

“¿ERA NECESARIA ESTA REFORMA QUE ROMPE CON NUESTROS MOLDES CLÁSICOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL”.

Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

Magistrado de la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo.

Muchas gracias, buenos días. Ante todo quiero agradecer al Ministerio de Justicia y a la Abogacía del Estado la oportunidad que me dan de estar hoy aquí con todos ustedes, en esta mesa redonda, en la que se tratarán de extraer las cuestiones más problemáticas o más vivas para el debate de en esta materia. Muchas gracias al moderador por esas palabras que has dicho y además por haber sido compañeros en la misma Facultad de Derecho en Valladolid, en unos años ya un poquito lejanos, desgraciadamente.

Esta materia que vamos a tratar tan novedosa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas está –como acaba de decir el Profesor Zugaldía Espinar– en constante elaboración. Estoy de acuerdo con prácticamente toda la problemática que ha puesto el Profesor sobre la mesa, pero me ha parecido interesante esa reflexión porque está prácticamente en elaboración todo este tema y estamos aprendiendo poco a poco, respecto a cómo vamos a cimentar en la práctica, a partir del día 23 de diciembre, la aplicación de estos preceptos sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, que nos han sido desconocidos hasta ahora y que no forman parte de nuestra tradición jurídica, ya que asociamos la responsabilidad penal a la persona física, pues ciertamente no somos capaces de ver cómo se va a sentar en el banquillo una persona jurídica, y que tampoco somos capaces de averiguar bien cómo se va a construir ese instrumento procesal, ese Estatuto procesal que va a tener la persona jurídica cuando se enfrente directamente, ella como tal, a un delito y no a través de la persona le representante, su administrador, su empleado, su subordinado..., en fin, esto está en constante elaboración.

Tan en constante elaboración que hemos mantenido numerosas conversaciones y no desvelo ningún secreto si digo, que está aquí presente y le agradezco mucho, un compañero, Carlos Granados, que es un magnífico Magistrado de la Sala Segunda, un Magistrado de referencia, sobre este tema de las personas jurídicas, y le he dicho que tengo unas notas hechas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, déjamelas, me dijo, y tratamos sobre este tema. Bueno, pues de estas notas, Carlos, las cambio constantemente porque, a cada paso, esto está en constante elaboración y las vamos modificando conforme nos vamos dando cuenta de algo que es tan novedoso que no sabemos exactamente bien cómo es, y ni siquiera si será necesario o si se va aplicar en muchos casos. En algunos casos, por ejemplo, de vertidos, que se ha dicho eso pues efectivamente puede que sean ejemplos paradigmáticos, pero con algunas connotaciones que voy a decir después sobre esto.

La reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio (BOE del día 23), que entrará en vigor el día 23 de diciembre de 2010, ofrece una panorámica totalmente nueva en punto a la exigencia de responsabilidad de las personas jurídicas, terminando con el viejo aforismo acuñado en nuestro Derecho histórico más tradicional, conforme al cual “*societas delinquere non potest*”. El Preámbulo de la misma señala al respecto que son numerosos los *instrumentos jurídicos internacionales* que demandaban una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la

posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...). Curiosamente no se refiere a otros delitos, también incluidos en el *catálogo*, que perturban y complican mucho el *sistema*, como los delitos de estafa, en cuyo articulado se inserta igualmente este tipo de responsabilidad social. Aun así, esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea. La nueva ley, igualmente, se ocupa de disciplinar el tipo de imputación que ha diseñado, bajo dos apartados.

Antes de abordar los criterios que adopta el legislador en tal reforma legal, trataremos de realizar un compendio de las *posiciones* que se han barajado sobre esta materia, así como de perfilar nuestra postura al respecto. Es obvio que no tenemos todavía en vigor el principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hasta la entrada en vigor de la nueva ley, sino precisamente el contrario: *societas delinquere non potest*. Ahora bien, a partir del 23 de diciembre de 2010, mediante la entrada en vigor de la LO 5/2010, es obvio que este paradigma dejará de existir en nuestro ordenamiento penal, para dar paso precisamente al contrario, lo que se convierte, tal vez, en la principal novedad de los postulados de la reforma penal, muy amplia y ambiciosa, por otro lado, mucho más –diríamos– que la que se produjo por la ya famosa reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, con entrada en vigor el día 1 de octubre de 2004.

Pero antes de este momento, no quiere decir que no se haya planteado en esta materia una *discusión doctrinal muy interesante* sobre la introducción de la responsabilidad penal en nuestro derecho penal positivo. Y ello sin que en realidad las directrices (y directivas) de la Unión Europea, nos pidan que vayamos por esta línea, y, como ha dicho Bacigalupo: *la cuestión es ciertamente dudosa en la doctrina científica, pero el legislador no ha tenido el más mínimo inconveniente en formular su regulación*. Y claro, ya contamos con la Ley de modificación del Código penal en esta misma materia. Pero, es más, tampoco era desconocido el repetido principio en nuestro derecho positivo, pues había pasado ciertamente desapercibida la incorporación del número 2 del art. 369 del Código penal (relativo a delitos contra la salud pública, en su vertiente de tráfico de estupefacientes, o delito de narcotráfico), a cuyo tenor:

“2. En los supuestos previstos en las circunstancias 2ª, 3ª y 4ª del apartado anterior de este artículo, *se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento* una multa de tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las siguientes medidas:

1ª. La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor las penas privativas de libertad impuesta.

2ª. La aplicación de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código”.

Este precepto, modificado por la citada LO 15/2003, significaba *la sanción directa a la persona jurídica*, y la aplicación de las medidas previstas en el art. 129 del Código penal (consecuencias accesorias), así como la privación de los aludidos beneficios fiscales o de la Seguridad Social.

De alguna manera, también es exponente de lo que decimos el contenido del art. 318 del Código penal (delitos contra los derechos de los trabajadores), a cuyo tenor: *“cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código”*. Si bien en este caso lo que se acuña es una variante de la responsabilidad en nombre de otro, más propiamente.

Existen otros casos de “cierta” incorporación del principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas a nuestro derecho, como es *la inclusión del párrafo segundo del art. 31 del Código penal*, las propias consecuencias accesorias del *art. 129 del Código penal*, la inclusión de un tipo específico relativo al delito de *asociación ilícita* (en el art. 515 del Código penal), y en fin, en sede exclusivamente de responsabilidad civil, la regulación de la *responsabilidad civil subsidiaria* de las personas jurídicas por hechos de un integrante de su “organización”, que fue el primer estadio de la incorporación de las personas jurídicas al mundo del derecho penal, en un aspecto que nuestro derecho fue siempre *pionero*. Y es que no podemos olvidar que las legislaciones de los Estados que se posicionan por esa vía, carecen del oportuno expediente procesal que permite la resolución de la vía civil en esta materia, pues desconocen *el ejercicio conjunto de ambas acciones*, como es el sistema anglosajón exportado a USA, de modo que todas las construcciones acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, han sido realizadas para que puedan ser objeto de sanción y, en su caso, responsabilidad penal por vía de multa, como sustitutivo de la responsabilidad civil. Sin embargo, en nuestro derecho penal, en virtud del aludido principio de responsabilidad civil subsidiaria, ya había sido resuelta la vinculación de estas sociedades o personas jurídicas al proceso penal, de modo que “respondían” civilmente de tales cuantías, en defecto de quien era el condenado directo, por vía penal, habitualmente insolvente. Esta posibilidad se desconoce en el conjunto de legislaciones que adoptan ahora el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y tal vez por ello, en nuestro derecho, la discusión adquiere distintos tintes que en las legislaciones de nuestro entorno cultural.

En consecuencia, y como un modo más de incidir por la vía de la responsabilidad “exclusivamente” en el pago, primero, de responsabilidades civiles, y en segundo lugar, en el pago de sanciones penales, como es la multa, se inicia una vía por la introducción del párrafo segundo del art. 31 del Código penal, por la LO 15/2003, del tenor literal siguiente (y que se incorpora después de la responsabilidad por la actuación de otro):

“2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”.

Ciertamente, no se establecían *muchas garantías* para que ocupen tan inestimable posición en el proceso penal, y nada menos que pagando de forma directa y solidaria la multa impuesta a sus representantes, acusados y encausados.

Sin embargo, no se trata en realidad con esta medida de incorporar a nuestro Derecho la regla **societas delinquere potest**, sino más bien *sujetar los bienes de las personas jurídicas al pago de las responsabilidades pecuniarias derivadas de la actuación*

delictiva de sus órganos de representación. Se trata de una manifestación del principio aceptado por la doctrina de que cabe imputar inmediatamente a la persona jurídica los efectos jurídicos patrimoniales producidos por la acción del órgano o del representante.

La responsabilidad penal de la persona jurídica, para ser propiamente tal, hubiese requerido el establecimiento de una sanción pecuniaria como sanción autónoma a la persona física, todo ello como consecuencia de la imputación del hecho punible al órgano, afirmando una especie de **culpa por la organización**, pero el legislador de 2003, se limitó a disponer la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica para satisfacer la multa impuesta al administrador, privando a la pena de multa en estos casos su carácter personal.

Los criterios de imputabilidad en esta materia, nos los explica el propio Preámbulo de la LO 5/2010, a través de una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su *nombre o por cuenta* de una persona jurídica y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica *el debido control* sobre sus empleados, naturalmente –dice el legislador– con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación. Veremos después que el resultado no responde exactamente, a nuestro juicio, a estos postulados.

El sistema responde a los criterios de una responsabilidad criminal acumulativa, pues la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, ni a la inversa (Zugaldía Espinar).

Las reglas de la imputación vienen recogidas en el nuevo art. 31 bis del Código penal, pero, aunque pudiera pensarse que se trata de dos supuestos: delitos cometidos por directivos o representantes de las personas jurídicas, en su nombre y en su provecho, y delitos cometidos por empleados no controlados debidamente por los primeros, como parece indicar el legislador en su Preámbulo, en realidad se trata de uno más.

Así:

Delitos cometidos por representantes sociales. Se refiere a los mismos el párrafo primero del apartado 1 del art. 31 bis del Código penal, al señalar que “*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*”. Aquí existe –se llame de una u otra forma– una propia actuación en nombre de otro, pues el representante actúa mediante el poder conferido por su principal o representado, que lo ha de ser por una persona *jurídica*, infringiendo el tipo penal al actuar en nombre de tal persona jurídica, y naturalmente en su provecho, tal persona física, pues aquí el autor es un mero instrumento legal, en el sentido de que representa a la sociedad.

El problema que se plantea en esta clase de imputación es la distinción con el apartado 1 del art. 31 del Código penal, en donde se establece la regla de la atribución de responsabilidad en nombre de un tercero, a quien se representa, artículo que sigue en vigor tras la reforma. Veámoslo. El citado precepto establece que incurre en

responsabilidad penal “*el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro*”, siempre, claro es, “*aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*”. Siendo así, una vez que se individualice su conducta, como tal representante, incurre en responsabilidad penal por otro (en este caso, la sociedad o persona moral representada). Y, a su vez, una vez constada tal responsabilidad, “*las personas jurídicas serán –también, añadimos nosotros– 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*”. La única diferencia es la nota del “provecho”, que obviamente ha de concurrir en el caso de la responsabilidad en nombre de otro, aunque no venga estrictamente acuñada por el legislador en el art. 31.1 del Código penal.

Nos encontramos, entonces, con una *objetivación* de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que trasciende a la mera responsabilidad civil subsidiaria del número 4º del art. 120, esto es, la *funcional*, y que va más allá de la responsabilidad civil subsidiaria que podemos denominar *espacial*, por los delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido (de modo que éste no se hubiera producido –causalmente– sin dicha infracción), conforme al art. 120.3º del Código penal, en tanto que la responsabilidad penal directa de la persona jurídica, no vendrá imputada por este apartado, sino por el siguiente que estudiaremos, es decir, por la falta de los deberes de control de sus subordinados, pues la jurisprudencia ha entendido que la infracción de tales reglamentos arrastra la responsabilidad civil subsidiaria de la persona colectiva, a modo de falta de control del subordinado.

En todo caso, la responsabilidad civil de tales personas jurídicas, cuando sean condenadas penalmente, conforme al nuevo apartado 3 del artículo 116, será solidaria, en los términos que seguidamente dispone ahora este precepto: «*La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.*» Esto es, al proceder la condena conjunta, la responsabilidad civil ya no es subsidiaria, sino solidaria, lo cual no es más que fijar una regla de parecidos contornos al pago anterior de la multa a la persona física, establecida en el derogado apartado 2 del art. 31 del Código penal, en cuyo caso la persona jurídica, en cuyo nombre o por cuenta de la que se actuó, era responsable directa y solidaria del pago de tal multa, y en cierto modo ahora, ocurre lo propio, como veremos en el siguiente apartado.

Para finalizar este análisis, diremos que, a nuestro juicio, se duplica innecesariamente la responsabilidad penal, tanto en la persona jurídica como en la física, cuando todo este expediente pudo resolverse por la vía de la responsabilidad civil subsidiaria, necesaria para proteger los intereses pecuniarios de las víctimas.

Sobre este particular, el **Informe de las Cámaras de Comercio**, ya había adelantado lo siguiente: “con el proyecto, el Derecho Penal pasa a asumir funciones que está cumpliendo o que debería cumplir el *Derecho Administrativo sancionador* sin que ello esté obligado por nuestros compromisos internacionales. La prueba de ello es no sólo que el nuevo sistema plantea problemas relativos al principio de rango constitucional (*non bis in idem*) en ámbitos donde existen normas sancionadoras en el ámbito del Derecho Administrativos sancionador, sino también que las sanciones administrativas a empresas y personas jurídicas se seguirán imponiendo en aquellos supuestos donde no se encuentre contemplada en la parte especial del Código Penal la posibilidad de aplicar las sanciones del nuevo artículo 31 bis., lo cual conlleva un cierto riesgo de arbitrariedad. En otros ordenamientos, como los anglosajones, se opta por la intervención preferente mediante el Derecho Penal debido a la inexistencia, precariedad o escasa relevancia de otros mecanismos jurídicos eficaces. Esta no parece la situación española con un fuerte ordenamiento y aparato administrativo-sancionador. Sobre esta cuestión y cómo crear un sistema coherente dentro del ordenamiento sancionador en su conjunto el Anteproyecto de reforma medita bastante poco”.

Igualmente, sucede que el principal defecto es que el modelo parte de una distinción entre un sistema penal para empresas con personalidad jurídica y otro sistema penal para empresas sin personalidad jurídica o individualizadas, con modelos de intervención penal y orientaciones político-criminales diametralmente distintos, sin que ello tenga una justificación adecuada.

De otro lado, no se resuelve adecuadamente el problema de que proceda absolver a la persona física, lo que no sabemos exactamente cómo funcionará con respecto a la persona jurídica, pero todo parece indicar que si la persona física que actúa en nombre de la colectiva, se la absuelve porque no concurren en ella los elementos del tipo, o porque no se cumplan los presupuestos jurídicos (prescripción de la acción, pongamos por caso), tampoco se podrá condenar, lógicamente, a la persona jurídica, al seguir sin concurrir tales elementos, haciendo innecesario este despliegue de medios.

Quedarán fuera los casos en que la absolución venga determinada por estrictas *cuestiones personales* de la persona física. Así se preocupa de dejarlo claro el legislador cuando dispone que “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” (apartado 3 del art. 31 bis del Código penal).

Pero, además, si la multa, se ha de repartir entre ambos acusados, y la responsabilidad civil es única en todo caso, habrá de convenirse que es duplicar esfuerzos inútiles, y sobre todo, incurrir en penalidades muy agresivas –socialmente hablando– como es la disolución, suspensión de actividades o intervención de la persona moral, con quiebra, tal vez, de derechos de terceros (trabajadores, acreedores, etc.), lo que puede ser una consecuencia demasiado gravosa e innecesaria, penalizando también a los accionistas minoritarios. Repetimos que en nuestro derecho, la responsabilidad civil subsidiaria había dado buenos resultados, y el desconocimiento de esta institución en el derecho

comparado ha conducido en tales sistemas a la inauguración de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, que, sin embargo, en nuestro sistema jurídico, no era necesario.

Dentro de este título de imputación, resultarán paradigmáticos la comisión de los delitos siguientes: delito fiscal, una estafa de inversiones, una insolvencia punible, algunos de los delitos relativos al mercado y a los consumidores, blanqueo de capitales y falsedades documentales.

Delitos cometidos por empleados. Responde a esta imputación el párrafo segundo del apartado 1 del art. 31 bis del Código penal, cuando incrimina a las personas jurídicas, como igualmente responsables en vía penal, por los delitos cometidos (en el ejercicio de actividades sociales, por cuenta y en provecho de tales personas jurídicas), por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas anteriormente (es decir, a las órdenes de los representantes o directivos de mencionadas personas jurídicas) hayan podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellas el *debido control*, atendidas las concretas circunstancias del caso.

Sin perjuicio de otros problemas, lo más llamativo de este título de imputación es que el delito se haya cometido en “**provecho**” de tales personas jurídicas, cuando resulta que su comisión está relacionada con una actividad no debidamente controlada, es decir, faltando al deber de cuidado que el ordenamiento jurídico impone al directivo o representante legal de dicha persona jurídica. Parece chocante que lo incontrolado, es definitiva, lo no querido por la empresa, pero que lamentablemente se ha producido, haya de resultar precisamente en provecho de la propia empresa (que lo trataba de evitar).

Obsérvese que esta nota no resulta de la explicación que el legislador ofrece en su Preámbulo, en tanto se dice en él:

Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Pero en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 31 bis, esta nota queda claramente definida:

En los mismos supuestos, 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.

De lo que se colige que parece extraño que puedan cometerse en provecho de las personas jurídicas aquellos delitos cuya comisión ha posibilitado precisamente un defectuoso control de sus empleados.

Pongamos un ejemplo, un delito de vertido ilegal realizado por imprudencia, a que alude el art. 331 por remisión a los preceptos incorporados al Capítulo, o incluso un delito doloso de tal especie, que se ha cometido al fallar los elementos de control necesarios para su evitación por parte de la persona jurídica, malamente puede considerarse perpetrado en provecho de tal entidad moral (a salvo los supuestos de ahorro en medidas de seguridad precautorias). De igual forma, uno de los delitos del catálogo (de las personas jurídicas) maliciosamente cometido por un empleado infiel o descontento para perjudicar a su empresa, tampoco tendría sentido que se haga responsable a tal persona jurídica del mismo, porque desde luego no ha sido cometido en su provecho (como por ejemplo un delito contra la salud pública por fraude alimentario).

En tales supuestos, al faltar tal elemento de “provecho” (todo lo contrario: en perjuicio de tal entidad), a lo más que tendrá que hacerse cargo la persona jurídica será al pago de la responsabilidad civil subsidiaria, pues, desde luego, no podrá exigirse responsabilidad penal por este título de imputación.

Por otro lado, y respecto a la responsabilidad de los directivos por falta de control sobre sus empleados, por el hecho de referencia, debe distinguirse entre aquellos comportamientos delictivos que obedecen a una acción o bien a una omisión. Aunque lo habitual será esto último, pues el no haberse ejercido el debido control parece sugerir una omisión, atendidas también las concretas circunstancias del caso, puede también producirse mediante una acción incorrectamente dada, que ocasiona en la práctica esa falta de control.

Ello nos sitúa en distinguir, en caso de **acción**:

- La responsabilidad por las órdenes directas.
- Las órdenes circuladas en forma generalizada.
- Las órdenes dimanantes de la superior dirección de la empresa.
- La mera Presidencia o Dirección genérica de la entidad sin cometidos concretos en el caso enjuiciado.

Y en caso de **omisión**:

* La atribución al responsable del conocimiento concreto de la omisión en el caso enjuiciado, lo que deberá ser objeto de prueba; y

* Y supuesta tal atribución, la dejación de funciones en el caso concreto.

Todo ello nos lleva a la distinción entre los conceptos de facultades de decisión, facultades de control y facultades de supervisión, a través de los programas de cumplimiento de la actuación de los órganos de supervisión y control (“compliance programme”), dirigido por un responsable (“compliance officer”), con funciones de vigilancia, asesoramiento, advertencia y evaluación de los riesgos legales de gestión según los estándares de conducta nacionales e internacionales (BACIGALUPO).

En todo caso, lo que resulta muy discutible es que ante una imputación subjetiva por falta de control, esto es, una imprudencia de la persona física que tenía entre sus cometidos el controlar a sus subordinados, con infracción del deber de cuidado, lo transferido a la persona jurídica sea precisamente una actuación dolosa (SILVA SÁNCHEZ).

En suma, en esta clase de imputación por falta de control, son complicadas las categorías generales, y dependerán en la mayoría de los supuestos de las características del caso enjuiciado.

No puede olvidarse que en esta materia podrá ser posible el *dolo eventual*, extremadamente útil con el fin de sancionar conductas de esta índole en el seno de una empresa u organización mercantil, aplicando la atribución participativa de comisión por omisión. De igual forma, sería acertado aplicar la *teoría de la ignorancia deliberada* (o del deber de conocer lo que se encuentra en nuestro círculo de apreciación), para resolver la imputación subjetiva a los administradores por infracción de deberes de control a los empleados encargados de la función de que se trate.

En todo caso, y como dice el Informe del CGPJ, para que este requisito pueda ser entendido como criterio de imputación a la persona jurídica, de su propio hecho y por su propia culpabilidad, es imprescindible dotarle de un contenido estructural, es decir, entenderlo como referencia a una conducta social de *defecto de control u organización*, y no a la omisión individual del deber de control por parte las personas físicas correspondientes (como ha hecho el legislador). Sin embargo, la realidad es que la reducción del defecto de control a una simple responsabilidad individual se apunta cuando se refiere a las personas que hubiesen hecho posible los delitos “*por no haber ejercido el debido control*”. Y continúa señalando el CGPJ que, aunque, como puede comprobarse, la ausencia del debido control puede entenderse como simple omisión dolosa o culposa del deber de control que recae sobre determinadas personas físicas, por ser a éstas a quienes corresponde el correlativo deber de cuidado, lo cierto es que no es ésta la interpretación consolidada en el ámbito de la responsabilidad de las personas

jurídicas que permite una imputación a éstas del hecho como propio. *Si el defecto de control se entiende como simple omisión individual de un deber de control, la imputación subjetiva no recae, en puridad, sobre la persona jurídica, sino sobre las personas físicas a las que corresponde el control de la actividad en cuyo marco se produjo el acto ilícito*, tal y como señaló el informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2006. En consecuencia, tal precepto debiera mejorarse –finalizaba el Informe– para evitar interpretaciones incompatibles con la atribución del hecho como propio a la persona jurídica; y para ello, es imprescindible una referencia expresa a que la imputación del hecho a la persona jurídica en estos casos se debe a la *ausencia de los mecanismos de control adecuados*, o, mejor, a un *defecto de organización relevante* para la comisión del hecho delictivo.

Muchas gracias por su atención, y perdonen que me haya extendido en demasía.