

JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA  
Crónica del Seminario “Sobre procedimientos operativos estandarizados y  
responsabilidad penal de la persona jurídica”

**CRÓNICA DEL SEMINARIO “SOBRE PROCEDIMIENTOS  
OPERATIVOS ESTANDARIZADOS Y RESPONSABILIDAD  
PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA”**  
(Universidad de Córdoba, 20 y 21 de junio de 2013)



PROYECTO DE INVESTIGACIÓN DER 2010-16569  
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

**JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA**  
*Prof. Titular de Derecho Penal*  
*Investigador principal del Proyecto*  
*Universidad de Córdoba*

Fecha de recepción: 03-12-2013

Fecha de aceptación: 15-12-2013

**RESUMEN:** Esta publicación recoge las principales conclusiones alcanzadas en el Seminario sobre "PROCEDIMIENTOS OPERATIVOS ESTANDARIZADOS Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA" celebrado en la Universidad de Córdoba durante los días 20 y 21 de junio de 2013 en el marco del Proyecto de Investigación DER2010-16569 del Ministerio de Economía y Competitividad. Se analizan cuestiones que van desde el modelo de responsabilidad para la persona jurídica que recoge nuestro vigente Código Penal o el papel que juegan los programas de cumplimiento en un modelo vicarial, hasta el análisis y realización de propuestas interpretativas respecto de distintas cuestiones que sobre esta materia plantea la reforma del Código Penal en tramitación: situaciones que quedan abarcadas por los hechos de conexión, deber de control, mapas de riesgos, órganos de control, etc.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad penal de las personas jurídicas, culpabilidad de empresa, responsabilidad vicarial, programas de cumplimiento.

**ABSTRACT:** *this paper summarizes the main conclusions of the Seminar entitled "STANDARD OPERATING PROCEDURES AND CORPORATE CRIMINAL LIABILITY", held at the University of Córdoba, on June 20th to 21st, 2013, as part of the Research Project DER2010-16569 funded by the (Spanish) Ministry of Economy and Competitiveness. In this Seminar several issues were discussed related to the question of liability and sentencing of corporations; ranging from the model of attributing criminal responsibility to legal entities under the current Spanish Criminal Code, to the substantive and procedural role of compliance programs in a vicarious model of criminal responsibility. In addition, the draft of the new Spanish Penal Code was deliberated. Specifically, the proposed amendments related to several aspects of this topic were analyzed and interpretative proposals were formulated, regarding to,*

*among others, the situations which are covered under the so called “connection facts”,  
monitoring responsibilities, risk maps, and supervisory bodies.*

*KEYWORDS: Corporate criminal liability, vicarious liability, compliance  
programs.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE EL MODELO DE  
RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y SU  
FUNDAMENTO. III. SOBRE EL PAPEL DE LAS CONSECUENCIAS  
ACCESORIAS DEL ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PENAL EN LA  
DETERMINACIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL  
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. IV. SOBRE EL PAPEL DE LAS *COMPLIANCE*  
EN UN MODELO VICARIAL. V. INTERPRETACIONES SOBRE DISTINTOS  
ASPECTOS DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

## I. INTRODUCCIÓN

Los días 20 y 21 del pasado mes de junio de 2013 se celebró en la Facultad de  
Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Córdoba un  
Seminario sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de  
prevención y control que fue organizado como actividad en el marco del Proyecto de  
Investigación DER2010-16569 del Ministerio de Economía y Competitividad que lleva  
por título "PROCEDIMIENTOS OPERATIVOS ESTANDARIZADOS Y  
RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA".

Este Seminario, que contó con la presencia de la mayoría de los miembros  
integrados en el equipo investigador<sup>1</sup>, tenía como objetivo la exposición del estado en el

---

<sup>1</sup> Concretamente, participaron en el Seminario los siguientes doctores: D. Juan José González Rus (Universidad de Córdoba), D. José Manuel Palma Herrera (Universidad de Córdoba), Dña. Isabel González Tapia (Universidad de Córdoba), D. Bernardo del Rosal Blasco (Universidad de Alicante), D. David Morillas Fernández (Universidad de Murcia), D. Samuel Rodríguez Ferrández (Universidad de Murcia), D. Ivan Salvadori (Universidad de Verona, Italia/Universidad de Barcelona), D. Francesco Mazzacuva (Universidad de Bolonia, Italia), Dña. Agnese di Battista (Universidad del Salento –Lecce,

que se encontraban los distintos trabajos de investigación llevados a cabo en el citado proyecto, así como debatir sobre los cambios que en materia de procedimientos operativos estandarizados podía suponer la anunciada reforma del Código Penal, cuyo último Anteproyecto, siguiendo el modelo italiano, introducía importantísimas novedades al respecto.

Tras dos días intensos de posicionamientos doctrinales, debates, interpretaciones normativas y exposiciones de Derecho comparado, se consideró oportuno, a fin de dar difusión a los resultados obtenidos, recoger por escrito algunos de los debates y conclusiones alcanzadas.

## **II. SOBRE EL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y SU FUNDAMENTO.**

Respecto al Anteproyecto de reforma del Código Penal presentado en 2013, los cambios propuestos en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica se manifestó que había que situarlos en el contexto de la intensa discusión doctrinal surgida a raíz de la deficiente reforma llevada a cabo por L.O. 5/2010, sobre si el Código Penal acogía un sistema de responsabilidad vicarial o un sistema de culpabilidad de empresa, resultando evidente que este Anteproyecto pretendía despejar cualquier tipo de duda al respecto, decantándose por un modelo de culpabilidad de empresa. La Exposición de Motivos del Anteproyecto, se señaló, no parecía dejar lugar a dudas: “Se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”.

---

Italia-), D. Roberto Andrés Ochoa Romero (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México), D. Eugenio Sarabayrouse (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Tierra del Fuego, Argentina).

Esa Exposición de Motivos, se añadió, daba por sentado que este modelo estuvo ya en el ánimo del legislador de 2010, que no había acertado, sin embargo, a la hora de plasmarlo en el Código, generando de este modo un importante debate doctrinal en el que un sector se había mostrado ciertamente entusiasta en la línea de afirmar que el 31 bis actual recogía un modelo de culpabilidad de empresa, lo cual era insostenible en los términos en los que el Código Penal estaba redactado.

En el propio curso del Seminario, se puso de manifiesto lo que había venido siendo la tónica de las discusiones doctrinales en estos últimos años: ¿cuál era el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica?

No faltó quien sostuvo que si en el Anteproyecto los *compliance* eximían de responsabilidad al ente, era porque excluían lo que servía de fundamento a esta responsabilidad. Y si esos *compliance* eran manifestación de una correcta organización en el seno de la empresa; una evidencia de que en ella se habían respetado los procedimientos jurídicos, la conclusión a la que había que llegar finalmente era que, con el Anteproyecto, la empresa respondía porque estaba mal organizada. La empresa no respondía por el hecho delictivo ajeno cometido por el administrador, representante o subordinado, que era una de las grandes objeciones que se había venido poniendo a la actual redacción del 31 bis, sino por el hecho propio: por estar mal organizada.

Frente a ello, también se defendió que no podía afirmarse que esa desorganización fuese un hecho propio de la persona jurídica, ni que constituyese el fundamento de la responsabilidad penal del ente. Así vendría a demostrarlo la incorporación de un nuevo delito susceptible de ser cometido por el representante o por el administrador de hecho o de derecho, el delito de incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas del artículo 286 siete<sup>2</sup>. Si se exigía

---

<sup>2</sup> “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

responsabilidad a la persona física por esta desorganización, ello ponía de manifiesto que tal desorganización era un hecho propio de esa persona física, y no del ente, por lo que fundamentar en esta desorganización la responsabilidad penal de la persona jurídica seguía constituyendo una suerte de responsabilidad por el hecho de otro. Pero es que incluso de ser un hecho propio de la persona jurídica, esta posición abocaba necesariamente a un Derecho Penal de autor pues al ente no se le estaría reprochando un hecho (una estafa, una malversación, etc., que seguía cometiendo la persona física), sino una forma de ser (desorganizada), lo que iba en contra del principio de culpabilidad.

Esta última afirmación introdujo la cuestión del injusto y la culpabilidad de la persona jurídica. Al respecto, se expusieron cuáles habían sido las distintas concepciones sobre la culpabilidad del ente moral, destacando aquella que la entendía en términos de defecto de organización (formulada por Tiedemann), y la que lo hacía en el sentido de cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad (de infidelidad al Derecho, en definitiva), posición ésta que parecía ir ganando adeptos como consecuencia de las bases funcionalistas sobre las que se construía, no dejando de resultar paradójico que para poder defender que la persona jurídica estaba sometida al principio de culpabilidad, se recurriese a planteamientos próximos al Derecho Penal de autor.

Algunos de los asistentes pusieron de manifiesto que el error estaba en hablar de “culpabilidad” tratando de mantener un paralelismo con la responsabilidad penal de la persona física, y en tratar de reproducir el esquema “tipicidad-antijuricidad-culpabilidad” tal y como el mismo había sido concebido para la persona física, lo que había llevado a tratar de buscar un injusto donde fuese. Ya como desorganización, o como el mismo injusto que cometía la persona física, sólo que cometido en comisión por omisión porque el ente tenía el deber de velar porque el mismo no se cometiese.

---

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”.

Se puso de manifiesto, asimismo, que esas posiciones que se habían venido sosteniendo sobre el injusto atentaban contra el principio de legalidad penal si nos ajustábamos a la redacción actual del Código, pues ¿qué tipo penal era ese de no estar organizado debidamente? ¿Dónde aparecía expresamente tipificado tal comportamiento? Y en caso de reconducir indiscriminadamente el injusto del ente al mismo de la persona física, pero en comisión por omisión, ¿cómo era que se desatendía el claro dictado del artículo 11 del Código Penal que admitía esta forma de comportamiento sólo respecto de los delitos de resultado? ¿o es que había un injusto omisivo de la persona jurídica distinto del de la persona física y que no quedaba condicionado por el artículo 11 del Código Penal?

La primera de ambas cuestiones, el déficit de tipificación, podía quedar resuelta, se dijo, con la nueva redacción propuesta en el Anteproyecto, en el que los modelos de organización y gestión, los *compliance*, vendrían a ser la norma de cuidado que marcaría la frontera entre lo típico y lo penalmente irrelevante, de tal forma que el tipo de injusto sería el déficit organizativo constatable en caso de ausencia o inadecuación de esos modelos de organización o gestión. Un déficit, no obstante, por el que no se respondía en todo caso, sino en la medida en que la persona física delinquiese. Con ello, el delito de la persona física venía a ser una especie de condición objetiva de punibilidad al estilo de la que se contemplaba en el nuevo delito del 286 siete para el administrador o representante, que sólo respondía penalmente por no haber adoptado medidas de vigilancia y control en la medida en que comenzase la ejecución de una conducta ilícita que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada si se hubiese empleado la diligencia debida. Habría, pues, un paralelismo entre el injusto de la persona jurídica y el de la persona física en el caso del 286 siete.

Con todo, no faltaron en los debates argumentos en contra de lo anterior. Así, sobre la base de presupuestos civilistas se sostuvo que cuando un administrador causaba un daño y debía responder civilmente la persona jurídica, no lo hacía porque estuviese mal organizada, sino porque el daño lo había causado la propia persona jurídica (porque

el administrador era la persona jurídica). Y lo mismo ocurría en el Derecho penal: las personas jurídicas no respondían de un delito propio; respondían de la estafa, del delito fiscal, etc., que cometía el administrador, que era la propia persona jurídica. Por ello, el modelo de la responsabilidad por el defecto de organización aun siendo muy plástico, carecía de fundamento, porque además la organización no se analizaba en función del modelo integral de la empresa, sino solamente en función de un modelo muy concreto, que era el modelo de prevención de los delitos.

Sobre la identificación persona jurídica-administrador, se sostuvo, en contra del argumento anterior, que aun cuando en el Derecho civil podía defenderse, en el Derecho penal no estaba tan claro que existiese tal identidad. Buena prueba de ello eran muchos delitos societarios en los que administrador por un lado, y persona jurídica por otro, desempeñaban papeles distintos en el propio tipo penal. Y la propia estructura del 31 bis permitía ver que eran tratados como sujetos distintos al exigirse responsabilidad a ambos. Esa separación entre ambos era aún más evidente en un modelo de culpabilidad de empresa en el que cada uno respondía por una cosa distinta (el administrador o representante, por el delito cometido, y la persona jurídica por el déficit organizativo). La lógica del 31 bis, se concluyó al respecto, no era entender que el acto del administrador era el acto propio de la persona jurídica.

Estas discrepancias vinieron a poner de manifiesto lo inadecuado de la solución de crear unas estructuras dogmáticas para justificar lo que resultaba injustificable, y la errónea tendencia de considerar que el Derecho Penal era legítimo tan sólo porque lo eran sus procedimientos de aprobación. El que las personas jurídicas respondiesen penalmente, y que los modelos de *compliance* eximiesen de pena, era tan sólo una decisión de política criminal adoptada para suplir carencias o llegar a ámbitos a los que el Estado no era capaz de llegar dada la complejidad del control de las empresas. A partir de ahí, se había decidido delegar ese control en las propias empresas con una fuerte amenaza, o con una fuerte recompensa penal. Podía adornarse como se quiera, se dijo, pero lo que había en realidad eran decisiones político-criminales que no encajaban

en el Derecho penal tradicional. Por ello, tomada la decisión de que respondiesen, lo acertado habría sido que lo hiciesen por las mismas razones que respondían en el Derecho civil y no caer en el error de crear unas estructuras normativas sin base real que estaban llegando ya al extremo, no de tratar de convertir a la persona jurídica en persona física, sino incluso de prescindir por completo de la propia persona física en el delito

### **III. SOBRE EL PAPEL DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PENAL EN LA DETERMINACIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.**

Atendiendo al tipo de penas previstas para la persona jurídica, coincidentes prácticamente en su totalidad con las consecuencias accesorias que desde antes de la reforma de 2010 contemplaba el artículo 129, el Proyecto de investigación incluía entre sus objetivos determinar con qué fundamento había venido aplicando la jurisprudencia las consecuencias accesorias de ese artículo. Conociendo las razones por las que, por ejemplo, se cerraba una empresa, tal vez podrían llegar a determinarse los motivos por los que se penase a un ente por la comisión de un delito.

Pues bien, el estudio de esa jurisprudencia había arrojado como resultado un decepcionante silencio. Eran aproximadamente unas treinta las sentencias que trataban con mayor profundidad el tema de las consecuencias accesorias, pudiéndose dividir en dos bloques:

1) Empresarios individuales en cuya empresa unipersonal se cometía el delito (un bar que producía ruidos o en el que se trafica con drogas; un videoclub en el que se ofrecían copias ilegales de películas, etc.), y respecto a la que se discutía la posibilidad de imponer tales medidas como cautelares (el sí, el cómo y el por qué).



En estos casos, cuando esas medidas cautelares se habían acabado imponiendo como definitivas había sido porque ese empresario individual previamente había hecho caso omiso a la medida. En ningún supuesto se habían discutido cuestiones distintas a la proporcionalidad de la medida.

2) El segundo bloque de sentencias giraba en torno al tema de Herri Batasuna, las errikotabernas y el periódico Egin. En todos estos casos, la imposición de las consecuencias accesorias era obligatoria una vez que se demostraba que todo el entramado empresarial existente estaba conectado con ETA sosteniéndola política y económicamente. No se planteaban, por ello, problemas ni discusiones en torno a la fundamentación de la medida.

Sólo en el caso del diario Egin y su intervención judicial, el Tribunal Supremo se manifestó en el sentido de que esa medida resultaba ajustada a Derecho cuando se impuso inicialmente como medida cautelar, pero que la respuesta debía ser otra si se planteaba su mantenimiento tras un año de intervención, y una vez sustituido todo el Consejo de Administración, identificadas las personas y las vías de comunicación con ETA, y suprimidos los focos de riesgo.

Lo parca que había resultado la jurisprudencia en sus explicaciones sobre la aplicabilidad de tales consecuencias venía a demostrar que las mismas se convirtieron en mecanismos de automática aplicabilidad en los que prácticamente nada se cuestionaba ni discutía.

#### **IV. SOBRE EL PAPEL DE LAS *COMPLIANCE* EN UN MODELO VICARIAL.**

Partiendo de que el actual artículo 31 bis 4 d) reconocía a los modelos de organización y gestión un papel atenuante de la pena, se planteó en el Seminario si cabía algún tipo de interpretación correctora que, aun reconociendo el carácter vicarial del

régimen de responsabilidad introducido por la L.O. 5/2010, viniese a atribuir a esos modelos cierto papel exonerante de la responsabilidad.

Se planteó así una interpretación restrictiva del primero de los dos hechos de conexión que contenía el 31 bis 1) actual (para el segundo, en realidad, no se consideraba necesario por cuanto exigía expresamente que no hubiese existido debido control, de manera que concurriendo éste, no había transferencia de responsabilidad al ente), interpretación que se hacía recurriendo a diversos aspectos de la Ley de Sociedades de Capital que podían extrapolarse, además, al resto de entes jurídicos. De acuerdo con dicha Ley, acto de administración era cualquier acto, con trascendencia jurídica o no, que resultase necesario o conveniente para conseguir el fin social. Lo que marcaba la capacidad de actuación del administrador era, en definitiva, el fin social, de manera que, se dijo, todo lo que trascendiese este fin social constituía un exceso formal y no se tenía por tal acto de administración. Era, por ejemplo, lo que ocurría en el artículo 295 del Código Penal con el delito de administración desleal y la diferenciación jurisprudencial entre exceso intensivo y extensivo.

Respecto a esos actos que suponían un exceso formal no había ningún problema. El problema estaba en los excesos materiales, que sí seguían siendo actos de administración. Respecto a estos, era preciso preguntarse si una persona jurídica que estuviese correctamente organizada, sólo debía ver atenuada la pena por esa correcta organización, pues había situaciones a las que podía llegarse que resultaban totalmente absurdas; situaciones que justificaban una interpretación restrictiva que permitiese excluir la pena.

Se puso el ejemplo de un sector de actividad en el que existiese una normativa administrativa de prevención, como ocurría en el caso del blanqueo de capitales, y de una persona jurídica que se hubiese organizado en los términos que marcaba esa ley de prevención del blanqueo de capitales; que hubiese adoptado todas y cada una de las medidas que marcaba dicha ley llegando a elaborar un manual de prevención que

hubiese pasado el filtro de la Comisión de prevención de blanqueo de capitales, de los evaluadores externos, etc.

Pues bien, pese a todas las medidas adoptadas, se explicó, un sujeto que realizase tareas de administración, que hubiese sido contratado después de pasar estrechos filtros, pero que estuviese atravesando un mal momento económico, puesto de acuerdo con un cliente que quisiera blanquear capitales, podía iniciar una operación de esta naturaleza sin deber hacerlo. Como la empresa estaba bien organizada y contaba con sus propios filtros de control, establecidos de acuerdo con la Ley 10/2010, la operación podía ser detectada y bloqueada, de manera que al final no se pudiese llevar a cabo. Pero pese al bloqueo, esta operación no dejaba de ser un delito de blanqueo en grado de tentativa, porque como el 301.2 parecía configurarse como delito de resultado, en teoría admitía las formas imperfectas (que podían incluso reconducirse al punto 1 del artículo 301). De este modo, se concluía, administrativamente hablando, la actuación del ente no merecía el menor reproche; sin embargo, desde el punto de vista penal, sí se le podía exigir responsabilidad.

Otra situación que se puso de ejemplo, también para un sector de actividad al que afectase esa normativa de prevención del blanqueo de capitales, era aquella en la que la propia normativa estatal se hubiese demostrado ineficiente (en materia de blanqueo de capitales, se explicó, el marco normativo de prevención cambiaba periódicamente porque el Grupo de Acción Financiera Internacional -GAFI- iba detectando nuevas técnicas de blanqueo que se traducían en cambios en la normativa comunitaria y, a su vez, en la española). Si una empresa asumía y hacía propia esa normativa, organizándose y adoptando los mecanismos de control y prevención que la misma señalaba, a pesar de lo cual, debido a esa ineficiencia de la normativa estatal respecto a un determinado tipo de operación, se acababa cometiendo un delito de blanqueo, desde el punto de vista administrativo no se le podía exigir responsabilidad, pero penalmente hablando sí. Algo que, además de absurdo, suponía invertir los términos de lo que normalmente había venido ocurriendo en aquellas materias en las

que convivían responsabilidad penal y administrativa (que hubiese responsabilidad administrativa, pero no penal).

Para evitar estas situaciones que escapaban a toda lógica, se planteó en el Seminario, como ya se ha dicho, la posibilidad de introducir algún criterio interpretativo que restringiese la amplitud del régimen de responsabilidad previsto para el ente en la vigente redacción del 31 bis 1) párrafo primero, de manera que la persona jurídica que se hubiese organizado correctamente, que hubiese ejercido un debido control, no incurriese en responsabilidad. Todo ello, como era lógico, sin perjuicio de la responsabilidad en la que pudiese incurrir la persona física.

En los casos de exceso formal, se afirmó que esta interpretación restrictiva no era siquiera necesaria, porque no eran actos de administración propiamente hablando. Respecto a los casos de exceso material, la clave podía estar en acudir a la normativa en materia societaria. Según ésta, quienes realizaban funciones de administración estaban sometidos a una serie de deberes muy variados como el de ejercer una administración diligente; no entrar en conflicto con la sociedad; no utilizar el nombre de la sociedad en provecho propio, etc. De entre estos deberes, se señaló uno especialmente interesante a estos efectos, como era el de lealtad, que se traduce en el deber de actuar siempre en interés de la sociedad y de cumplir tanto la normativa extrasocietaria, como aquella de la que se hubiera podido dotar el propio ente, de manera que todo lo que supusiese incumplimiento de esta normativa constituía un acto de deslealtad hacia la propia sociedad. A partir de ahí, se señaló, la cuestión estaba en dilucidar si el carácter desleal de ese acto del administrador que a título individual incumplía esa normativa interna que venían a ser los modelos de organización y control (un acto que era de administración propiamente hablando), podía tener alguna trascendencia de cara a no transferirle la responsabilidad a la persona jurídica (partiendo del presupuesto de que el vigente era un modelo de corte vicarial).

Sobre la base de diversos argumentos, que básicamente giraban en torno a la idea de no exigencia de responsabilidad a la persona jurídica en los delitos societarios en los que ésta pudiera verse afectada por la conducta del administrador, se planteó afirmativamente tal posibilidad interpretativa, de manera que los *compliance* acabasen teniendo un efecto exonerador de responsabilidad ante los casos de actuación desleal para con el ente.

Esta propuesta interpretativa fue cuestionada por varios intervinientes en el Seminario desde dos vertientes: por un lado, suponía trasladar también al apartado primero del 31 bis 1) el requisito de la omisión del debido control, cosa que la letra del precepto no exigía en el caso de los administradores o representantes. Por otro, se dijo, suponía entender que el debido control era un conjunto normativo-organizativo cuando, en realidad, la letra del precepto parecía configurarlo más bien como una actuación de naturaleza personal de vigilancia y control, de manera que en caso de que se hubiese cometido un delito, por definición no se podría sino concluir que había faltado ese debido control.

Frente a lo primero, se argumentó que si precisamente la interpretación restrictiva propuesta giraba en torno a la naturaleza desleal del acto del administrador y a la incidencia que ese carácter desleal podía tener en la responsabilidad de la persona jurídica, era, precisamente, porque a este primer hecho de conexión no se traía como requisito para exigir responsabilidad al ente el que se hubiese omitido el debido control. Es decir, parecía partirse del presupuesto de que los actos de administradores y representantes generaban responsabilidad independientemente de que se hubiese ejercido o no un debido control. Y que, desde luego, exigiéndose un debido control para la actuación de estos, como parecía que hacía el Anteproyecto, que incluso lo atribuía a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y de control, la solución era mucha más sencilla.

Ante la segunda objeción, se señaló que el debido control debía interpretarse en términos de riesgo permitido o estándares de riesgo. Es decir, normas de control más implementación de las mismas, no pudiendo hacerse una afirmación genérica de que en caso de que alguien incumpliese tales normas, había faltado el debido control, pues a la vista de los ejemplos antes señalados, podían ser compatibles ejercicio del debido control y comisión de un delito. La prueba más evidente de que el debido control debía interpretarse en términos de estándares de riesgo, se señaló que era la atenuante del 31 bis 4 d), que permitía rebajar la pena cuando se adoptasen medidas que *ex ante* se valorasen como eficaces para prevenir delitos que ni siquiera tenían que coincidir con el que ya se había cometido. Una valoración que, como no se hiciese partiendo de parámetros generales de riesgo, resultaba imposible.

## V. INTERPRETACIONES SOBRE DISTINTOS ASPECTOS DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

1) Respecto a la nueva letra a) del 31 bis 1<sup>3</sup>, se planteó la cuestión de a qué casos pretendía dar cabida cuando se refería a los delitos cometidos por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estaban autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentaban facultades de organización y control dentro de la misma, porque, por ejemplo, un vendedor de unos grandes almacenes se podía decir que estaba autorizado a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica: vender a un cliente una camiseta, por ejemplo, no dejaba de ser tomar una decisión en nombre de la persona jurídica.

---

<sup>3</sup> “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) 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.”

Se propuso como opción interpretativa que respecto a la actual, la nueva redacción no hacía sino aclarar qué debía entenderse por administrador de hecho y de derecho (se trataría de un caso de interpretación auténtica), al tiempo que ampliaba el ámbito de aplicación del precepto.

A este respecto, se cuestionó, sin embargo, que cuando la letra del Anteproyecto aludía a “ostentar facultades de organización y control dentro de la misma”, se estuviese refiriendo realmente al administrador de hecho, pues éste no ostentaba tales facultades, sino que las asumía directamente, y que el término “ostentar” parecía estar refiriéndose al hecho de tener formalmente (y no de facto) la capacidad para hacer algo. Se señaló cómo la jurisprudencia venía explicando lo que era un administrador de hecho, y que los términos que empleaba eran otros: el que mandaba, el que dominaba, el que controlaba...

Se argumentó, asimismo, que por ejemplo el que organizaba un muelle de carga y descarga de camiones tenía facultades de organización y control, pero sin embargo no se le podía considerar por eso un administrador de hecho. Había que entender, por tanto, que se refería tanto al que mandaba en toda la empresa, como al que mandaba en un sector específico de la misma, por lo que se podía decir que ampliaba el concepto de administrador llevándolo más allá del administrador de hecho.

Se criticó que el Anteproyecto no utilizase los términos empleados por la jurisprudencia, pues no hacía sino generar confusión al dar entrada a sujetos que no coincidían con lo que era un administrador de hecho. Así, por ejemplo, sujeto “autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica” no era el administrador de hecho, era el apoderado. Y ostentar facultades de organización y control dentro de la misma, normalmente correspondía a los cargos ejecutivos, con lo que se podía dar la paradoja de que con esta redacción el único que quedase fuera fuese, precisamente, el administrador de hecho.

La conclusión a la que se llegó fue que la redacción del Anteproyecto básicamente coincidía y parecía responder a los mismos presupuestos estructurales y de aplicación que el actual párrafo inicial del 31 bis 1), con la particularidad de que venía a explicar qué debía entenderse por administrador de hecho y de derecho, y a propósito de eso, ampliaba el campo de los sujetos que eventualmente podían tener cabida, de manera que algunos casos que ahora resultaban dudosos dejaban de serlo. Sobre todo en lo que tenía que ver con casos de administración de derecho (la sustitución de este término por la fórmula “individualmente, o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica”, permite integrar jefes de servicio, de departamento, etc.) pues en lo que hacía a la administración de hecho, coincidía con lo que se había venido entendiendo por tal.

2) Sobre la letra b) del artículo 31 bis del Anteproyecto, y la sustitución de la fórmula “no haber ejercido sobre ellos el debido control” por la fórmula “por haberse incumplido gravemente [...] el deber de controlar su actividad”, se debatió nuevamente sobre si se trataba de un deber de control personal o un deber de control puramente estructural y normativo, tomándose partido por la primera de las opciones, lo que significaba que, por mucho que existiese una estructura organizativa y unos procedimientos preventivos, unos *compliance* en definitiva, si no existía el debido control personal en aplicación de esos procedimientos, había responsabilidad penal para el ente.

Se sostuvo, además, que este presupuesto no dejaba de ser contradictorio con lo que preveía el apartado seis del 31 bis del Anteproyecto<sup>4</sup>, que no venía sino a decir que esa infracción personal del debido control quedaba eliminada si antes de la comisión del delito se había adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización, gestión y control entendido en términos puramente organizativos y estructurales. Esto es, un

---

<sup>4</sup> “Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ha ejecutado eficazmente un modelo de organización, gestión y control que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido”.



conjunto normativo que tenía capacidad para eximir la responsabilidad generada por un grave incumplimiento de control personal, confundiendo así dos planos distintos.

En cualquier caso, se puso de manifiesto que ese deber de controlar la actividad de los empleados era algo desconocido hasta el 31 bis en el Código Penal; que sólo encontraba cierto paralelismo en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, y que ahora incluso era elevado a la categoría de delito por la vía del nuevo 286 siete del Anteproyecto, aplicable al representante legal o administrador de hecho o de derecho que omitiese 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. En relación con este nuevo tipo penal, se destacó, además, que el Anteproyecto volviese a la terminología tradicional de “representante / administrador de hecho / administrador de derecho”, de la que prescindía en el 31 bis a).

3) Sobre la gravedad del incumplimiento del deber de controlar la actividad de los empleados, se valoró el hecho de que en el anteproyecto no fuese suficiente cualquier incumplimiento, como ocurría en la redacción vigente, pero al mismo tiempo se pusieron de manifiesto las dudas que esta fórmula planteaba en el sentido de si todos aquellos casos en los que no existiesen *compliance* deberían considerarse graves, o si podría haber situaciones en las que no existiendo esos modelos de gestión y control, el incumplimiento no fuese considerado grave. Sobre este particular, se concluyó que tratándose del incumplimiento de un deber de naturaleza personal la valoración de su gravedad debía hacerse aplicando elementos propios de la imprudencia, lo que no significaba, se apuntó, que se identificase incumplimiento grave con incumplimiento imprudente. Es más, se añadió, teniendo el Código Penal un sistema cerrado de incriminación de la imprudencia, si se pretendía crear un injusto propio para la persona jurídica, la imprudencia pasaba por el reconocimiento expreso de la admisibilidad de esta forma de culpabilidad. En base a ello, y como quiera que en el 31 bis no se aludía

en ningún momento a la imprudencia, de crearse un injusto para la persona jurídica, sólo podría ser doloso, con lo que necesariamente debería serlo también el incumplimiento del deber de controlar. Esto a su vez, se señaló, conducía a la necesidad de distinguir aquellos casos en los que el incumplimiento del deber de control convirtiese al administrador o representante en partícipe del delito del subordinado, supuestos reconducibles a la letra a), de aquellos otros en los que se tratase de un incumplimiento meramente formal que no convirtiese al administrador o representante en partícipe de ese delito.

4) Respecto al número dos del 31 bis del Anteproyecto, el hecho de que su letra a) aludiese al órgano de administración (que es el que debía haber adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyesen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza) y no a los sujetos a los que se refería el número primero (representantes y quienes estuviesen autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentasen facultades de organización y control dentro de la misma) se señaló que obedecía a las recomendaciones de la OCDE, que en los códigos de buenas prácticas para la lucha contra la corrupción y en todos los modelos de *compliance*, sostenía que lo primero y principal era el compromiso firme del órgano de administración a favor de una política de prevención del delito, siendo ésa la idea que se trasladaba al Anteproyecto: la necesidad de una decisión del órgano de administración adoptando el modelo, ejecutándolo o dando las instrucciones para que se ejecutase, etc.

5) El que esos modelos de organización y gestión hubiesen de incluir, según el Anteproyecto, las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza, se dijo, obligaba a elaborar un mapa de riesgos, lo que había que poner en estrecha relación con el requisito a) del número 3 del artículo 31 bis del Anteproyecto: los modelos de prevención debían identificar las actividades en cuyo ámbito pudiesen ser cometidos los delitos que debían ser prevenidos. Y en relación con esta cuestión, se planteó el debate de si esos modelos de prevención habían de

comprender tanto los delitos correspondientes a los que se conocía como “criminalidad de empresa”, como aquellos otros que respondían a lo que se conocía como “criminalidad en la empresa”, concluyendo que, frente a lo que algunos habían venido sosteniendo, había delitos que sí podían considerarse comunes a todas las empresas con independencia de su objeto social (relativos a la contratación y seguridad de los trabajadores, tributación, mobbing, acoso sexual, etc.), y que estos delitos debían aparecer en los modelos de prevención de la misma forma que aquellos otros que sí tenían ya una vinculación específica con la actividad empresarial desarrollada por el ente.

6) Se destacaron, asimismo, los problemas interpretativos que podían generar fórmulas como la empleada en la misma letra a) del número dos: haber adoptado y ejecutado “con eficacia” modelos de organización y gestión antes de cometerse el delito. Fórmulas que inmediatamente hacían surgir la pregunta de cuándo podía considerarse eficaz la adopción y gestión de esos modelos de prevención, cuando precisamente se estaba ante el Juez porque se había cometido un delito; porque esos modelos no habían funcionado.

A este respecto, se explicó cómo en Italia se estuvo estudiando la posibilidad de poner en marcha un sistema de certificaciones externas de los modelos, que iban a ser llevadas a cabo por profesionales privados con autorización administrativa para realizar esta tarea. Certificarían sólo el modelo teórico, pero para obtener esa certificación era necesario que ese modelo se aplicase. De esta forma, cuando un modelo estuviese certificado, el juez tendría que darlo por bueno; no podría entrar a discutir el modelo teórico, y sí sólo su aplicación. Las críticas a esta propuesta, centradas en el poder que se otorgaba a estos certificadores y en la limitación que constituía para el propio juez, hicieron que esta propuesta no hubiese salido adelante hasta la fecha.

Se explicó, asimismo, cómo en Estados Unidos la certificación la hacía un despacho de abogados actuando como un mero auditor, y que esa certificación podía ser

luego discutida. Se puso el símil de las cuentas de la sociedad, que tenían que estar auditadas, sin que esa auditoría sirviese como garantía de validez del contenido.

7) Se llamó la atención sobre el hecho de que la exención de responsabilidad requiriese, además, que esas medidas de vigilancia y control adoptadas y ejecutadas con eficacia fuesen idóneas precisamente para prevenir delitos como los que se han acabado cometiendo, lo cual obligaba a valorar esa idoneidad en términos de adecuación general o de riesgo permitido, como ya se había señalado antes, de manera que el hecho de que el modelo hubiese fallado en un caso concreto no tenía por qué significar su inidoneidad. Obligaba a aceptar que el programa de *compliance* no era capaz de evitar el cien por cien de los delitos, y que lo que había que demostrar en última instancia, era que se contaba con las políticas y procedimientos, aunque en el caso concreto un sujeto hubiese conseguido eludirlos.

8) Surgieron asimismo dudas sobre la previsión de un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control llamado a supervisar el funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención implantado. Un órgano cuya existencia contemplaba la letra b) del 31 bis 2 del Anteproyecto<sup>5</sup> como presupuesto necesario para que los *compliance* pudiesen desplegar eficacia exonerante de la responsabilidad, y cuyas funciones de vigilancia parecían chocar con las que habían de desplegar, según la letra b) del 31 bis 1, quienes estaban autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentaban facultades de organización y control dentro de la misma.

Pues bien, sobre este particular, se puso de manifiesto que podía tratarse de un órgano individual o colectivo que venía a supervisar la aplicación del modelo de

---

<sup>5</sup> 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad si prueba que:

[...]

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;

prevención, y no tanto a vigilar a los subordinados, siendo ésta última una función que, en efecto, correspondía a quienes estuviesen autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentasen facultades de organización y control dentro de la misma. Sería, se concluyó, un responsable de cumplimiento normativo que representaría además en juicio a la persona jurídica con el fin de evitar el conflicto de intereses con esos sujetos que desempeñasen funciones de administración y que podían resultar imputados.

9) En cuanto al término “fraudulentamente” empleado por la letra c) del 31 bis 2 del Anteproyecto<sup>6</sup>, se señaló que aunque en Italia se interpretase como “dolosamente”, debía entenderse como “engañosamente”, esto es, empleando algún tipo de ardid o maquinación, de manera que en caso de mero incumplimiento doloso pero sin engaño, el ente no debía quedar exonerado de responsabilidad, pues los modelos de prevención no podían ser considerados eficaces. Es decir, la empresa debería demostrar que tenía un modelo eficaz, y para ello, la elusión de las reglas de ese modelo sólo debía ser posible mediante una actuación fraudulenta. Siendo posible el mero incumplimiento doloso del modelo sin necesidad de recurrir al fraude, éste, se concluyó, no podía considerarse eficaz.

10) Lo anterior, se sostuvo, acababa traduciéndose en una pérdida de capacidad de actuación y de toma de decisión autónoma en el seno de las personas jurídicas y en aquellas esferas de actividad consideradas “de riesgo”, pues la prueba del carácter fraudulento del incumplimiento como presupuesto para que el ente quedase exonerado de responsabilidad obligaba a implementar un modelo en el que esas tomas de decisión y esas actuaciones autónomas fuesen asimismo controladas, de tal forma que sólo recurriendo al fraude pudiesen traducirse en la comisión de un delito.

---

<sup>6</sup> 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad si prueba que:

[...]

c) los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención;

11) De manera coherente con la utilización del adverbio “fraudulentamente” empleado en la letra c), la letra d) de ese mismo número 2 del 31 bis del Anteproyecto exigía que no se hubiese producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control por parte de ese órgano al que se había calificado como responsable de cumplimiento normativo. Es decir, el Anteproyecto partía del presupuesto de que eran compatibles incumplimiento de los modelos y ejercicio de las funciones de vigilancia y control. Pero esto, se señaló, sólo parecía poder admitirse como posible cuando el incumplimiento de esos modelos hubiese sido fraudulento. No siéndolo, habría que entender que sí se había producido una omisión o ejercicio insuficiente de esas funciones de vigilancia y control.

12) Se planteó asimismo, como tema de debate, si existía algún tipo de diferencia entre los “modelos de organización y gestión” de la letra a) del 31 bis 2 del Anteproyecto, y los “modelos de organización, gestión y control” del 31 bis 6. Y si no existía tal diferencia, ¿a qué obedecía distinguir dos regímenes distintos (en función de que el delito lo hubiese cometido un representante legal o un sujeto autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostentase facultades de organización y control dentro de la misma, o lo hubiese cometido cualquier otro sujeto al servicio del ente) cuando además el momento de la implementación de ambos modelos era el mismo (ante de la comisión del delito)?

Mostrándose críticos con la tendencia del legislador a llamar de distinta forma a cosas que parecían ser lo mismo (así, por ejemplo, en el apartado a) del número 2 del 31 bis se hablaba de “modelos de organización y gestión”; en el b), de “modelos de prevención”; en el c) de “modelos de organización y de prevención”, y en el 31 bis 6, de “modelos de organización, gestión y control”), los participantes en el Seminario expusieron sus dudas sobre si la distinta terminología introducía matices y diferencias de fondo, o si realmente era manifestación de un mal hacer legislativo. Sobre este particular, y a partir de las exposiciones que en el Seminario se hicieron sobre el modelo italiano que establecía la misma diferenciación entre delitos cometidos por empleados y

delitos cometidos por administradores, se concluyó que no existían diferencias de fondo en lo que hacía a los modelos, pero que sí existía una diferencia sustancial de naturaleza procesal relacionada con la carga de la prueba de que se había ejercido el debido control.

Así, mientras el apartado 2 del 31 bis del Anteproyecto exigía expresamente que fuese la persona jurídica la que demostrase que habían existido unos modelos de organización y gestión que incluían medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza; que los autores individuales habían cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, etc., el apartado 6 del 31 bis del Anteproyecto guardaba silencio sobre quién debía acreditar tales extremos, y guardando silencio, debían operar los principios generales de la carga de la prueba, siendo en consecuencia la acusación la que acreditase que no existieron tales modelos, o que los mismos no fueron eficaces y adecuados, etc.

Con todo, no faltó quien puso de manifiesto que, en realidad, el hecho de que tuviese que ser la persona jurídica la que acreditase tales extremos no constituía excepción alguna a la regla general de la prueba de circunstancias eximentes, que siempre correspondía a quien las alegase, posición que fue contestada en el sentido de que, en el caso de la persona jurídica, en realidad no se iba a tratar de la prueba de una circunstancia eximente, sino de la prueba del injusto típico, pues ésta y no otra era la naturaleza de la omisión del debido control, lo que volvió a reabrir la discusión dogmática sobre el injusto del ente y, en definitiva, sobre el modelo de responsabilidad penal acogido por el Código y planteado por el Anteproyecto.

13) Finalmente, sobre la evolución que iban a tener las empresas en esta materia, y frente a la opinión frecuentemente mantenida de que la mayoría de ellas (las pequeñas sobre todo) no iban a poder asumir la puesta en marcha de un plan de prevención, se señaló que sí era algo viable; que no suponía un coste excesivo, y que, al fin y al cabo, ya lo habían hecho en materia de prevención de riesgos laborales. Se añadió que era

JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA  
Crónica del Seminario “Sobre procedimientos operativos estandarizados y  
responsabilidad penal de la persona jurídica”

previsible que, como había sucedido en Italia, a una primera fase de desinterés por el tema siguiese otra en la que ya se comenzasen a elaborar modelos puramente teóricos, para acabar existiendo una verdadera preocupación por implementar de manera eficaz tales modelos como forma de evitar incurrir en responsabilidad penal.

