

Los programas de prevención de imputaciones delictivas: de recomendación a exigencia legal

Vanessa Fernández Lledó

Abogado del Área de Derecho Penal de Gómez-Acebo & Pombo

A los fines de paliar las dificultades que se han encontrado nuestros Jueces a lo largo de estos tres últimos años respecto de la interpretación y alcance de la responsabilidad penal de la persona jurídica que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico el 23 de diciembre de 2010, el Proyecto de Reforma del Código Penal (en adelante, Proyecto de Reforma) introduce una serie de novedades significativas: (i) una mayor concreción de los elementos configuradores de la responsabilidad penal de la persona jurídica; (ii) el reconocimiento expreso de los programas de prevención de imputaciones delictivas como instrumento incluso para la exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en aquellos casos en que cumpliendo una serie de requisitos, obren debidamente implantados; y, (iii) la intención del legislador de introducir un nuevo tipo delictivo asociado al incumplimiento del deber de vigilancia o control en el seno de la persona jurídica.

1. Requisitos para la imputación de la persona jurídica

De acuerdo con la nueva redacción que se pretende dar al artículo 31 bis del Código Penal, será exigible responsabilidad penal a la persona jurídica en el supuesto de concurrir los siguientes requisitos:

1. Comisión de cualquiera de los delitos taxados en el Código Penal como susceptibles de ser cometidos por la persona jurídica¹.
2. El delito ha de ser cometido en el ejercicio de actividades sociales en nombre o por cuenta

de la persona jurídica y en su beneficio, ya sea directo o indirecto.

3. Ha de ser cometido por:

- a) El representante legal de la persona jurídica o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de ésta, o cuando tales personas ostenten facultades de organización y control dentro de la misma.
- b) Los empleados de la persona jurídica sometidos a la autoridad de las personas mencionadas en el apartado (a) anterior, que cometen el delito con motivo de haberse incumplido los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los mismos.

Con la nueva redacción se abandona el concepto de administrador de hecho o de derecho como persona física susceptible de ser autora del delito atribuido a la persona jurídica, fundamentando ahora esa responsabilidad penal en la capacidad real o efectiva de gestión y control dentro de la persona jurídica. Por otra parte, se suprime la ambigüedad del concepto en su "provecho" previsto en la vigente redacción, para exigirse ahora la obtención por la persona jurídica de un "beneficio directo o indirecto" como elemento configurador adicional del tipo penal que hará nacer su responsabilidad.

2. Los modelos de organización y gestión como instrumentos de exención de la responsabilidad de la persona jurídica

Una de las novedades más significativas que introduce el Proyecto de Reforma es precisamente establecer la posibilidad de que la persona jurídica pueda quedar "exenta" de responsabilidad penal, a diferencia de la redacción vigente en la que tan sólo contempla una posible "atenuación en la pena" en aquellos casos en los que con anterioridad al comienzo del juicio oral, la persona jurídica hubiera establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos futuros.

A los efectos de poder apreciar la exención de responsabilidad se exige la concurrencia de una serie de requisitos atendiendo a la concreta persona física que ha cometido el delito imputado:

1. *Representante legal o persona con facultad de toma de decisiones o de gestión y control.* La sociedad podrá quedar "exenta" de responsabilidad penal si concurren las siguientes condiciones:

- a) *Orgánica:* implantación por el órgano de administración de modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza a los imputados a la persona jurídica.
- b) *Temporal:* la adopción y ejecución de los modelos de organización y gestión ha de ser efectuada con anterioridad a la comisión del delito imputado a la persona jurídica.
- c) *Funcional:* la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de organización y gestión debe estar encomendada a un órgano autónomo de la sociedad.

El Proyecto de reforma aclara que para aquellas personas jurídicas de pequeñas

dimensiones, esto es las autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada¹, esta facultad de supervisión y control puede ser asumida también por el órgano de administración, sin necesidad de que exista un organismo dentro de la persona jurídica diferente al órgano de administración que quede encargado de esta función. Y ello, con motivo de que la reforma persigue que estos modelos de organización y gestión se adapten a las dimensiones y particularidades de cada persona jurídica.

- d) *Intencional:* elusión fraudulenta de los modelos de organización y gestión por las personas físicas presuntas autoras del delito.
- e) *Diligencia:* ausencia de dejadez en la obligación de supervisión y control por el órgano autónomo de la sociedad.

En el supuesto de que no se cumplan todas las condiciones o de que éstas únicamente puedan ser parcialmente acreditadas, la persona jurídica solo podría beneficiarse de una atenuación en la pena que finalmente pudiera serle impuesta.

2. *Empleados sometidos a la autoridad del representante legal o persona con facultad de toma de decisiones o de gestión y control.* En estos casos se exige únicamente la concurrencia de las siguientes condiciones:

- a) La implantación de los modelos de organización y gestión con carácter previo a la comisión del delito.
- b) La supervisión del funcionamiento y cumplimiento de dichos modelos de gestión ha de estar encomendada a un órgano autónomo de la sociedad. En todo caso, será también de aplicación a estos casos lo ya expuesto en cuanto a las personas jurídicas de reducida dimensión.

¹ Artículo 258 de Ley de Sociedades de Capital.

3. Los Programas de prevención de imputaciones delictivas: requisitos que deben reunir

Con independencia de qué persona física dentro de la persona jurídica comete el delito, se exigirá que los modelos de organización y gestión se hayan adoptado y ejecutado eficazmente y que reúnan los siguientes requisitos:

- a) *Identificación de las actividades de la persona jurídica* en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- b) *Establecimiento de los protocolos* o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas.
- c) Disponer de *modelos de gestión de los recursos financieros adecuados* para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- d) Imposición de la *obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos* al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de organización y gestión.
- e) *Implantación de un sistema disciplinario* que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas establecidas en el modelo.
- f) *Adopción de medidas* adaptadas a las actividades desarrolladas, tamaño y naturaleza de la organización de la persona jurídica, tendentes a la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo.

Los modelos de organización y gestión deberán contemplar, además, un sistema que permita su modificación y actualización en caso de que se detecten infracciones relevantes de las medidas contempladas en el mismo o cuando acontezcan cambios en la organización, estructura de control o actividad desarrollada por la persona jurídica.

4. El nuevo tipo delictivo derivado del incumplimiento del deber de vigilancia y control de las personas jurídicas

En el Proyecto de Reforma se amplía la actual responsabilidad de los administradores de

hecho o de derecho. El nuevo artículo 286 seis, del Código Penal prevé penas de prisión o multa e inhabilitación profesional, para los representantes legales o administradores 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 resulten exigibles para evitar la infracción, o deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito. Y ello, 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.

Especial énfasis pone el Proyecto de Reforma en la necesidad de acreditar una relación de causalidad entre la comisión del delito y la ausencia de medidas de vigilancia, en el sentido de que, de haber sido implantados los modelos de organización y gestión, la conducta ilícita no habría sido cometida o al menos se habría visto seriamente dificultada.

En cuanto a cuáles serán esas medidas de vigilancia y control, se incluyen en el Proyecto de Reforma, la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia de la persona o personas encargadas de llevar a cabo de forma autónoma e independiente la vigilancia y control en el cumplimiento de los modelos de organización y gestión.

Se prevé igualmente la comisión imprudente de dicho delito. En ningún caso cabrá la imposición de 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.

En definitiva, la trascendencia de este nuevo precepto radica en que de aprobarse la redacción prevista en el Proyecto de Reforma, los representantes legales o administradores de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, podrán ser condenados penalmente por los delitos que cometan (i) cuando aún no concurriendo en éstos las condiciones para poder ser imputados de un delito, sí se dan en la persona jurídica o empresa en cuyo nombre o representación obren, así como, (ii) por los delitos que se cometan en el seno de la persona jurídica o empresa, con motivo de la dejadez u omisión en la adopción de aquellas medidas de vigilancia y control para la prevención de la comisión de conductas delictivas.

Este precepto sería igualmente de aplicación en aquellos supuestos en los que no se les pueda exigir responsabilidad penal a los gestores por el ilícito penal cometido y cuya prevención

habría sido posible si los modelos de organización y gestión hubieran estado debidamente implantados en la persona jurídica a la que representan.

¹ Delito de descubrimiento y revelación de secretos; de estafa y sus modalidades; delitos relativos a las insolvencias punibles; delito informático; delitos contra la propiedad intelectual e industrial; contra el mercado y los consumidores; delito de corrupción entre particulares; delitos de receptación y del blanqueo de capitales; delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; delitos sobre la construcción, edificación y urbanización; contra los recursos naturales y el medio ambiente; delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes; de riesgo provocado por explosivos; de falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje; delito de cohecho; delitos relativos al tráfico de influencias; de corrupción en las transacciones comerciales internacionales; delito de tráfico ilegal de órganos; de trata de seres humanos; delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores; delitos de financiación del terrorismo y contra la salud pública.