la persona o personas físicas que han cometido el delito, si estas son identificadas. Esto significa que ambas, persona física y persona jurídica, podrán ser llamadas al procedimiento penal (ambas podrán ser imputadas y acusadas de forma autónoma)<sup>9</sup>, y quedar sujetas a responsabilidad y pena individualizada.

<sup>2</sup> Véase en este sentido la Exposición de Motivos, apartado VII, de la Ley Orgánica 5/2010.

<sup>3</sup> Típicamente, el Convenio de la OCDE, de 17 de diciembre de 1997, de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (ratificado por España el 3 de enero de 2000 y publicado en el BOE el 22 de febrero de 2002); el Convenio penal sobre la corrupción, del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 (ratificado por España el 10 de mayo de 2005 y publicado en el BOE el 28 de julio de 2010); o la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 (ratificado por España el 16 de septiembre de 2005 y publicado en el BOE el 9 de junio de 2006).

<sup>4</sup> La obligación de perseguir penalmente a las personas físicas por el delito de corrupción se prevé en el artículo 1 del Convenio de la OCDE, de 17 de diciembre de 1997: «*Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. 2. Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un agente público extranjero. La tentativa y la confabulación para corromper a un agente público extranjero constituirán delitos en la misma medida que la tentativa y la confabulación para corromper a un agente público de esta Parte*».

<sup>5</sup> Sobre la responsabilidad de la persona jurídica, el artículo 3 del Convenio de la OCDE, de 17 de diciembre de 1997, establece lo siguiente: «*En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, esa Parte velará por que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias, por la corrupción de agentes públicos extranjeros*».

<sup>6</sup> En lo que respecta a la responsabilidad de las personas jurídicas, el artículo 18 del Convenio del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1999, establece que «*cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que se pueda hacer responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas físicas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible la comisión, por parte de una persona física sometida a su autoridad, de los delitos mencionados en el apartado 1 en beneficio de dicha persona jurídica...*». Y, sobre las sanciones, el artículo 19 del Convenio nos dice lo siguiente: «*Cada Parte se asegurará de que, en el caso de la responsabilidad establecida en virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 18, las personas jurídicas sean objeto de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de naturaleza penal o no penal, incluidas las sanciones pecuniarias*».

<sup>7</sup> El artículo 26 del Convenio de las Naciones Unidas de 31 de octubre de 2003 resulta especialmente claro al respecto cuando dice que la «*responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa*».

<sup>8</sup> Entre los países que han optado por un sistema de responsabilidad no penal de la persona jurídica destacan, por su influencia en nuestro ordenamiento, Alemania e Italia (estos países, han optado por implementar un sistema de responsabilidad administrativa de la persona jurídica por los delitos de sus empleados).

<sup>9</sup> La entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 se acompañó de una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece la forma en que la persona jurídica puede participar en el proceso penal como imputada o acusada.

Como sucede con todo, a esta nueva regulación no le han faltado críticos. No fueron pocos los autores que señalaron que el solo establecimiento de un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica suponía una quiebra de los principios tradicionales de la teoría del delito (acción u omisión culpable)<sup>10</sup>. Estos autores entendían —no sin cierta razón— que únicamente las personas físicas pueden realizar la acción típica y obrar con culpabilidad. La persona jurídica, decían, puede ser civilmente responsable del delito cometido por una persona física, pero no penalmente responsable, al carecer de capacidad de obrar con culpabilidad propia, con dolo o imprudencia. A esta crítica cabe sumar las de aquellos que, sin oponerse a la responsabilidad penal de la persona jurídica (que aceptan como «posible» o «válida» en un plano teórico), criticaron la redacción dada al artículo 31 bis del Código Penal, en tanto parece prever un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica «sin culpa» u «objetiva», lo cual estaría proscrito por nuestro ordenamiento.

**3.** Un exhaustivo análisis de los motivos que nos llevan a descartar esta pretendida vulneración de los pilares básicos de nuestro ordenamiento rebasaría, con mucho, el objeto de este artículo. El enfoque elegido es otro. Más práctico. Son numerosos los autores que, con gran profundidad, se han ocupado de tratar los problemas de constitucionalidad que ha planteado la reforma operada en 2010<sup>11</sup>. Se ha escrito mucho, tanto en un sentido como en otro, tanto para defender la reforma como para criticarla. Con todo, podría decirse que la doctrina había alcanzado un cierto consenso sobre cómo debía interpretarse el artículo 31 bis del Código Penal y se esperaba con expectación a ver cuál era la postura de nuestros tribunales. Desafortunadamente, todo —o gran parte de— lo que se ha escrito puede quedar en papel mojado. Pues no veremos, con esta reforma el legislador para decantarse, ahora sí, por un sistema que tiene en cuenta la «culpa propia» de la persona jurídica.

Escasos tres años después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, cuando nuestros tribunales aún no han tenido tiempo para pronunciarse sobre su contenido, sobre si esta regulación es constitucional o inconstitucional, planea sobre nuestras cabezas una profunda reforma del sistema implementado. El 20 de septiembre de 2013, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de reforma del Código Penal (el «Proyecto»). Este Proyecto, actualmente en tramitación ante la Comisión de Justicia, prevé numerosas modificaciones, algunas de gran calado, como pueda ser la prisión permanente revisable o la supresión de las faltas. En lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Proyecto prevé una sustancial modificación del artículo 31 bis del Código Penal e incluye un nuevo delito de incumplimiento del deber de vigilancia o control cuyos posibles autores son los representantes legales o administradores de la persona jurídica<sup>12</sup>. Son estas dos propuestas, la modificación proyectada en el artículo 31 bis del Código Penal (que sufriría una suerte de «mitosis celular», fraccionándose en hasta cuatro artículos distintos<sup>13</sup>) y la inclusión de un nuevo delito de administradores a través del artículo 286.6 del Código Penal, las que serán objeto de tratamiento en este artículo.

## II · LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL: DIFERENCIAS ENTRE SU REDACCIÓN ACTUAL Y LA PREVISTA EN EL PROYECTO

### 1 · Los supuestos generadores de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el texto vigente: entre los sistemas de «heteroresponsabilidad» y «autorresponsabilidad»

**1.1.** En el texto vigente, los supuestos generadores de la responsabilidad penal de la persona jurídica se contienen en los párrafos primero y segundo del artículo 31 bis.1 del Código Penal, cuyo tenor literal es el siguiente:

<sup>10</sup> Véase en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.º 38, 2008, pág. 259.

<sup>11</sup> Véase en este sentido por ejemplo, CLEMENTE CASAS, Ismael y ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel «¿Sirve para algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy (responsabilidad de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbre y llamado por la seguridad jurídica)», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 28, 2011, págs. 26-41.

<sup>12</sup> El 10 de diciembre de 2014 se publicó en el Boletín oficial de las Cortes Generales las 888 enmiendas formuladas por los distintos grupos parlamentarios al Proyecto. Dos de esas enmiendas habían sido introducidas por el Grupo Parlamentario Popular lo que hace previsible su aprobación entre los que se prevé la supresión del proyectado artículo 256.6 del Código Penal.

<sup>13</sup> Artículos 31 bis a 31 quinquies del Código Penal.

- «(...) las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho».
- «(...) las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso».

Estos son los dos supuestos generadores o, si se prefiere, las reglas de imputación principales a partir de las cuales cabe atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica<sup>14</sup>. Estas reglas de imputación prevén una serie de requisitos para que la persona jurídica responda penalmente. El primero de estos requisitos, el más importante, es que una persona física de la organización cometa un delito. La responsabilidad penal de la persona jurídica se hace depender de que una persona física de la organización haya cometido un delito. La norma penal distingue a este respecto entre dos categorías de sujetos cuya conducta delictiva puede derivar en responsabilidad penal para la persona jurídica:

- Una primera categoría (prevista en el párrafo primero del artículo 31.bis.1 del Código Penal), compuesta por los representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica (los «directivos»).
- Una segunda categoría (prevista en el párrafo segundo del artículo 31.bis.1 del Código Penal), compuesta por el resto de personas de la organización, que se encuentran «sometidas» a la autoridad de los directivos (típicamente, los «empleados»).

Por tanto, solamente cuando «alguien» de la organización (ya sea directivo o empleado) cometa un delito (por ejemplo, una estafa), y ese delito prevea la posibilidad de imponer penas a la persona jurídica (la estafa lo prevé), la persona jurídica podrá ser penalmente responsable. Pero con esto no basta. La

comisión de un delito por «alguien» de la organización es condición necesaria, pero no suficiente, para que pueda derivarse responsabilidad penal para la persona jurídica. El Código Penal vigente exige algo más. Exige que la persona física que comete el delito —ya sea directivo o empleado— actúe en su ámbito competencial<sup>15</sup> (segundo requisito) y «en provecho» de la persona jurídica (tercer requisito). Además, cuando el delito es cometido por un empleado, la norma penal exige (cuarto requisito) que este haya podido cometerse por «no haberse ejercido sobre ellos el debido control *atendidas las concretas circunstancias del caso* (falta de «debido control» que no resulta exigible cuando quien comete el delito es el directivo).

**1.2.** Estos son los requisitos que establece el vigente artículo 31 bis del Código Penal para que la persona jurídica responda penalmente. Sobre estos requisitos, sobre su significado y alcance se ha discutido mucho. La discusión ha girado principalmente alrededor de una idea o problema principal: si el artículo 31 bis del Código Penal establece un sistema de «heteroresponsabilidad» o si, por el contrario, establece un sistema de «autorresponsabilidad» de la persona jurídica; sobre si la culpabilidad de la persona física que comete el delito es suficiente para que la persona jurídica responda penalmente o si, por el contrario, es necesario que concurra una «culpabilidad propia» del ente. No estamos ante una de esas discusiones eminentemente teóricas, que carecen de trascendencia práctica. Nada de eso. La forma en que nos aproximemos al artículo 31 bis del Código Penal, la interpretación que se haga de sus palabras, será determinante para fijar en qué casos la respuesta penal es posible. Por ello, y porque la reforma proyectada solo se entiende a partir de la discusión habida, merece la pena detenerse unos minutos sobre las razones principales que se han esgrimido en un sentido y otro.

**1.3.** Para un sector de la doctrina, el artículo 31 bis del Código Penal establecería un sistema de responsabilidad de la persona jurídica de los denominados como de «heteroresponsabilidad», y que algunos califican de «transferencia». Estos sistemas se caracterizan por no requerir una «culpabilidad propia» de la persona jurídica, sino que esta se transferiría, en principio sin más requisitos, de la persona

<sup>14</sup> Estas reglas de atribución de responsabilidad, que podrían denominarse principales, se complementan con otra, llamémosla de cierre, en principio destinada a evitar supuestos de impunidad cuando no se haya podido individualizar la concreta persona física responsable o no se haya podido dirigir el procedimiento contra ella (artículo 31 bis.2 del Código Penal vigente).

<sup>15</sup> En «nombre o por cuenta» de la persona jurídica, en el caso de los representantes legales o administradores de hecho o de derecho; y en «el ejercicio de actividades sociales y por cuenta» de la persona jurídica, en el caso de los empleados.

física que comete el delito a la persona jurídica<sup>16</sup>. En otras palabras: *la culpabilidad de la persona física lo es también de la persona jurídica*.

En defensa de esta postura se suele citar el tenor literal del artículo 31 bis.1 del Código Penal. Según este precepto, si un administrador o representante legal de la persona jurídica comete el delito, «en nombre» o «por cuenta» de la sociedad, y en «su provecho», esta responderá penalmente. El artículo 31 bis del Código Penal no prevé ningún otro requisito de forma expresa. No prevé, en particular, que exista una «culpabilidad propia» de la persona jurídica<sup>17</sup> o que esta sea necesaria para que la persona jurídica responda penalmente. Acreditados estos requisitos, objetivos, la persona jurídica responderá *siempre*.

En defensa de esta postura se alega también que la atribución de derechos y obligaciones a las personas jurídicas no deja de ser una ficción jurídica. Es una ficción decir que una persona jurídica firma un contrato, pues, obviamente, las personas jurídicas no pueden firmar contratos por sí solas. Las personas jurídicas requieren siempre del concurso, de la participación, de una persona física, que es quien realiza la firma. Cuando esto sucede, cuando una determinada persona física actúa en nombre de la persona jurídica, el Derecho crea una ficción a partir de la cual resulta posible atribuir ese comportamiento de la persona física a la persona jurídica. Esto sucede todos los días y nadie se plantea, ni por un momento, que la actuación de la persona física que realiza la acción (firmar) y su intención (la voluntad de alcanzar un acuerdo) no lo es también de la persona jurídica. Para los defensores de esta tesis, esto mismo sucedería con la «culpa» penal, de modo que la cul-

pabilidad de la persona física lo sería, sin más, de la persona jurídica. Basta, pues, con que la persona física actúe con culpa propia para que pueda derivarse responsabilidad penal para la persona jurídica, sin que resulte necesario indagar en el ámbito subjetivo propio de la persona jurídica.

**1.4.** Otro sector, posiblemente el más numeroso, considera que el artículo 31 bis del Código Penal requiere, en todo caso, que la persona jurídica actúe con «culpa propia» (sistema de «autorresponsabilidad»). La culpabilidad de la persona física será necesaria, pero no suficiente. Existen fundadas razones para sostener esta segunda tesis en detrimento de la anterior, para defender que la culpabilidad de la persona jurídica es, *siempre*, necesaria, incluso bajo el texto actual e incluso cuando el delito es cometido por los representantes legales o administradores de la persona jurídica:

(a) En nuestro ordenamiento, la responsabilidad penal solo se puede derivar del «hecho propio», que, además, ha de ser «culpable». No cabe responsabilidad penal por el «hecho ajeno», igual que no cabe responsabilidad penal «sin culpa».

Esto resulta especialmente importante. Hablar de «hecho propio y culpable» es tanto como hablar de Derecho penal y de las razones que sirven de fundamento a la condena. Qué menos que detenernos unos minutos para pensar en ello, para pensar que, aun estando de acuerdo con quienes afirman que persona física y persona jurídica no son lo mismo (y que, por tanto, no puede pretenderse la extrapolación a la persona jurídica de categorías penales creadas pensando en personas físicas, como lo son la acción u omisión culpable), lo cierto es que no existen razones de peso para rechazar que tales exigencias —adecuadamente entendidas— deban ser fundamento, también, de la condena a la persona jurídica.

Obviamente, una persona jurídica no puede apretar el gatillo de un arma para dispararla. Y, obviamente, una persona jurídica no puede firmar un contrato si no es con el concurso, con la participación, de una persona física. Sin embargo, esto no significa que la persona jurídica carezca de capacidad para realizar «*hechos propios y culpables (aun cuando esos hechos requieran siempre, en mayor o menor medida, del concurso de personas físicas)*». Antes refería que, a nivel conceptual, no existe inconveniente en afirmar que las personas jurídicas pueden actuar en el tráfico jurídico y hacerlo de forma «válida». Si aceptamos esto, si aceptamos que la persona jurídica tiene capacidad de actuar «válidamente» en el tráfico jurídico (por ejemplo, adoptando programas de cumplimien-

<sup>16</sup> Entre quienes defienden esta interpretación cabría destacar, por su condición de intérprete especialmente cualificado, a la Fiscalía General del Estado, cuyas tesis quedaron plasmadas en su Circular 1/2011.

<sup>17</sup> En este sentido, autores como Carlos Gómez-Jara han señalado, con acierto, que parece subyacer la idea de que esta categoría de personas, los directivos, se identifican con la persona jurídica. Son su «*alter ego*». Esto es, personas que acumulan tanto poder dentro de la organización que sus actos, se entienden, lo son también de la persona jurídica. Literalmente: «*el legislador español ha adoptado en gran medida el modelo anglosajón de alter ego doctrine plasmado en numerosas decisiones marco de la UE en materia penal. Expresado sencillamente, se considera que determinadas personas físicas son el alter ego de la persona jurídica, de tal manera que, en cierta medida, sus comportamientos son los de aquella*» (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Buenos Aires, 2010, pág. 484).

tos idóneos y efectivos), debemos aceptar, es consecuencia lógica, que puede hacerlo «inválidamente (no adoptándolos)». Será este comportamiento no debido de la persona jurídica, que es distinto del comportamiento no debido de las personas físicas que la conforman, lo que servirá de fundamento a la condena penal a la organización. La inmaterialidad de los conceptos que se manejan aconsejan un enfoque más visual. Quizá la forma más fácil de verlo sea a través de un ejemplo. Pensemos primero en un tipo de sociedad muy particular, una sociedad en la que el administrador único es, al mismo tiempo, empleado y socio único. En este tipo de sociedades puede resultar difícil distinguir entre el comportamiento de uno (administrador) y de otra (persona jurídica), puesto que el comportamiento de una sola persona física sirve para conformar la voluntad social. Pero esto no es motivo suficiente para desconocer la independencia de la persona jurídica, que no desaparece por ello, ni pierde su capacidad de actuar en el tráfico jurídico (adecuada o inadecuadamente). Basta con leer cualquier manual de Derecho civil o mercantil para comprobarlo. Para comprobar que, aun teniendo un administrador y socio único, el Derecho considera que la persona jurídica tiene personalidad propia (distinta de la personalidad de su administrador y socio único), que puede obligarse de forma independiente (y que esas obligaciones no son la de la persona física). Esta distinción entre persona física y jurídica, entre cuál sea el comportamiento de una y otra, se observa con mayor claridad si cabe en organizaciones complejas. En este tipo de organizaciones, en las que existe pluralidad de empleados (puede que cientos o miles), es fácil ver que el comportamiento de alguno o algunos de esos empleados (o directivos), no tiene por qué ser el de la persona jurídica. No resulta difícil imaginar organizaciones que actúen adecuadamente, que cuenten con administradores diligentes que velan por el adecuado funcionamiento social y, a pesar de ello, alguno o algunos de esos administradores cometa un delito. En esos casos, en los casos en que la organización funciona adecuadamente, la condena penal pierde su sentido al faltar la conducta propia de la persona jurídica merecedora de reproche.

Es más, cualquier otro camino que sigamos, un camino que no exija ese hecho propio y culpable de la persona jurídica, nos lleva a un callejón de difícil salida. Si consideráramos, en un plano hipotético o conceptual, que el «hecho propio y culpable» de la persona jurídica no es necesario, que no es un requisito del tipo, estaríamos castigando —penalmente— a la persona jurídica y a la persona física

por un mismo hecho: por la conducta (delictiva) de la persona física. Dicho de otro modo, se estaría penando un mismo hecho, una única conducta, la de la persona física, dos veces, en franca vulneración del principio *non bis in idem*.

Por otro lado, el hecho de que el artículo 31 bis.1 del Código Penal no prevea de forma expresa la culpabilidad de la persona jurídica, no es obstáculo para entender que esta culpabilidad es exigible en todo caso. En el Código Penal no encontramos artículos del tipo «*el que matare a otro con dolo*» o «*el que amenazare a otro con dolo*». Sin embargo, nadie se plantea, ni por un momento, ni remotamente, que «la culpabilidad» no sea un requisito de cualquier delito. La «culpabilidad» se requiere *siempre*. Es una exigencia implícita a cualquier delito de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5, 10 y 12 del Código Penal, que ninguna excepción hacen respecto de la persona jurídica. Como bien ha señalado a este respecto NIETO MARTÍN<sup>18</sup>, una interpretación como la propuesta por la Fiscalía General del Estado, para quien la culpa propia de la persona jurídica es irrelevante, «*podría ser válida si el legislador hubiera decidido disparar, como lo ha hecho hasta ahora, a las personas jurídicas con las «balas» del derecho sancionador administrativo o contravencional, pero no cuando ha decidido utilizar los «cañones» del derecho penal*».

(b) Para que la persona jurídica pueda responder por el delito de sus empleados, el párrafo segundo del artículo 31 bis.1 del Código Penal requiere que estos hayan podido cometer ese delito por no haberse ejercido sobre ellos el «*debido control*». No ha faltado quien ha visto en este precepto la confirmación expresa de que nuestro legislador ha optado (no podía no hacerlo) por establecer un sistema basado en la «culpabilidad propia» de la persona jurídica que, en el caso de los empleados, se evidenciaría a partir de la falta de ese «debido control».

A falta de pronunciamientos jurisprudenciales, la doctrina ha tratado de dotar de contenido a esta fórmula, a este «debido control», ya que este no se explicita en el texto vigente, el cual tampoco indica los medios al alcance de las empresas para su establecimiento. En un intento de dotar de contenido a esta expresión, nuestra doctrina ha analizado las soluciones dadas por los países de nuestro entorno.

<sup>18</sup> NIETO MARTÍN, Adán: *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 17.

Fuera de nuestras fronteras, la forma que tienen las organizaciones de protegerse habitualmente frente al riesgo de incurrir en responsabilidad penal por el delito de sus empleados es mediante la adopción de lo que se conoce como «programas de cumplimiento efectivo». Estos programas de cumplimiento pueden definirse como aquellos sistemas de control interno de que se dotan las organizaciones para prevenir o evitar la comisión de delitos o, en su caso, cuando no sea posible su evitación, facilitar el descubrimiento.

El texto vigente no contempla de forma expresa los programas de cumplimiento como medio de exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica (solo se refiere a ellos como atenuante), ni contiene una descripción sobre cuál deba ser su contenido<sup>19</sup>. Aun así, la exigencia contenida en el párrafo segundo del artículo 31 bis.1 del Código Penal de que el delito lo haya cometido la persona sometida a la autoridad de los administradores por «no haberse ejercido sobre ella el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso» permitiría sostener, en una interpretación *a contrario*, que de haberse adoptado medidas de control debido por medio de un «programa de cumplimiento», la persona jurídica quedaría exenta de responsabilidad penal *en todo caso*.

(c) La necesidad de que la persona jurídica obre con «culpa propia» puede inferirse también a partir de lo dispuesto en el artículo 31 bis.4 del actual Código Penal. Según este precepto, la adopción con posterioridad a la comisión del delito de «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» actúa como atenuante de la responsabilidad penal. Una interpretación adecuada de este precepto, ya sea desde un punto de vista sistemático (la culpabilidad es un requisito de cualquier delito), o finalista (la norma persigue la adopción por las empresas de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos), nos permite concluir que la adopción de esas medidas antes de que el delito se cometa (aun cuando no

hayan servido para evitarlo) excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica. En buena lógica, no tendría ningún sentido «premiar» a quien adopta «medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos» con posterioridad a que el delito se cometa, y no hacerlo a quien ha sido diligente y se ha preocupado por adoptar esas medidas con anterioridad, aun cuando no hayan servido para impedir el delito, por el motivo que sea.

Esta conclusión es, por otro lado, la única acorde con la función de la pena y la prevención general. Si la prevención general «concibe la pena como medio para evitar que surjan delincuentes de la sociedad»<sup>20</sup>, no tiene ningún sentido reprochar por igual a aquellas organizaciones que actúan adecuadamente, que despliegan los medios necesarios para prevenir los delitos en su seno (con el coste que ello implica), que a aquellas otras que no lo hacen en absoluto. La pena no estaría cumpliendo con su cometido. Se estarían desincentivando los comportamientos adecuados.

En definitiva, una interpretación del vigente artículo 31 bis del Código Penal respetuosa con las exigencias derivadas del principio de culpabilidad y la función de la pena, permite concluir que aquellas empresas que controlen debidamente a sus empleados, que no tengan defectos en su organización, no pueden ser penalmente responsables.

Esta discusión, la discusión entre si el artículo 31 bis del Código Penal establece un sistema de «heteroresponsabilidad» o de «autorresponsabilidad» quedaría zanjada, parece que de forma definitiva, de aprobarse el Proyecto, que prevé de manera expresa los «programas de cumplimiento» como un medio apto para exonerar de responsabilidad a la persona jurídica (aun cuando la persona física que comete el delito sea un administrador o representante legal).

## 2 · La aparente razón de ser del Proyecto y principales modificaciones

**2.1.** Si atendemos a la exposición de motivos del Proyecto, esta «reforma de la reforma» pretendería poner «fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación» de la responsabilidad penal de la persona jurídica y asumir «ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas

<sup>19</sup> No sucede lo mismo en la legislación americana, que cuenta con normas al efecto, como, por ejemplo, la «U.S. Foreign Corrupt Practices Act»; o en la legislación inglesa, que cuenta con una guía específica sobre los procedimientos para prevenir la responsabilidad de la persona jurídica por el delito de corrupción: *Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (Section 9 of the Bribery Act 2010)*.

<sup>20</sup> MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Reppertor, 2006, 7.ª edición, pág. 91.

por algunas organizaciones internacionales». El Proyecto recoge las principales críticas de la doctrina, inclinándose de forma clara por un sistema basado en la culpa propia de la persona jurídica. El Proyecto fue precedido de dos anteproyectos, muy próximos en el tiempo. El primer anteproyecto fue enviado al Consejo General del Poder Judicial y al Consejo Fiscal para informe en octubre de 2012. Este primer anteproyecto preveía muchas y muy sustanciosas propuestas de reforma, pero ninguna referida a la responsabilidad penal de la persona jurídica, aun cuando para esa fecha la doctrina ya había tenido tiempo más que suficiente para expresar sus «dudas interpretativas».

La primera vez que se propone modificar el artículo 31 bis del Código Penal es por medio del segundo anteproyecto, de 3 de abril de 2013, coincidiendo con la publicación del Informe de la OCDE sobre la aplicación del Convenio Anticorrupción por España, en fase 3<sup>21</sup> («Informe OCDE»), especialmente crítico con la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y cuyas recomendaciones han sido mayoritariamente acogidas a través del segundo anteproyecto<sup>22</sup>. Desafortunadamente, la premura con la que nuestro legislador ha tratado de adaptar nuestro ordenamiento a las recomendaciones de la OCDE, ha tenido reflejo en el texto legal, mejorable en algunos aspectos. Especialmente en aquellos puntos en los que nuestro legislador habría incorporado, de forma prácticamente literal, normativa extranjera (de naturaleza extra penal en la mayoría de los casos).

**2.2.** Comparado con el texto vigente, las modificaciones al artículo 31 bis del Código Penal son sustanciales:

- El Proyecto introduce importantes modificaciones en el artículo 31 bis.1 del Código Penal, que recoge los supuestos generadores de la responsabilidad penal para la persona jurídica. Más en detalle, el Proyecto: (i) prevé una modificación del párrafo primero del artículo 31 bis.1 del

Código Penal para ampliar el número de sujetos cuya conducta delictiva puede derivar en responsabilidad penal para la persona jurídica; (ii) sustituye la expresión en «su provecho» por en «su beneficio directo o indirecto»; y (iii) sustituye la expresión «debido control» por «incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control».

- El Proyecto incorpora también —es su principal novedad— lo que se han venido a llamar «programas de cumplimiento» (que el Proyecto denomina «modelos de organización y gestión» o «modelos de prevención»), como un medio idóneo para exonerar de responsabilidad penal a las personas jurídicas, si se dan ciertos requisitos (previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 31 bis del Código Penal). Se satisface así una de las principales demandas de la doctrina y se solucionan muchos de los problemas que, sobre la teoría del delito, plantea el texto vigente.

### 3 · Los supuestos generadores de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Proyecto

**3.1.** El Proyecto mantiene los supuestos generadores de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el artículo 31 bis.1 del Código Penal, que sufre importantes modificaciones. Según el Proyecto, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- «De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma».
- «De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

En lo esencial, el Proyecto no altera las reglas de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, que continúan orbitando alrededor de tres ejes o requisitos esenciales (cuatro en el caso de los empleados): que una persona física de la organiza-

<sup>21</sup> Phase 3 Report On Implementing the Anti-Bribery Convention in Spain, que fue aprobado por el Grupo de Trabajo con fecha 14 de diciembre de 2012.

<sup>22</sup> La premura en la redacción del anteproyecto de abril ha sido puesta de manifiesto por el Consejo de Estado en su Dictamen de 27 de junio de 2013. En este dictamen, el Consejo de Estado critica además el trámite seguido para su aprobación por no haberse recabado los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal (a quienes se habría enviado solamente el primer anteproyecto).



ción cometa un delito; que esa persona física actúe en su ámbito competencial (este es el único requisito que no sufre variación alguna en el Proyecto)<sup>23</sup>; que el delito «beneficie» a la persona jurídica; y, si el delito es cometido por un empleado, que este sea posible por una indebida vigilancia. Con todo, el Proyecto introduce innovaciones relevantes en tres de estos requisitos:

(a) El primer cambio que se observa en el Proyecto afecta a los sujetos cuya conducta delictiva puede derivar en responsabilidad penal para la persona jurídica al amparo del párrafo primero del artículo 31 bis.1 del Código Penal<sup>24</sup>. Donde antes se decía «representantes legales y administradores de hecho o de derecho», el Proyecto dice «representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma».

Esta modificación quizá sea la más llamativa de todas por su falta aparente de justificación. No estamos ante una modificación que fuera reclamada por la doctrina, sino todo lo contrario (la expresión «administradores de hecho o de derecho» es, posiblemente, la única que no planteó ninguna duda). Y no estamos ante una modificación que venga precedida de ninguna recomendación del Informe de la OCDE. La falta de una Memoria explicativa sobre esta modificación (introducida por medio del segundo anteproyecto, que no fue informado) impide conocer si, con esta expresión, el legislador trata de armonizar la terminología empleada por nuestro Código Penal con la empleada en el artículo 18 del Convenio penal del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 (el parecido entre un texto y otro es evidente); o si, por el contrario, tales semejanzas son solo fruto del azar. Con independencia de cuál sea la razón subyacente, lo cierto es que existen motivos que desaconsejan el cambio:

— La expresión «aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisio-

nes en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma», resulta especialmente vaga e imprecisa. Sus contornos son especialmente difusos, lo cual resulta impropio de una norma penal. Por otro lado, y a diferencia de lo que sucede con la expresión «administrador de hecho o de derecho», cuyo significado y alcance se encuentra perfectamente delimitado normativa y jurisprudencialmente, esta novedosa categoría carece de acomodo en nuestra tradición jurídica (no habría norma civil o mercantil que prevea una categoría similar). El texto proyectado, de salir adelante, obligará a nuestros tribunales a delimitar el significado y alcance de esta novedosa expresión, lo que no sucederá de forma inmediata, introduciendo un alto grado de inseguridad jurídica de forma innecesaria<sup>25</sup>.

— El establecimiento de una doble vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica (con distintos requisitos) solo tiene sentido desde la distinción entre aquellas personas de la organización que, por su cargo, deben velar «en última instancia» por la adopción y cumplimiento de medidas adecuadas para prevenir y descubrir delitos, y aquellos que no tienen esa obligación. Porque solo quienes están en la cúspide de la organización tienen la capacidad de implementar y controlar el cumplimiento de esas medidas por otros. Y porque solo quienes están en la cúspide, precisamente por estarlo, no están sometidos a la supervisión de otros (con la excepción que pudiera hacerse, en su caso, respecto del órgano de vigilancia, cuya

<sup>23</sup> En «nombre o por cuenta» de la persona jurídica, en el caso de los representantes legales o administradores de hecho o de derecho; y en «el ejercicio de actividades sociales y por cuenta» de la persona jurídica, en el caso de los empleados.

<sup>24</sup> Sin alterar los sujetos del párrafo segundo del artículo 31 bis.1 del Código Penal.

<sup>25</sup> Estas mismas dudas han sido planteadas, con acierto, por el Consejo de Estado en su Dictamen de 27 de junio de 2013 en el que se dicen cosas como las siguientes: «La segunda modificación que el Anteproyecto propone introducir en este primer supuesto consiste en reemplazar la referencia que actualmente se hace a los “administradores de hecho o de derecho”, por la de “aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”. No consta en el expediente cuáles son los motivos para sustituir un término relativamente claro, consolidado en la legislación penal y mercantil (véanse, por ejemplo, el artículo 31 del Código Penal y el artículo 133 del Código de Comercio) y ampliamente interpretado por los Tribunales, por una redacción que peca de excesiva complejidad y que podría introducir cierta inseguridad jurídica. En consecuencia, y salvo que existiese alguna objeción importante a la utilización de la terminología actual, el Consejo de Estado considera que sería preferible no alterar en este punto la redacción del primer supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas».

sola existencia y capacidad de controlar al órgano de administración se hace depender, no obstante, de la voluntad de este último).

Interpretada de forma literal, esta novedosa categoría de sujetos incluiría a la práctica totalidad de los miembros de la organización (pues prácticamente todos, en mayor o menor medida, ostentan facultades de organización y control). Llegado el caso, no serán pocas las acusaciones que traten de reconducir su caso al párrafo primero del artículo 31 bis.1 del Código Penal para evitar la prueba de que ha existido un «incumplimiento de los deberes de vigilancia y control por quienes están obligados a ello (requisito que se prevé únicamente en el párrafo segundo)». El párrafo segundo del artículo 31 bis del Código Penal quedaría reducido a un supuesto residual, a un supuesto en el que cabrían únicamente aquellos que formen parte del escalafón más bajo del organigrama societario.

(b) La segunda modificación operada por el Proyecto en el artículo 31 bis.1 del Código Penal es la sustitución de la expresión «*en su provecho*» por «*en su beneficio directo o indirecto*».

Esta modificación supone una clara mejora de la norma penal en tanto sirve para aclarar una expresión que había suscitado numerosas dudas en torno a su significado, tanto en el plano objetivo como subjetivo<sup>26</sup>. En el plano objetivo, por cuanto el significado de la expresión «*en su provecho*» podía abarcar desde la necesaria acreditación de un «beneficio actual y directo» para la persona jurídica (interpretación restrictiva), hasta la «idoneidad ex ante de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella, aunque tal beneficio no fuere directo ni inmediato»<sup>27</sup>. Y, en el plano subjetivo, por cuanto existían dudas sobre si resulta exigible la acreditación de que la persona física que comete el delito debe actuar con la convicción de que, con su delito, beneficia a la persona jurídica, o si, por el contrario, la intención de la persona física a este respecto es por completo irrelevante<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Algunas de estas dudas quedaron plasmadas en el Informe de la OCDE en el que se advierte de que la combinación de los criterios «*por cuenta de*» y «*su provecho*» puede derivar en ámbitos de impunidad cuando la persona física que comete el delito actuó en su propio beneficio o cuando el beneficio obtenido por la persona jurídica lo fue de forma indirecta.

<sup>27</sup> Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado (pág. 43).

<sup>28</sup> Puede citarse, a modo de ejemplo, a BACIGALUPO, Silvi-

(c) Y, todavía en el apartado de modificaciones al artículo 31 bis.1 del Código Penal, el Proyecto plantea sustituir la expresión «*por no haberse ejercido sobre ellos (sobre los empleados) el debido control*» por la de «*haberse incumplido por aquéllos (los directivos) los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad*».

Con este cambio, el legislador vuelve a tener en cuenta las recomendaciones del Informe de la OCDE que aconseja esclarecer el significado y alcance de la expresión «debido control». Esta nueva fórmula no plantea, *a priori*, problemas interpretativos, sino todo lo contrario al adaptar el lenguaje empleado en el artículo 31 bis.1 al resto de modificaciones previstas en el Proyecto (apartados 2 a 5 del artículo 31 bis del Código Penal). No se entienden, sin embargo, los motivos que han llevado al legislador a suprimir la referencia contenida en el Anteproyecto a que este incumplimiento fuera «grave». Es difícil saber el motivo de este cambio. El hecho de que se requiera un incumplimiento, y que este sea grave, tiene pleno sentido a la luz de los principios rectores del Derecho penal, entre otros, el de última ratio o intervención mínima, pues solo aquellas conductas que atenten más gravemente contra los bienes jurídicos protegidos deberían ser objeto de tratamiento por el Derecho penal. El resto de incumplimiento, aquellos que sean menos graves, podrán importar a otras ramas del ordenamiento, pero no al Derecho penal. Entre las enmiendas al Proyecto introducidas por el Grupo Parlamentario Popular y publicadas en el BOE de 10 de diciembre de 2014 encabezan la admisión, de nuevo, del adjetivo «gravemente».

---

na: «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», *Diario La Ley*, n.º 7541, 5 de enero de 2011: «Por otro lado, es necesario que desde un punto de vista objetivo el hecho realizado por el administrador en representación de la persona jurídica le haya proporcionado además a ésta un provecho o ventaja como resultado de dicha acción. No es acertado sostener que la referencia al «provecho» está referida a un elemento subjetivo del tipo, sobre todo cuando no se especifica el tipo penal concreto realizado por el administrador que debe ser imputado a la persona jurídica. Parece claro, por el contrario, que el provecho a que se refiere el art. 31 bis 1 constituye una ventaja para la persona jurídica que debe ser apreciada objetivamente. Una cuestión distinta es determinar en qué debe consistir el provecho. Por lo pronto el legislador no ha precisado la naturaleza del beneficio [beneficio económicamente evaluable, beneficio estratégico desde un punto de vista de la posición mercado que puede proporcionar la conducta, beneficio en valores intangibles, etc.]. Esta misma crítica también fue puesta de manifiesto por el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Proyecto de 2009».

#### 4 · El núcleo de la reforma (apartados 2 a 5 del artículo 31 bis del Código Penal): una apuesta clara por el sistema de «culpa propia» de la persona jurídica

**4.1.** El núcleo de la reforma no se encuentra en el artículo 31 bis.1 del Código Penal, que sufre ligeras —aunque importantes— modificaciones. El núcleo de la reforma lo encontramos en los apartados 2 a 5 del artículo 31 bis del Código Penal, de nueva redacción<sup>29</sup>, en los que se regulan las condiciones que deben concurrir para que la persona jurídica pueda quedar exenta de responsabilidad penal.

El Proyecto es especialmente prolijo en su descripción de los pasos que debe seguir la persona jurídica para protegerse frente al riesgo de incurrir en responsabilidad penal por el delito de sus directivos o empleados. Este grado de detalle, impropio de una norma penal, puede deberse al hecho de que el Proyecto haya incorporado, de forma cuasi literal, los artículos 6 y 7 del Decreto Legislativo número 231/2001, de 8 de junio, que regula la responsabilidad por hechos delictivos de las personas jurídicas en Italia<sup>30</sup>. Esta incorporación prácticamente literal de un texto extranjero se debe probablemente a que nos encontramos con una modificación que fue introducida de forma tardía y solo tras la publicación del Informe de la OCDE. De aprobarse el Proyecto, las empresas contarán con unas pautas relativamente concretas acerca de cómo deben actuar para evitar incurrir en responsabilidad penal por la conducta de sus directivos y empleados.

**4.2.** Según el Proyecto, la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad penal, incluso en aquellos supuestos en los que el delito sea cometido por sus representantes legales o administradores, si se cumplen los siguientes cuatro requisitos o condiciones<sup>31</sup>:

(a) «El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza».

El primer requisito para poder exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica es que esta se haya dotado, con anterioridad a la comisión del delito, de un «modelo de organización y gestión» idóneo. El obligado a adoptar y ejecutar con eficacia este modelo es el órgano de administración de la persona jurídica que, además, debe asegurarse de que el modelo implementado cumple con lo dispuesto en el artículo 31 bis.5 del Código Penal:

- Identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- Establecimiento de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de su ejecución con relación a aquellos.
- Establecimiento de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- Obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- Establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

El Proyecto añade también que estos modelos de organización y gestión deberán contener las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como con 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 prevención de situaciones de riesgo. Y concluye señalando la obligación de realizar una verificación periódica del modelo y de prever su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización,

<sup>29</sup> Como consecuencia de ello, el artículo 31 bis del Código Penal sufre una profunda revisión. Lo que hoy es un único precepto pasa a constituir en el Proyecto cuatro artículos distintos (artículos 31 ter a 31 quinquies).

<sup>30</sup> Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica.

<sup>31</sup> Por otro lado, cuando el delito sea cometido por las personas a las que se refiere al párrafo segundo del artículo 31 bis.1 del Código Penal, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, «ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido», y si «la supervisión del funcionamiento y del cum-

plimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control».

en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

(b) «La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control».

El segundo requisito para poder exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica exige del órgano de administración que este encomiende la supervisión del «funcionamiento y cumplimiento» del modelo de organización y gestión a un órgano de la persona jurídica, con poderes autónomos de iniciativa y de control. Las semejanzas entre este órgano de vigilancia y los «servicios de prevención de riesgos laborales» son evidentes. Como sucede con los órganos de vigilancia (que no vienen obligados a implementar, sino solo a supervisar y controlar los «modelos de organización»), los servicios de prevención no son los legalmente obligados para la adopción de medidas de seguridad e higiene adecuadas. Los obligados son los miembros del órgano de administración que, sin embargo, pueden, y así suele suceder en la práctica, delegar en otros sus obligaciones en materia de prevención.

Está por ver qué concretas obligaciones en materia de prevención y descubrimiento de delitos pueden ser delegadas por el órgano de administración en terceros. Y está por ver si, entre esos terceros, cabe incluir al órgano de vigilancia, cuyo cometido deberá aun perfilarse por nuestros tribunales. No resulta difícil inferir, en esta tarea nuestros tribunales podrán apoyarse en lo dicho por los tribunales italianos, que llevan años delimitando el cometido del «Organismo di Vigilanza». Estos son algunos de los requisitos principales que se han venido estableciendo:

— El organismo de control no puede desarrollar otras actividades dentro de la empresa. Sus funciones serán, exclusivamente, las de supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado<sup>32,33</sup>.

Sobre este particular también se habría pronunciado la doctrina, quien ha señalado que esta el

Organismo di Vigilanza tiene una posición de garantía, pero solo respecto de la efectiva implementación del modelo de organización. Su obligación es vigilar que se siga y se aplique el modelo de organización, que no evitar los delitos. El Organismo di Vigilanza no es garante de los delitos y no puede ser responsable de ellos (excepto en los delitos de blanqueo respecto de los que se prevé una obligación específica de control)<sup>34</sup>.

- En lo que respecta a su composición, esta misma jurisprudencia ha venido admitiendo que este órgano esté formado por personal interno, externo o mixto. Solamente cuando estemos ante sociedades de mediano o gran tamaño, resultará obligatorio que esa composición sea colegial.
- En lo que respecta a sus funciones, esta misma jurisprudencia ha venido exigiendo que estos órganos realicen controles e inspecciones periódicas, también por sorpresa.
- Los programas de cumplimiento deberán prever sanciones para los miembros del órgano de control que no hayan sabido identificar y neutralizar las violaciones del código de conducta, considerándose ineficaces o nulos aquellos «programas de cumplimiento» que no prevean esas sanciones<sup>35</sup>.
- Será además imprescindible ofrecer cursos de formación a los sujetos que actúen en la empresa, diferenciados en función de sus competencias, cuyo contenido esté previsto y que se impartan de forma obligatoria y regular<sup>36</sup>.

(c) «Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención».

El tercer requisito para poder exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica es que las personas físicas de la organización autoras del delito hayan podido cometerlo «eludiendo fraudulentamente» el modelo de organización y prevención implementado. Esto, más que un requisito independiente, es la consecuencia lógica de los dos anteriores: si existe un programa de cumplimiento, este es idóneo y,

32 Puede verse en este sentido la sentencia del Tribunal de Roma de 04/04/03 (FI 2004, 317).

33 Entre las enmiendas introducidas por el Grupo Parlamentario Popular al Proyecto se encuentra la previsión de que este órgano puede ser creado *ex novo* o que sea un órgano preexistente «que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica».

34 Responsabilità degli enti: comentario al artículo 6 del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica.

35 Puede verse en este sentido la sentencia del Tribunal de Milán, de 20.09.2004 (FI 2005, 560).

36 Puede verse en este sentido la sentencia del Tribunal de Milán, de 20.09.2004 (FI 2005, 560).

además, ha sido adecuadamente ejecutado (encamendando su supervisión y cumplimiento al órgano de vigilancia), el delito solo puede cometerse eludiéndolo.

Con este tercer requisito se minimiza el riesgo no menor de caer en la siguiente trampa lógica: como se ha cometido el delito, el programa de cumplimiento no era idóneo ni eficaz, pues, de haberlo sido, el delito se habría impedido. Este es un error que se observa con frecuencia en los delitos contra los derechos de los trabajadores: *como el accidente se ha producido, ha existido un incumplimiento de las medidas de seguridad, pues de haber existido estas medidas, el accidente se habría impedido*. Este tipo de valoraciones *ex post facto* deben rechazarse. Lo importante será determinar si los programas de cumplimiento son, *a priori*, idóneos para prevenir o dificultar la comisión de delitos. Y esta idoneidad debe ser examinada, siempre, *ex ante*. No puede presumirse la peligrosidad de la persona jurídica después de que se haya producido el delito, por el mero hecho de que este se haya producido. En muchas ocasiones, el delito se producirá aunque la persona jurídica disponga de un programa de cumplimiento idóneo y eficaz, por el simple hecho de que existe alguien dispuesto a eludirlo.

(d) «*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 letra b)*».

El cuarto —y último— requisito para poder exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica es que no haya existido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de «*supervisión, vigilancia y control*» por el órgano de administración. De nuevo, estamos ante un requisito más obvio que necesario. No basta con crear, sobre el papel, en la teoría, un órgano de vigilancia y control, sino que este debe funcionar adecuadamente.

**4.3.** Estos son los requisitos que, de salir adelante el Proyecto, cabría exigir para exonerar de responsabilidad a la persona jurídica<sup>37</sup>. Si concurren

todos ellos, la persona jurídica, dice el Proyecto, «*quedará exenta de responsabilidad*». La diferencia con el texto del Anteproyecto es, en este punto, importante. En el Proyecto, el legislador sustituye la expresión «*podrá quedar exenta*», de formulación abierta y que introduce un cierto margen de discrecionalidad, por la más clara, taxativa, «*quedará exenta*». En consecuencia, si se cumplen las condiciones previstas por el legislador, la persona jurídica quedará *en todo caso* exenta de responsabilidad. Únicamente cuando esas condiciones no puedan acreditarse plenamente, cuando su acreditación lo sea solo parcial, podrán ser tenidas en cuenta para atenuar la pena a la persona jurídica y no para exonerarla.

Enlazando con esto último, el Proyecto parece prever que es obligación de la persona jurídica, que le corresponde a ella, acreditar, probar, que se han cumplido estos requisitos<sup>38</sup>. El Proyecto sigue así lo dispuesto por la normativa italiana, sin tener en cuenta las especialidades propias de nuestro ordenamiento penal, que impiden hacer pechar al acusado con la carga de la prueba. Lógicamente, si entendemos que la «*culpa propia*» es un elemento del delito, no cabe exigir a la persona jurídica que sea ella quien acredite que ese elemento no se ha producido. Corresponde a las acusaciones demostrar que la persona jurídica ha actuado culpablemente y no al revés. No cabe invertir el orden. Si los modelos de organización son el reverso de la culpa (esto es, la forma que tienen las empresas de actuar no culpablemente), parece lógico pensar que es la acusación quien debe demostrar que la persona jurídica no ha adoptado esos modelos de vigilancia y control o que estos son inadecuados. Esta es la única interpretación acorde con el principio de presunción de inocencia que no «*tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure*»<sup>39</sup>.

Cuestión distinta hubiese sido si los programas de cumplimiento se hubieran previsto como una «*exi-*

<sup>37</sup> En lo que respecta a las personas jurídica de pequeñas dimensiones, el artículo 31 bis.3 del Código Penal prevé una descarga de las condiciones cuando dice que «*En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada*».

<sup>38</sup> Esto es lo que parece desprenderse del contenido del artículo 31 bis.2 del Código Penal se dice que «*En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena*».

<sup>39</sup> Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 940/2011, de 27 septiembre de 2012 (RJ 2012\9830).

mente específica» de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y no como el reverso de la culpa, que es lo que parece haber previsto el legislador. La exigencia de culpabilidad, como requisito del delito (subjetivo), impide su apreciación como «eximente». Dicho de otro modo: no resulta posible exigir que, para que exista delito, deba producirse un incumplimiento de los deberes de vigilancia y, al mismo tiempo, prever que el cumplimiento de esos deberes actúa como eximente.

### III · EL NUEVO DELITO DE ADMINISTRADORES DEL PROYECTADO ARTÍCULO 286.6 DEL CÓDIGO PENAL

#### 1 · El nuevo delito del artículo 286.6 del Código Penal

**1.1.** El Proyecto prevé también la introducción de un nuevo delito de incumplimiento del deber de vigilancia o control cuyos posibles autores son los representantes legales y administradores de la organización. Este nuevo delito, que se incluiría dentro de los delitos relativos al mercado y los consumidores, se introduciría a través de un novedoso artículo 286.6 del Código Penal, cuyo tenor literal sería el siguiente:

*«1. Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.*

*Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.*

*2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.*

*3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas».*

Como ya sucediera con la propuesta de modificación del artículo 31 bis del Código Penal, este nuevo delito no se contemplaba en el primer anteproyecto de reforma del Código Penal, siendo introducido apresuradamente a través del segundo anteproyecto para dar respuesta a las recomendaciones del Informe de la OCDE. Si los apartados 2 a 5 del artículo 31 bis son fiel reflejo de los artículos 6 y 7 del Decreto Legislativo italiano número 231/2001, de 8 de junio, el artículo 286.6 del Código Penal lo es del artículo 130 de la Ley de Infracciones alemana (OWiG), de 24 de mayo de 1968, que regula la responsabilidad administrativa de las empresas y sus directivos en caso de delito. Este delito, con seguridad, desaparecería de aprobarse las enmiendas al Proyecto estudiadas por el Grupo Parlamentario Popular, con mayoría en el Congreso.

**1.2.** Este nuevo delito solo se entiende a partir de la modificación proyectada en el artículo 31 bis del Código Penal. Según la exposición de motivos del Proyecto, este nuevo delito «sanciona a los representantes o administradores de hecho o de derecho que dejan de adoptar las medidas necesarias para evitar la comisión de delitos, entendiéndose por tales medidas las expresadas en los nuevos números 2 y 3 del artículo 31 bis»; sanción que se justificaría porque «Los directivos de las entidades en las que, por falta de adopción de programas de cumplimiento, se cometen delitos de los que deriva responsabilidad para las personas jurídicas, no tienen que ser necesariamente responsables de los mismos. Para estos casos se introduce esta sanción, no por la participación en el delito, sino por la falta de implementación de los programas de prevención a que estaban obligados».

Una lectura conjunta de ambos preceptos (artículos 31 bis y 286.6 del Código Penal) nos permite alcanzar la conclusión de que los «modelos de organización y gestión» se contemplan en el Proyecto, no solo como una causa de exoneración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que su no adopción podrá derivar en responsabilidad penal personal para los representantes legales o administradores de la sociedad. Esto es algo novedoso. La modificación del Código Penal operada en 2010 en absoluto modificó el sistema de atribución de responsabilidades penales a los administradores sociales por la sola comisión de un delito en el ámbito de la empresa. Bajo el texto vigente, los administradores sociales responden

solamente por el hecho propio si este es delictivo. La comisión de un delito en el seno de la persona jurídica, aun cuando este haya derivado en responsabilidad penal para la organización, en nada les afecta (salvo que hayan participado en ese delito, obviamente).

Esta situación cambiaría radicalmente de salir adelante el Proyecto (resultando difícil que este cambio lo sea para bien). El delito del artículo 286.6 del Código Penal no castiga a los administradores por participar (ni siquiera de forma omisiva) en el delito cometido por alguien de la organización (si existe esa participación el administrador seguirá siendo responsable, como partícipe, de ese delito). Lo que hace este nuevo tipo delictivo es crear un supuesto de responsabilidad penal personal que hasta ahora no existe. Aun no habiendo participado en el delito cometido por un miembro de la organización, los representantes legales o administradores podrán ser también penalmente responsables si no han adoptado las medidas de vigilancia y control que menciona el precepto y se comete un delito que se habría evitado (o, al menos, seriamente dificultado) en caso de haberse adoptado.

**1.3.** En cuanto a la estructura de este nuevo delito, puede decirse lo siguiente: (i) es un delito especial propio que, apriorísticamente, solo puede ser cometido por determinados sujetos de la organización: los representantes legales o administradores de hecho o de derecho; (ii) es un delito de omisión, que sanciona por la no adopción de medidas necesarias para prevenir y evitar delitos; y de peligro; exige que la omisión de la conducta debida haya permitido dar «inicio» a la ejecución del delito.

## 2 · El nuevo delito del artículo 286.6 del Código Penal: un delito especial propio

**2.1.** El artículo 286.6 del Código Penal se configura como un delito especial propio cuyos autores, según la literalidad del precepto, sólo podrán ser los «representantes legales o los administradores de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica». El legislador parte de la idea de que estos sujetos y no otros son los obligados, por encima del resto, a vigilar y controlar el adecuado funcionamiento de la organización, para que no se cometan delitos en su seno. Esta categorización presenta, sin embargo, dos inconvenientes principales:

(a) atendemos a la literalidad del precepto, solo los miembros del órgano de administración y los repre-

sentantes legales (esencialmente, altos directivos) podrán ser autores de este delito, en tanto *intra-neus*. Sin embargo, la experiencia nos demuestra que son frecuentes las ocasiones en las que los miembros del órgano de administración de la persona jurídica delegan alguna o algunas de sus obligaciones en terceros. En muchos casos, por exigencias organizativas. Cuando esto suceda, cuando se produzca la delegación, esta podrá hacerse, bien en un miembro del órgano de administración, bien en un tercero.

En el primer supuesto, cuando la delegación se realice en miembros del órgano de administración, no se plantean, *a priori*, problemas lógicos. Si la delegación es realizada correctamente, no existen inconvenientes conceptuales para considerar que el autor de este nuevo delito lo es solo el delegado, que se encuentra entre los legalmente obligados.

Los problemas aparecen, no cuando esta delegación se haga entre los sujetos obligados según el tipo penal (representantes legales o administradores de hecho o de derecho), sino en terceros. Por ejemplo, en los miembros del «órgano de vigilancia (quienes, apriorísticamente, no tienen la obligación de implementar estas medidas, sino solo de supervisarlas)» o en cualquier otro. En tales casos, cabrá preguntarse quién debe responder por la no implementación de los programas de cumplimiento: si el delegante, el delegado o ambos. Una adecuada interpretación de este precepto nos conduce a pensar que, si se ha delegado eficazmente, esa delegación servirá para excluir de responsabilidad al delegante. Por desgracia, la experiencia nos demuestra que, cometido el delito, o bien se imputa al delegante (del que siempre puede decirse que ha incumplido sus deberes de supervisión al delegado, pues de lo contrario el delito no se habría cometido), o bien se imputa a ambos. Esto último es lo que sucede habitualmente en los delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 316 y 317 del Código Penal), que es también un delito especial propio (aunque de más amplia configuración, pues se refiere a los «legalmente obligados» y no solo a los directivos), y en los que comúnmente observamos cómo el procedimiento se dirige contra el directivo y contra el técnico de prevención, de forma indiscriminada (al menos, en sus fases iniciales).

(b) Puede pensarse, además, en situaciones en las que el representante legal o administrador de la persona jurídica que incumple con sus obligaciones de vigilancia y control sea, además, la persona autora del delito. En tales casos, cabe preguntarse si nos encontramos ante una unidad de acción o si, por el

contrario, un hecho (la omisión de la diligencia debida) es medio necesario para cometer el otro (he podido cometer la estafa porque, previamente, no he adoptado las medidas de vigilancia y control adecuadas para evitar o dificultar esa estafa). La respuesta que demos a esta pregunta tendrá claros efectos penológicos en aplicación de las reglas previstas en los artículos 73 y siguientes del Código Penal.

Posiblemente, el directivo que cometa un delito más grave que el previsto en el artículo 286.6 del Código Penal (prácticamente todos) trate de evitar su responsabilidad como autor de ese delito más grave invocando el principio de especialidad (de modo que solo pueda ser condenado por el delito del artículo 286.6 del Código Penal). Esta será, desde luego, la solución más beneficiosa para el autor del delito, aunque también la que podemos descartar con mayor facilidad. Resulta difícil, por no decir que imposible, pensar en algún caso en el que pueda sucederse esta relación de especialidad. La relación de especialidad se da cuando un tipo (especial) comprende a otro (general), agotando el injusto. Esto sucede, por ejemplo, con el delito de falsedad documental cometido por funcionario público, ya que el delito del artículo 390 del Código Penal (delito especial), comprende el delito previsto en el artículo 392 del Código Penal (general). Sin embargo, resulta difícil pensar en alguna situación en la que la falta de adopción de medidas de vigilancia y control agote el injusto, comprendiendo la comisión de cualquier otro delito.

Descartada la aplicación del principio de especialidad, podría pensarse en la aplicación del principio de consunción o absorción. En tal caso, si el representante legal o administrador de la persona jurídica comete un delito de aquellos que podrían haberse evitado por medio de los programas de cumplimiento (por ejemplo, una estafa), cabe pensar razonablemente que el delito del artículo 286.6 del Código Penal (la no adopción de medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de estafas) quedaría absorbido el primero, en tanto lo comprende estructuralmente. Sin embargo, no puede descartarse que, en la práctica, se considere que estamos ante *«un solo hecho que constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra»*, resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal (pena para la infracción más grave en su mitad superior). Posiblemente, el principio de consunción o absorción sea, desde un punto de vista teórico, el más respetuoso con los derechos del imputado o acusado, aunque resulta difícil descartar la posible aplica-

ción por nuestros tribunales de las reglas previstas en el artículo 77 del Código Penal.

### **3 · El nuevo delito del artículo 286.6 del Código Penal: un delito de omisión, que sanciona la no adopción de medidas necesarias para prevenir y evitar delitos, y de peligro**

**3.1.** El delito previsto en el artículo 286.6 del Código Penal no castiga a los representantes legales o administradores por participar en el delito cometido por el directivo o empleado, sino que crea un supuesto de responsabilidad *ex novo*. Según este precepto, los representantes o administradores de la organización podrán incurrir en responsabilidad penal personal, aun no habiendo participado en el delito cometido por un miembro de la organización, si no han adoptado las medidas de vigilancia y control que menciona el precepto.

La justificación a este precepto, veíamos antes, aparece recogida en la exposición de motivos del Proyecto, en la que se dice que este nuevo delito *«sanciona a los representantes o administradores de hecho o de derecho que dejan de adoptar las medidas necesarias para evitar la comisión de delitos, entendiéndose por tales medidas las expresadas en los nuevos números 2 y 3 del artículo 31 bis»*. Si esto es así, no se entiende la diferencia existente entre el artículo 31 bis y el artículo 286.6 del Código Penal en lo que respecta a los sujetos pendientes responsables. En particular, no se entiende que el artículo 286.6 prevea la extensión del reproche penal a los administradores de entes sin personalidad jurídica a los que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código Penal. No resulta difícil inferir, si los entes sin personalidad jurídica no pueden cometer delitos, si no pueden ser sujeto activo del artículo 31 bis del Código Penal, no resultará de aplicación lo dispuesto en los *«nuevos números 2 y 3 del artículo 31 bis»*. Y, si no resulta de aplicación lo dispuesto en tales apartados, difícilmente sus administradores podrán evitar la comisión de un delito imposible, de un delito que no puede cometerse.

Razones similares nos llevan a descartar un posible reproche penal al representante legal o administrador de la persona jurídica cuando el delito cometido por un miembro de la organización no se encuentra entre aquellos que prevén la responsabilidad penal para la persona jurídica. El artículo 286.6 del Código Penal no distingue entre aquellos delitos que pueden derivar en responsabilidad penal para la persona jurídica y aquellos que no.



Ahora bien, si la persona jurídica no puede ser responsable de un delito (por ejemplo, el delito contra los derechos de los trabajadores), no tiene sentido que los programas de cumplimiento estén destinados a evitar o prevenir la comisión de ese concreto delito. En tales casos, los programas de cumplimiento no servirían de nada. Y si no sirven de nada, su no implementación no sirve para fundamentar la responsabilidad penal del directivo.

Por último, cabe preguntarse qué sucederá en aquellas situaciones en las que los directivos de la persona jurídica den cumplimiento parcial a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 31 *bis* del Código Penal. En esa situación, el artículo 31 *bis* sí que prevé una consecuencia específica: la atenuación de la responsabilidad de la persona jurídica por ese cumplimiento parcial, previsión específica que no encontramos en el artículo 286.6 del Código Penal. Ahora bien, esta falta de previsión expresa no puede, no debe, traducirse en la condena al representante o administrador por el incumplimiento defectuoso de su obligación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 286.6 del Código Penal. La adecuada interpretación de este precepto, una interpretación acorde con el principio de intervención mínima y con la prevención general, lleva a la conclusión de que aquellos directivos que cumplen con sus obligaciones de vigilancia y control, aun solo parcialmente, no deberían poder (salvo casos extremos) ser sujetos activos de este delito.

**3.2.** El artículo 286.6 del Código Penal se configura como un delito de peligro, y de omisión. Ninguna de estas figuras (delito de peligro y delito de omisión) son algo nuevo en nuestro ordenamiento. La responsabilidad penal no surge solamente por la realización como autor de un hecho delictivo. Nuestro Código Penal también prevé situaciones en las que puede derivarse responsabilidad penal por la participación, omisiva, en el delito de otro. En estos casos de participación omisiva, no basta con que el sujeto tenga la posibilidad de evitar el hecho delictivo para que se le haga responsable como partícipe. Es necesario, además, que dicho sujeto tenga una obligación de velar por que no se produzca ese hecho, que tenga lo que se ha venido a denominar «*posición de garante* (que será la que permita equiparar la simple no evitación de un resultado a su causación)».

La participación omisiva es perfectamente posible en el caso de los administradores de sociedades, ya que por lo general se considera que su cargo genera una posición de garante, un deber legal de velar por que en la sociedad que se administra no se

producen conductas delictivas. Esta posición de garante no supone en absoluto que el administrador sea *siempre* responsable por omisión de todos los delitos que se cometan en la organización. Para que haya responsabilidad por participación omisiva es necesario, en primer lugar, que el sujeto haya tenido la posibilidad de evitar la comisión del delito (por ejemplo, adoptando e implementado un modelo de organización y gestión idóneo). Pero también que tenga conocimiento de que, con su conducta omisiva, estaba posibilitando o facilitando el delito de otro reconocimiento que se equipararía al dolo. Por definición, la participación respecto del delito del autor principal es siempre accesoria. Por lo tanto, si el delito cometido por el autor es un delito doloso, el partícipe, el administrador, tendrá que actuar también con dolo (unidad del título de imputación en la participación), lo que obviamente no ocurrirá si el representante legal o administrador desconocía que se pudiera cometer delito alguno.

El delito previsto en el artículo 286.6 del Código Penal castiga la creación por omisión de una situación de riesgo (la comisión de delitos en el ámbito empresarial), de forma culpable (dolo o imprudencia). Este incumplimiento de los deberes de cuidado no es algo distinto de la imprudencia, de modo que el legislador estaría castigando como doloso lo que en realidad es un delito imprudente (la omisión del deber de cuidado), delito imprudente que, como tal, debería resultar impune (al no ser posible la participación imprudente en el delito doloso de otro). Con esto, el legislador estaría previendo una suerte de posición de garante universal de los administradores sociales cuya actuación, simplemente descuidada o poco diligente, podría valorarse *ex post* como una situación de ignorancia deliberada, provocando con ello el riesgo de imputaciones penales abusivas e indeseadas.

#### **4 · El inicio de la conducta ilícita como condición objetiva de punibilidad**

Por último, cabe destacar que el delito del artículo 286.6 exigiría, según parece, como condición objetiva de punibilidad, que se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida. Es decir, no requiere que el delito se consuma, ni que este sea perseguido penalmente (menos aún, que una persona haya sido condenada por

ese delito). Basta con que se dé inicio a una de las conductas que prevé el precepto para que pueda derivarse responsabilidad penal para los administradores sociales.

#### IV · CONCLUSIONES

Como conclusión a todo cuanto se ha expuesto puede decirse que el Proyecto viene a arrojar algo de luz sobre el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica al prever, de forma expresa, los «*modelos de organización y gestión*» como un medio idóneo para exonerar de responsabilidad a

la persona jurídica. La adopción por las organizaciones de estos modelos resultará esencial, de salir adelante el Proyecto. Esencial para las empresas, si no quieren incurrir en responsabilidades penales. Y esencial para los administradores, si no quieren incurrir en responsabilidades a título personal de acuerdo con lo dispuesto en el proyectado artículo 286.6 del Código Penal. Este último precepto es, sin duda, la parte más oscura de la reforma en tanto viene a establecer una suerte de posición de garante universal de los representantes legales o administradores de la persona jurídica que, ni es necesaria, ni existe en ninguno de los ordenamientos de nuestro entorno.