

PROPUESTAS DE ENMIENDAS AL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

La propuestas de enmiendas se refieren al Artículo único, apartados Vigésimo, Vigésimo primero, Vigésimo segundo y Centésimo octogésimo segundo del citado Proyecto de Ley Orgánica.

1.- PROPUESTA DE ENMIENDA DEL APARTADO VIGÉSIMO (Artículo 31 bis CP)

“Vigésimo. Se modifica el artículo 31 bis, que queda redactado como sigue:

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

~~La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible cuando el delito haya sido posible como consecuencia de un defecto de organización derivado de la no adopción o implementación deficiente, previa a la comisión del delito, de los modelos de organización y gestión a los que se refieren los apartados siguientes de este artículo.~~

~~No responderán penalmente las personas jurídicas con menos de 50 empleados, a no ser que formen parte de un grupo de sociedades, cuyo número total de empleados sea superior, o cuando la persona jurídica haya sido un instrumento para la comisión del delito.~~

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1ª) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con ~~eficacia diligencia~~, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control ~~idóneas razonables~~ para prevenir delitos ~~que puedan ser cometidos por la misma de la misma naturaleza~~;

~~2ª) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica al que se procurará un adecuado nivel de independencia, con poderes autónomos de iniciativa y de control~~;

3ª) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y;

~~4ª) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones falta de diligencia grave en cuanto a los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b) la anterior condición 2ª de este apartado.~~

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.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración, o por alguno de sus miembros, si se tratase de un órgano colegiado. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. 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 ejecutado eficazmente con diligencia un modelo de organización y gestión que resulte adecuado razonable para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido.

En este caso resultará igualmente aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del número 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1ª del apartado 2 y el apartado anterior, deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito podan ser cometidos- exista un riesgo razonable de comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
2. Establecerán 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 con relación a aquéllos a los riesgos mencionados en el requisito anterior, siempre que no resulten suficientes las previsiones legales, de los estatutos sociales o de otras reglamentaciones internas, en relación con esa formación de voluntad.
3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la razonables que permitan reducir la probabilidad de comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo, siempre que no resulten suficientes las previsiones aplicables conforme a la regulación laboral y con respeto a las previsiones legales y de los convenios colectivos aplicables, en su caso.

El modelo contendrá las medidas que sean proporcionales a las circunstancias de la organización, como su de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, de modo que garanticen permitan el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan faciliten la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo, y requerirá, en todo caso:

- a) De una verificación periódica del mismo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios; y
- b) De un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención, siempre que no resulten suficientes las previsiones aplicables conforme a la regulación laboral y con respeto a las previsiones legales y de los convenios colectivos aplicables, en su caso.

Las organizaciones o asociaciones profesionales sectoriales podrán adoptar modelos de organización y control a los que podrán adherirse sus afiliados o entidades representadas. Estos modelos se comunicarán al Ministerio de Justicia, que podrá formular observaciones sobre su idoneidad en los treinta días siguientes a su notificación. La adopción de estos modelos por las personas jurídicas correspondientes implicará la presunción que el modelo reúne los requisitos organizativos previstos por la legislación vigente.

JUSTIFICACIÓN DE LA MODIFICACIÓN PROPUESTA

Apartado 1.a). “Representantes legales”

La figura del “representante legal” como algo distinto de los “administradores” no resulta del todo clara en las sociedades (véanse arts 209 y ss Ley Sociedades de Capital) y podría pensarse que puede comprender a cualquier apoderado (con poder voluntario, y con cualquier jerarquía dentro de la organización), por lo que parece preferible referir al artículo al órgano de administración de la entidad, sea de hecho o de derecho, lo que podría incluir, cuando resulte procedente, a determinados apoderados que estén realmente actuando como los órganos de administración. Por otra parte, en el caso de otro tipo de entidades jurídicas distintas de las sociedades, lo normal es que es la normativa también prevea la existencia de órganos de administración pero, en todo caso, con la referencia a órganos de administración “de hecho o de derecho” se comprendería a los representantes del “máximo nivel” en la jerarquía de la dirección y administración de la entidad, que es a los que quiere referirse esta letra a).

Apartados 1.a) y 1.b). “Beneficio directo o indirecto”.

La expresión “*beneficio directo o indirecto*” resulta bastante oscura o poco concreta, en especial por lo que se refiere a lo que pueda ser el “beneficio indirecto”. Sería preferible sustituirlo por la fórmula “*en su interés o infringiendo obligaciones que competen a la persona jurídica*”. Esta fórmula es la acogida, por ejemplo, por la ley austriaca sobre responsabilidad penal de personas jurídicas. Con esta redacción cabe la imputación de la persona jurídica en caso de infracciones imprudentes, puesto que es a ella a quien corresponde organizarse para evitar, por ejemplo, daños medioambientales. A este tipo de cuestiones es a las que se refiere, probablemente, el “beneficio indirecto” comprendiendo, por ejemplo, el “ahorro de costes” que puede suponer no poner las medidas de seguridad. Por otra parte, la fórmula de la “*infracción de obligaciones que competen a la persona jurídica*”, aclara también el sentido de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos como el abuso de información privilegiada. Los controles que se les exigen a las empresas en esta materia no están destinados únicamente a impedir que la empresa utilice la información privilegiada de que dispone en su propio provecho; la esencia de los controles es la salvaguarda de la información, para impedir que los empleados con acceso a información privilegiada la utilicen indebidamente (similares reflexiones pueden hacerse en relación a otros delitos como el blanqueo o la protección de datos).

Apartado 1.b).

- Puesto que no existe ningún mecanismo de supervisión y vigilancia infalible, para que el incumplimiento de los deberes de vigilancia produzca consecuencias penales, el incumplimiento debe ser grave (no deberían tener consecuencias penales incumplimientos “menores” o simplemente formales).
- Tal y como está redactado el texto, parece que son deberes distintos los de supervisión, vigilancia y control, pero, realmente, se trata de los mismos deberes y las tres palabras resultan sinónimas, por lo que resulta preferible utilizar una sola de las palabras y, en este sentido, se propone la de “vigilancia”, aunque podría serlo, indistintamente, alguna de las otras.

Apartado 1, segundo párrafo (nuevo). Resulta conveniente la proclamación clara del “defecto de organización” como principio que justifica la posible aparición de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Apartado 1, tercer párrafo (nuevo). Aunque en el Apartado 3 de este artículo se “rebaja” una de

las condiciones para eventual exoneración de responsabilidad de la persona jurídica (la relativa al “órgano de control”), sigue resultando exigible, para todas las personas jurídicas que pretendan obtener la exoneración responsabilidad, que cumplan con todos los requisitos exigibles a los “modelos de organización y gestión”; pero esta exigencia pueda resultar excesiva (en términos de organización y de coste económico) para sociedades verdaderamente pequeñas (a cuyo efecto se propone el criterio del número de trabajadores, indicando a este respecto el número de 50), por lo que parece razonable exonerar a estas personas jurídicas de la responsabilidad penal, salvo que la misma haya sido un vehículo o instrumento para la comisión del delito, caso en el que, probablemente, no tendría sentido la exoneración de responsabilidad aunque se hubiera dispuesto del “modelo de organización y gestión”.

Apartado 2, 1ª.

- El término “eficacia” se asocia a la capacidad de un modelo para prevenir riesgos penales, pero, puesto que el ilícito se habrá cometido, es preferible referirse a la “diligencia” de los administradores en su adopción, que en la “eficacia” del modelo. Por otra parte, ya que toda medida de vigilancia y control siempre podría ser susceptible de ser mejorada, resulta más apropiado hablar de medidas “razonables” que de medidas “idóneas”.
- Por otra parte, la referencia a “prevenir delitos de la misma naturaleza” no resulta suficientemente concreta (e, incluso, no queda muy claro a qué delitos se puede estar haciendo referencia), por lo que sería preferible que la referencia se hiciera a los delitos que puedan ser cometidos por la persona jurídica en cuestión (en función de sus concretas circunstancias y perfil de entidad).

Apartado 2, 2ª y 4ª. Puesto que la condición 1ª de este apartado 2 ya contempla que el órgano de administración debe haber adoptado y ejecutado “modelos de organización y gestión” para prevenir delitos, las referencias de las condiciones 2ª (órgano de control) y 4ª (insuficiencia de los deberes de supervisión) resultan reiterativas, en la medida que se refieren a temas que deben ser una parte de los modelos (el órgano de control) o de la forma de ejecutarse. Por lo tanto, lo más adecuado y clarificador sería suprimir estas dos condiciones.

No obstante, si no se eliminasen estas condiciones, se proponen ciertos cambios para mejorar la precisión de las mismas. En particular, por lo que se refiere a los “órganos de control” (Apartado 2, 2ª), debe tenerse en cuenta que los marcos de referencia internacionales en materia de cumplimiento hacen hincapié en procurar la “independencia” del órgano de cumplimiento, pero sin pretender imponer modelos que no resultan realistas para la generalidad de las entidades (sean empresas o no) y de cumplimiento casi imposible.

Por otra parte, y como ya se ha indicado anteriormente, en relación Apartado 2, 4ª, la falta de diligencia en las actividades de vigilancia debería ser grave para que pudiera ser sancionable penalmente.

Apartado 3. Sin perjuicio de lo propuesto como párrafo tercero del Apartado 1 (en el sentido de no aplicar la responsabilidad penal a las personas jurídicas de menos de 50 trabajadores), se propone, como precisión técnica, que puedan encomendarse las funciones del “órgano de control” a uno de los miembros del órgano de administración, si fuera un órgano colegiado.

Apartado 4. En el mismo sentido que las propuestas relativas al Apartado 2, resulta más apropiado referirse a la “diligencia” de la persona jurídica y sus administradores en impulsar un modelo de prevención penal que a la “eficacia” del mismo.

Apartado 5.1. Cualquier delito puede ser cometido en el seno de una empresa, lo cual exigiría unos procedimientos de vigilancia desproporcionados. Por ello, resulta más apropiado referirse a la identificación de los riesgos que razonablemente puedan ser objeto de comisión y, por tanto, de prevención.

Apartado 5.2. En muchas ocasiones puede no resultar necesaria una previsión específica, en cuanto a la formación de la voluntad de la persona jurídica, distinta de las previsiones de la Ley,

de los estatutos sociales o de otras reglamentaciones internas (como el Reglamento del Consejo de Administración en las sociedades cotizadas).

Apartado 5.3. Resulta excesivo (y así se observa, en general, en el ámbito internacional) exigir garantías absolutas de prevención de ilícitos. Por ello, más que referirse a modelos “adecuados para impedir la comisión de los delitos”, resulta más apropiado referirse a modelos “razonables”, que es un calificativo que conecta mejor con el principio de proporcionalidad.

Apartado 5.5. Resulta conveniente aclarar que estos regímenes disciplinarios deben respetar, en todo caso, la regulación laboral que resulte aplicable.

Apartado 5, párrafo 2º. Este párrafo se refiere al “principio de proporcionalidad” y resulta preferible mencionarlo de forma explícita. Por otra parte, puesto que no existen modelos de control infalibles, no es técnicamente posible que se “garantice” el cumplimiento de la Ley, así como que “permitan” en todo caso la identificación de situaciones de riesgo; por ello, resulta más apropiado sustituir estos términos por otros más alineados con el principio de seguridad razonable. Finalmente, en relación con la letra b) cabe reiterar lo indicado en relación con el Apartado 5.5, respecto de los sistemas disciplinarios.

Apartado 5, último párrafo (nuevo). Sistema de certificación, registro o modelos aprobados administrativamente. Con la finalidad de mejorar la seguridad jurídica derivada de la utilización de modelos de organización y control, de manera que las entidades pudieran saber con carácter previo que están cumpliendo con la Ley, sería necesario que se estableciera algún sistema de “depósito” o “registro” de estos modelos, de “certificación” de los mismos por expertos independientes (autorizados, en su caso, por la Administración) o, al menos, la utilización de modelos sectoriales que hayan recibido algún tipo de aprobación o validación administrativa.

2.- PROPUESTA DE ENMIENDA DEL APARTADO VIGÉSIMO PRIMERO (Artículo 31 ter CP)

“Vigésimo primero. Se introduce un nuevo artículo 31 ter, con el siguiente contenido:

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. Salvo lo indicado en la condición 3ª del apartado 2 del anterior artículo, la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.”

JUSTIFICACIÓN DE LA MODIFICACIÓN PROPUESTA

Para evitar equívocos, resulta conveniente excepcionar la colusión de personas para vulnerar el modelo de prevención penal como circunstancia que agrava la responsabilidad de estos últimos pero no afecta a la exención de responsabilidad de la persona jurídica.

3.- PROPUESTA DE ENMIENDA DEL APARTADO VIGÉSIMO SEGUNDO (Artículo 31 quáter CP)

“Vigésimo segundo. Se introduce un nuevo artículo 31 quáter, con el siguiente contenido:

Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a investigar y, en caso de haber confirmado el ilícito, confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.”

JUSTIFICACIÓN DE LA MODIFICACIÓN PROPUESTA

Realmente, sólo puede exigirse de las organizaciones que confiesen sus infracciones tras haber investigado –aunque sea de forma mínima- y concluido acerca de su comisión. Por ello, el proceso lógico sería que las entidades impulsaran una investigación interna que derivase en la posterior confesión del delito, en caso de confirmarse.

4.- PROPUESTA DE ENMIENDA DEL APARTADO CENTÉSIMO OCTOGÉSIMO SEGUNDO (Artículo 286 sies CP –nuevo-)

[“Centésimo octogésimo segundo. Se introduce, dentro de la nueva sección cuarta bis del capítulo XI del título XIII, un nuevo artículo 286 seis, con la siguiente redacción:

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 exigidas por la normativa 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.”]

JUSTIFICACIÓN DE LA MODIFICACIÓN PROPUESTA

A.- La propuesta, en primer término, es **suprimir** este precepto que se plantea introducir en el Código Penal.

El nuevo tipo penal describe de un modo excesivamente impreciso una conducta de punición difícilmente justificable y en un ámbito en el que la protección penal ya es suficiente.

A.1. Vaguedad.

Dada la gravedad de las consecuencias penales y el reproche social que llevan aparejadas, el Código Penal sólo considera como delictiva la ausencia de medidas de vigilancia y control cuando va asociada a un resultado lesivo (en los delitos imprudentes) o cuando dichas medidas están normativamente descritas y codificadas (normalmente como delitos de peligro que exigen la infracción de una de esas medidas, como en materia de seguridad de los trabajadores – arts. 316 y 317 CP – o de protección del medio ambiente – art. 325 CP -).

El artículo nuevo que se propone se refiere a la omisión de medidas de vigilancia y control:

- sin que se impute a dicha omisión resultado alguno;
- asociándolas al emprendimiento de una conducta delictiva, sin precisión de si la misma ha de ser una de las imputables a una persona jurídica;
- sin enumeración ni descripción en ninguna norma general de tales medidas, sin que sean suficientes a tal efecto las directrices recogidas en el nuevo artículo 31 bis.

A.2. Falta de necesidad.

El objetivo último del nuevo precepto sería evitar los delitos cometidos desde una organización jerárquica a favor de la misma -y, sobre todo, los delitos de empresa-. Tales delitos tienen sin embargo una suficiente prevención:

- con la responsabilidad penal individual a título de autor o de partícipe de las personas que ocupan la cúspide de la organización y sus sucesivos delegados, garantes respecto a los riesgos imbricados en la actividad de persona jurídica –de la empresa, por ejemplo -;
- con la responsabilidad de la propia persona jurídica.

A.3. Falta de justificación suficiente.

En los supuestos en los que la cúspide de la persona jurídica no tiene una posición de garantía, carece de justificación que se le responsabilice penalmente de los delitos que puedan cometer otros, puesto que esos delitos no son expresión de la actividad propia de la persona jurídica. Se trata de sancionar penalmente el mero defectuoso ejercicio de una labor “policial” no pública lo que, por otra parte, viene a constituir un supuesto de responsabilidad penal “cuasi-objetiva”.

A la misma conclusión se llega desde la perspectiva de la participación. Se considera excepcionalmente que el sujeto activo del delito coadyuva al delito de otro por no obstaculizarlo, a pesar de no ostentar una posición de garantía.

B.- En caso de que se mantenga el precepto, las **enmiendas** que se proponen se justificarían en base a lo siguiente.

Apartado 1, párrafo primero. La figura del “representante legal” como algo distinto de los “administradores” no resulta del todo clara en las sociedades y podría pensarse que puede comprender a cualquier apoderado (con poder voluntario), por lo que parece preferible referir al artículo al órgano de administración de la sociedad, sea de hecho o de derecho.

Por otra parte, puesto que siempre pueden idearse medidas de vigilancia y control mejores de las existentes, la responsabilidad penal de los administradores debería asociarse a la no implantación de aquellas que sean **exigidas por la normativa**, lo cual entraña un plus de negligencia que podría justificar la aplicación de una sanción.

Apartado 1, párrafo segundo. No existiendo una obligación legal previa (en la normativa que regule el tipo de entidad de que se trate) relativo a la existencia, selección y funcionamientos de estos “órganos de control”, resulta excesiva su cita en este posible nuevo artículo del Código Penal.