

IMPRUDENCIA, CONTAMINACIÓN AMBIENTAL Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

GONZALO QUINTERO OLIVARES
Universidad Pública de Tarragona “Rovira i Virgili”

SUMARIO: I. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido por el Código penal español. II. La actuación de personas físicas y la transmisión de responsabilidad. III. La imputación por descontrol o defecto de organización. 1. La reforma de 2015. IV. “Compliances” y omisión impropia en materia ambiental 1. Los programas de prevención y códigos de conducta. V. Responsables individuales por dolo y por imprudencia. VI. Conclusión.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, imprudencia, Compliance, delitos medioambientales.

I. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTABLECIDO POR EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El sistema regulatorio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español (en lo que sigue, RPPJ) participa de diversos criterios de determinación de la transferencia de responsabilidad. El criterio incriminador elegido no se ha copiado de un “modelo europeo”, entre otras cosas porque ese modelo *no existe*, porque no puede decirse que haya una “pauta europea común” entre los Estados que tiene prevista la responsabilidad penal de personas jurídicas o morales desde hace tiempo (Francia, Bélgica, Holanda, Inglaterra, USA), acerca de *cómo se ha de regular técnicamente esa responsabilidad*, pero se pueden señalar rasgos que aparecen en esas legislaciones europeas y que pueden tenerse por comunes, en concreto: que la responsabilidad penal de la persona jurídica no es una *responsabilidad autónoma*, sino una *consecuencia de la actuación típica de sus personas físicas (órganos o representantes)*. Más allá de eso, son muchas las particularidades de cada sistema.

Esa idea de responsabilidad derivada de la de otro parece en principio difícil de asumir en una tradición erigida sobre la idea de que la responsabilidad penal es personal, esto es, *propia e intransferible*, lo que significa que nadie puede ser sancionado por lo que ha hecho otro. Pero las dudas que se puedan plantear han de ser tenidas en su justo alcance. La personalidad de la responsabilidad y el castigo es un principio rector de la responsabilidad de las personas físicas ciertamente indiscutible. Es coherente con una tradición ligada a la cultura de la culpabilidad en la manera en que la entendemos algunas culturas jurídicas, pero no todas. En

segundo lugar, no ha habido nunca problema en imponer sanciones administrativas a organizaciones y sociedades sin reparar en que los actos determinantes de la infracción solamente fueron ejecutados por algunas personas determinadas, sin que ello haya impedido extender la responsabilidad al ente, y que se trate de una “sanción administrativa” no puede ser un argumento admisible, *salvo que nuestra conciencia se pueda tranquilizar con un adecuado etiquetaje*, estimado que lo que es posible en derecho sancionador administrativo (que podría acoger hasta la disolución de la empresa) no lo es en Derecho Penal, lo cual es absurdo.

Los entes colectivos, se dice, al no ser personas son incapaces de culpabilidad; pero esa incapacidad de culpabilidad ha de analizarse para evitar equívocos de partida. Es verdad que si la culpabilidad se entiende como una categoría jurídica estrictamente individual en cuya virtud se emite un reproche personal fundado en el desprecio que esa persona mostró hacia las exigencias del derecho y de la convivencia, de modo tal que adquiere la dimensión de reproche moral pronunciado por el derecho, la dificultad para hablar de culpabilidad de persona jurídica es insalvable. Ahora bien: si reducimos ese concepto a sus fundamentos observaremos que se inspira en la necesidad de dar la debida importancia al conocimiento de las normas jurídicas que establecen unas pautas de conducta para que sean respetados bienes jurídicos muy importantes. Entender que solo los individuos pueden hacer mal uso de la libertad y destruir o lesionar esos bienes es cierto en cuanto a la *causalidad física o humana de la destrucción o lesión*, pero no lo es en relación con el poder de decidir o permitir que esa lesión se produzca. Ese poder, sin duda alguna, también puede residenciarse en la capacidad de decidir de las personas jurídicas, capacidad que ya sabemos es ejercitada por los individuos que las gobiernan de hecho o de derecho. Pero es evidente que las personas jurídicas también pueden ser destinatarias de normas que marcan conductas a seguir en su actuación en el mercado o en la sociedad. La persona jurídica podrá actuar en el sentido de esas normas o en contra de ellas, por decisión de sus dirigentes o por falta de sistemas adecuados de control sobre lo que hacen sus miembros. Si es así no habrá razón alguna para negar que esas “personas jurídicas” se hayan manifestado en contra de lo pretendido por las normas o han propiciado con su descontrol interno que se produzcan las transgresiones de las normas que ellas mismas hubiesen podido evitar.

Sobre esa reflexión, que elude la imagen de reproche moral y potencia la de conducta desviada después de haber podido conocer cuál era el camino jurídico correcto, se puede edificar una idea de culpabilidad específica para la persona jurídica aunque difiera de la que puede ser válida para las personas físicas. Por lo demás es evidente también que la totalidad de la culpabilidad y la exculpación no pueden transportarse a las personas jurídicas, respecto de las cuales sería inviable hablar, por ejemplo, de la ignorancia o del miedo, conceptos cuyos efectos se despliegan tradicionalmente en sede de culpabilidad.

La posición central de las personas físicas en la determinación de la RPPJ permite que no sea problemático lo que de otro modo, en un análisis jurídico-penal *tradicional*, resultaría herético, cual es hablar de dolo referido a las personas jurídicas, pues éstas no pueden obrar con dolo o imprudencia en el sentido del dolo y la imprudencia del individuo, que sería la primera condición para una imputación subjetiva; solo por eso se podría decir que todos los criterios para la impregnación o transferencia de responsabilidad desde individuos a la persona jurídica u organización serán hechos objetivos u objetivables, lo que no ha de confundirse con que se trate de una responsabilidad objetiva, pues así sería si un hecho estrictamente formal produjera la responsabilidad, como, por ejemplo, sucedería si la ley permitiera sostener que cuando un delito es cometido por el Administrador de una sociedad *automáticamente* se produce la responsabilidad penal de esa sociedad.

Algún autor se ha manifestado a favor de un sistema de *responsabilidad empresarial directa o responsabilidad autónoma* de la persona jurídica, en el que se partiría de una “culpabilidad empresarial” que a su vez daría base a una responsabilidad penal contraída por la propia empresa y no derivada de la conducta de sujetos concretos. Indudablemente los modelos, que pueden encontrarse en el derecho comparado, de responsabilidad autónoma parecen más avanzados, pues permiten dar una explicación propia al fundamento de la pena que se impone a la persona jurídica, y, lo que es más importante, problemas como el de la separación entre las personas físicas que han obrado con dolo y las que no lo han hecho, se diluyen a favor de un *dolo de la organización*, concepto que se construye a través de específicos criterios que nada tienen que ver con la tradicional idea sobre el elemento cognoscitivo del dolo.

El sistema de responsabilidad penal autónoma y desvinculada de la actuación de personas es ciertamente atractivo, y reconoce en la persona jurídica una capacidad y una autonomía que se sitúan por encima de los individuos, permitiendo desligar la reacción jurídica frente a la empresa de la que concierna a las personas individuales. Pero como ya antes he advertido ése no es el sistema que ha elegido el Código, que ha optado por un sistema de *responsabilidad por impregnación o derivada*, que condiciona la responsabilidad de la persona jurídica a actuaciones de alguna de las personas físicas que la integran, a partir de un “hecho de conexión”, legalmente regulado y determinante de la responsabilidad del ente.

Esa responsabilidad de la persona jurídica deberá ser a partir de ese momento, *propia y con su propia consecuencia punitiva*, lo cual permite dirigir la acción penal directamente contra ella; si la responsabilidad penal se condicionara a que *previamente* se declare la de personas físicas concretas estaríamos en el campo de las llamadas *consecuencias accesorias*, que no son lo mismo que un sistema de responsabilidad propia de la persona jurídica aunque también se inspire en la diferenciación de reacciones punitivas para personas físicas y jurídicas.

II. LA ACTUACIÓN DE PERSONAS FÍSICAS Y LA TRANSMISIÓN DE RESPONSABILIDAD

El problema central en todo el sistema es el de la *relación entre la responsabilidad penal de la persona jurídica con la de las personas físicas que han actuado los hechos o tomado las decisiones*, oscilando las soluciones entre la exclusiva responsabilidad de la persona jurídica y, en el extremo opuesto, la completa responsabilidad de ésta y de la persona física. Este sistema de doble responsabilidad tiene su clara ventaja en no potenciar el desplazamiento hacia la responsabilidad de la persona jurídica, posibilidad que incluso podría ser criminógena. Pero en cambio tiene el inconveniente de que la acumulación de penas puede dar lugar a castigos desproporcionados determinados por un mismo delito. Más adelante veremos cómo ha intentado el legislador español prevenir esos peligros. La base legal esencial es fijada por la ley en estos términos: *Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*

El sistema español lleva necesariamente a un punto central: analizar las condiciones bajo las cuales cabe apreciar esa impregnación de responsabilidad, que por supuesto han de ser, en caso de duda, restrictivamente interpretadas, cual si partiéramos de la idea de que la regla es que no hay responsabilidad penal para persona jurídica *salvo* excepciones. En esta materia, la Reforma de 2015 ha introducido importantes modificaciones.

En cuanto a la *selección de personas* y conductas el precepto nos dice que nos situamos ante delitos cometidos *en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto*, por lo tanto se excluyen tantos los casos en los que se obre en provecho del propio actuante por más que haya actuado en nombre de la persona jurídica a la que representa. Aquí se inserta un problema: en algunas sociedades, dependiendo de su tamaño, el beneficio de la Sociedad y el de quien manda en ella se confunden en buena medida, pero eso no ha de ser motivo para descartar la RPPJ.

Es fácil comprender que no cualquiera puede estar en condiciones de actuar *como si su voluntad fuera la de la persona jurídica misma*, y ahí se sitúa el problema de seleccionar o configurar la *clase de persona física que puede determinar con su conducta la responsabilidad de la persona jurídica*. Instintivamente dirigimos la mirada a aquellos que jurídicamente tienen poder de decisión dentro de la persona jurídica, pues, siempre *a priori*, parecería excesivo que la conducta de cualquier sujeto perteneciente a la sociedad en cualesquiera condición baste para provocar la responsabilidad penal de ésta, aunque hay algún Estado europeo que sigue ese

criterio (p. ej., Dinamarca), si bien eso no se establece para la totalidad de los delitos atribuibles a personas jurídicas, sencillamente porque eran criterios que se seguían cuando solamente se preveía esa responsabilidad en algunas leyes concretas.

Desde la Reforma de 2015 el CP intenta precisar “mejor” quiénes son las personas cuyos actos pueden arrastrar la RPPJ, y selecciona a *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*. Una primera observación es que desaparecen los *administradores de hecho* que habían figurado hasta la Reforma, concepto que había sido objeto de una amplia doctrina y jurisprudencia. La cuestión no es menor, pues deja fuera de la regla los casos en los que la decisión delictiva la toman quienes tienen el poder material aunque no ostenten cargo alguno en la Sociedad o Empresa.

En línea de similar e innecesaria complejidad se puede señalar la referencia a *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*, pues en esa descripción tienen cabida órganos individuales o colegiados legales de la persona jurídica, como los administradores de derecho o el Consejo de Administración, lo cual, como ha sido adecuadamente señalado orilla lo más importante: que sean personas que ejerzan *realmente el mando*.

Problema delicado puede suscitarse en relación con el concepto de “beneficio directo o indirecto”. Por supuesto que se excluyen los casos en los que ese beneficio es solo para el que actúa o solo para una parte de los miembros de la persona jurídica, *pero no para ella como tal*, la cual puede tener su patrimonio y sus expectativas legítimas de negocio. La ignorancia de una parte de los socios no puede considerarse “prueba” de que no ha habido beneficio para la persona jurídica, pues eso es independiente tanto del conocimiento como del justo reparto de beneficios. Declarar la responsabilidad de la persona jurídica cuando la mayor parte de sus miembros nada han tenido que ver con lo sucedido parece la solución más justa, *pero sería inaceptable* frente a los terceros perjudicados por el delito, sean individuos o la colectividad, ya que en nombre de ese desconocimiento habría que aceptar la impunidad de la persona jurídica, lo cual primaría a los socios desconocedores de los hechos frente a cualquiera otra consideración, además de que abriría un peligroso atajo para eludir la responsabilidad de la persona jurídica por la vía de la invocación del desconocimiento de lo que hacían los administradores. Así pues, si se ha producido un provecho para la persona jurídica, con independencia del “reparto interno”, no parece posible negar la declaración de responsabilidad penal si se cumplen las demás condiciones.

En el sistema ofrecido por el Código siempre subsisten las responsabilidades penales personales de las personas físicas, pues expresamente se hace mención

a los *delitos cometidos* por sus representantes, etc. Se ha dicho, con razón, que de ese modo se evita un riesgo no debidamente valorado por los partidarios de la responsabilidad autónoma y exclusiva de las empresas, que es la tentación de *transferencia de responsabilidad a la persona jurídica en la convicción de que es mejor que sufra ésta, y no las personas físicas, las consecuencias penales*. Puede añadirse también que la realización de determinados tipos de delito, como, por ejemplo, las defraudaciones, puede requerir en el autor la presencia de elementos subjetivos imprescindibles para la tipicidad. Pero este segundo argumento ha de ser relativizado, pues si bien es cierto que algunos elementos subjetivos del injusto no son fácilmente identificables en una organización, la mayoría, sobre todo la de los delitos que interesan especialmente, pueden entrar en la voluntad del grupo, que puede desear engañar, burlar, enriquecerse, defraudar, etc.

El *factor humano* en la configuración de la imputación del hecho a la persona jurídica exige y permite la verificación del dolo o de la imprudencia que exija un tipo de delito, sea la contaminación ambiental o la distribución de sustancias tóxicas, actitudes subjetivas que han de concurrir en la “inteligencia” de la persona física, que son las que soportan esa imputación subjetiva y la declaración de culpabilidad. La transferencia de responsabilidad a la persona jurídica vendrá determinada por la presencia del interés de ésta o la contribución de su desorganización. Afirmar, no obstante, que el grupo (la empresa) no puede construir decisiones delictivas, aunque las ejecuten individuos, es desconocer la realidad y es además innecesario.

Lo siguiente que caracteriza al sistema del Código es que la responsabilidad de la persona jurídica es *propia*, aunque su fundamentación esté necesariamente vinculada a las acciones de las personas físicas que las gobiernan y que por ellas y para ellas actúan, dominando su voluntad y sus decisiones en el mercado y en la sociedad. Esa condición de propia habrá de obligar a dotarla del *correspondiente estatuto procesal* como parte desde el inicio del proceso, e incluso podrá enfrentarse a las personas físicas que sostengan que han actuado a favor de ella.

Esta derivación desde la persona física parte de que en determinados casos se puede apreciar una identidad de objetivos y razones de actuar entre el personaje físico que lo hace y la persona jurídica que *se expresa a través de él*. Ciertamente que eso no puede automatizarse y afirmarse con un simple criterio fijo (si es un órgano el que expresa *necesariamente* la voluntad de la persona), pues eso es tan simple como injusto, especialmente cuando es muy grande el número de socios, o cuando, sea grande o sea pequeño, solo unos pocos llevan la gestión social. Ahora bien, *tampoco puede caerse en el error de entender que la ignorancia de parte de los socios es causa de exclusión de la responsabilidad del ente*, pues no es así, sino que esa responsabilidad dependerá de que se pueda apreciar una *identidad* entre los intereses de las personas físicas y los de la persona jurídica.

Lo cierto es que los sistemas no son uniformes, y es variable el grado de *poder de decisión* que se exige tenga la persona física. Nuestro sistema exige que se trate

una persona que pueda obrar “en nombre y por cuenta”, pero como vemos eso no se restringe a una condición jurídica, ya que se extiende a los administradores *de hecho* y de derecho, y esa amplitud de sujetos abarca a todos aquellos que tengan capacidad material de actuar como si fueran la persona jurídica, siendo más importante que el poder jurídico-formal, el poder real, que tampoco ha de confundirse con el poder *máximo*.

III. LA IMPUTACIÓN POR DESCONTROL O DEFECTO DE ORGANIZACIÓN

La transferencia de RPPJ puede venir determinada por dos vías diferentes: la actuación directa de representantes y administradores de hecho o de derecho y la *actuación descontrolada de un subordinado de éstos*. Esa idea, presente desde que la RPPJ se introdujo en 2010 ha sido perfilada con la Reforma de 2015, y el art. 31 bis 1. b), declara que la persona jurídica responde de *los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*.

De ese modo se establecen dos criterios de imputación de RPPJ: el de la actuación directa cuando los delitos han sido cometidos por las personas que tienen el poder de decisión máximo en la persona jurídica las que han realizado los actos, por sí mismos o a través de sus empleados, y un *segundo criterio de imputación de RPPJ*, cuando el delito se haya podido producir a causa de que los dirigentes de la persona jurídica no ejercieron sobre sus subordinados la supervisión, vigilancia y control a los que estaban obligados para evitar que aquello sucediera.

El deber de que los entes colectivos se doten de unos criterios organizativos o, si se quiere, de unos códigos internos de funcionamientos es una recomendación constante en todas las resoluciones de la UE. Ahora bien, en el sistema español la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas se prevé casi exclusivamente para un grupo de delitos *dolosos*, salvo lo dispuesto para los delitos de blanqueo y ambientales. Es cierto que el Código ha incluido en el art. 31 bis-1- b) como causa de generación de responsabilidad penal para la persona jurídica la *ausencia de control exigible de la persona jurídica sobre sus miembros*, lo que doctrinalmente se conoce como *culpabilidad de la persona jurídica por defecto de organización*, pero no hay que olvidar que el *descontrolado* es un sujeto que obra dolosamente.

El razonamiento que lo inspira es sencillo: *las sociedades controlan o tienen el deber de controlar a sus miembros administradores o subordinados*, y siendo así la responsabilidad penal de la persona jurídica puede venir *provocada* por quienes, estando *sometidos a la autoridad* –como expresamente dice el Código– de esas personas físicas realicen los hechos porque así se les indique –supuesto normal

de inducción o de coejecución— o también *porque han podido actuar o delinquir por no haberse ejercido sobre ellos el debido control*, sin perjuicio, por supuesto, de la propia responsabilidad penal que pueda corresponder a los subordinados, que no afecta ni sustituye la de la persona jurídica. Sucede, no obstante, que estamos ante un importante obstáculo: el control puede evitar que se actúe sin el cuidado debido, incluso puede afirmarse que el autor del delito se ha aprovechado de que sus actos no eran controlados. Pero si se trata de una actuación dolosa, en la que por definición el autor ha ejecutado conscientemente un plan delictivo, será difícil sostener que la conducta ha sido posible exclusivamente *por no haberse ejercido control*.

Pero, en cualquier caso, subsiste la duda razonable acerca de cuáles son los “controles” que pueden evitar la decisión *dolosa* de cometer un delito.

La otra cuestión, que se ha transformado en nuclear, es determinar *de qué sirven los planes de control si no evitan el delito cometido por el empleado, y es ahí donde el régimen español de RPPJ muestra sus mayores defectos*.

1. La reforma de 2015

Una de las “novedades” aportadas por la Reforma del Código penal de 30 de marzo de 2015 es la modificación parcial del régimen regulador de la atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas. En pocos casos como en éste las modificaciones de la Parte General parecen directamente dirigidas a, por lo menos, aguar algunas de las aportaciones de la Reforma del año 2010, sin perjuicio de que éstas fueran criticables, y sin olvidar que la regulación de la RPPJ sigue siendo una posibilidad solo teórica, a la vista de la total ausencia de condenas. En este caso estamos ante una “reformulación”, que es la segunda que se registra en esta materia cuando apenas han pasado cuatro años desde su incorporación al Código. La anterior fue la extensión potencial a Partidos políticos y Sindicatos, que fue introducida por la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, dando lugar al correspondiente debate, que aún no se ha cerrado.

La justificación de la reforma es que no estaba claro qué cosa significaba lo del “debido control” sobre los subordinados, y, en paralelo, una interpretación —por cierto, poco conocida— que señalaba que esa imputación en base a la omisión del debido control suponía una puerta abierta a una responsabilidad vicarial y, queda por añadir, “objetivizada”. Es para muchos evidente que el objetivo de la nueva modificación parece destinado a hacer casi imposible la RPPJ así como a favorecer la implantación de sistemas de organización, que a su vez se plasmen en códigos de buenas prácticas, normas de conducta o programas de prevención, lo cual a buen seguro habrá de alegrar a muchos profesionales de la materia, y aquellos que, firmes creyentes en los sistemas de *compliance* están convencidos de que la sola

existencia de esos sistema de prevención puede actuar como cortafuegos para evitar que la actuación de individuos concretos, cualquiera que sea su poder decisor, y que eso pueda transferir responsabilidad penal al ente en cuyo interés actúan. Si los sistemas de prevención no dan el resultado perseguido, solo cabrá lamentarlo, pero, en todo caso, dejando a salvo la responsabilidad de la empresa, que habrá hecho cuanto en su mano estaba para evitarlo.

Cuando critico la fe en los sistemas de *compliance* que algunos penalistas tienen, no es porque sea partidario de un sistema de atribución de RPPJ objetivado y vicarial, sino que el punto de partida es otro: *nunca debió incorporarse al Derecho Penal positivo* la llamada culpabilidad por defecto de organización o responsabilidad por descontrol, que puede tener un sentido en el derecho sancionador administrativo, pero no en el Derecho Penal, y, menos aún, en el Derecho Penal europeo continental. Otra cosa sería en modelos anglosajones en los que, precisamente por la posibilidad de declaración directa de responsabilidad penal de una empresa por su desorganización y descontrol (*Unlawful Organizational Behavior*), esos sistemas de “prevención de la responsabilidad”, tienen otro sentido.

En el Derecho Penal europeo continental es difícil encontrar sistemas reguladores de la RPPJ que, a su vez, incluyan en la Ley penal un sistema de exclusión de responsabilidad por contar con modelos de organización, como acaba de hacerse en el Derecho Penal español. Como he dicho antes, los sistemas de *compliance* son frecuentes en los sistemas de *common law*, pero no en los europeos; aunque solo sean ejemplos, no lo hay ni en Francia, ni en Alemania, ni en Dinamarca ni en Holanda. Pese a eso, es cierto que en algún caso concreto se ha ido abriendo paso la idea de que el desorden organizativo era el fundamento de la imposición de las *sanciones administrativas a las Empresa*. Esa idea, atribuida originariamente a Tiedemann ha ido asentándose y algunos ven en ello el principio básico para la declaración *directa* de responsabilidad administrativa empresarial.

Esa vinculación a la responsabilidad administrativa empresarial es importante, porque en ese terreno sí tiene sentido que el fundamento de la responsabilidad sea el descontrol. Y por eso mismo, el error (para otros, acierto), se cometió con la Reforma de 2010, cuando ésta decidió introducir la segunda vía de imputación de RPPJ: la de no haberse ejercido el “debido control”, de la que hubiera podido *prescindirse*, pues era, y *seguirá siendo* una fórmula jurídica que mal se acomoda al Derecho Penal, como se ha ido poniendo de manifiesto en los pocos años que lleva en vigor. Se ha dicho que la norma introducida en 2010 generaba una posición de garante que recae en todas las personas jurídicas en relación con las acciones u omisiones de sus miembros, lo que equivaldría a introducir un supuesto específico de *omisión impropia*. Las fuentes del deber de controlar pueden buscarse en el derecho de Sociedades, y eso fue históricamente el fundamento de la responsabilidad civil establecida en los arts. 120 3º y 4º del CP.

IV. “COMPLIANCES” Y OMISIÓN IMPROPIA EN MATERIA AMBIENTAL

Con las “fuentes” indicadas es evidente que no bastaría para configurar una base de imputación por una pseudo-omisión impropia, y surge así la idea de que las empresas se doten de códigos de conducta preparados para evitar que se produzcan esas consecuencias. A todo esto, se elude un punto crucial: que la RPPJ se concibe en general para delitos dolosos, *con excepción precisamente de los delitos ambientales* (se puede añadir el blanqueo y el delito de quiebra) y lo doloso se compadece mal con la ideología de la prevención y el cuidado (delito *doloso* que se comete infringiendo normas de prevención), pues en relación con los delitos dolosos la máxima *compliance* es el Código penal.

Ya sé que los partidarios del sistema *compliance* no desprecian ese hecho, sino que estiman que un buen sistema de prevenciones hace *muy difícil* que un delito *doloso* se pueda cometer, lo cual no es verdad. Naturalmente que se puede fortalecer el mandato o prohibición derivado del CP, que en relación con el medio ambiente se plasma en diferentes y sucesivas normas de cuidado, y por eso es necesario recordar severamente a los empleados la necesidad de respetar todas esas normas para evitar que se pueda producir un fallo en la cadena de actividad que acabe generando un daño ambiental. Pero eso no impedirá la ejecución de la decisión de delinquir tomada por los superiores, ni evitará el fallo en la cadena cometido después o por debajo de ellos, y esa eventualidad no parece *fundamento suficiente* para abrir paso a la posibilidad de derivar RPPJ.

La llamada culpabilidad por defecto de organización no puede entenderse —como algún autor sugiere— como una especie de responsabilidad en comisión por omisión de la persona jurídica “garante”...de que no se cometan delitos dolosos, porque eso es absurdo en muchos casos. El reglamento interno (al que luego me referiré) puede, por ejemplo, prohibir aceptar regalos de los proveedores orientados a la corrupción en el sentido del art. 286 bis CP, pero cuesta imaginar qué clase de control puede impedir que un empleado entre dolosamente en el ámbito típico sea ofreciendo o aceptando; y el mismo razonamiento se podrá hacer en otros casos. No quiero con ello decir que no quepan supuestos en los que la supervisión constante haga difícil la ejecución de un plan delictivo, pero *lo que hay que evitar es cualquier clase de automatismo en la derivación de RPPJ por actuación de un empleado en nombre de que todo se puede impedir con el debido control.*

Puede aceptarse —sostener otra cosa sería absurdo— que en una Empresa puede haber descontrol. Y eso podría justificar, en un sistema diferente de RPPJ, una responsabilidad de la empresa por su “desorden estructural”. También es cierto que la conducta negligente de los responsables del control puede *facilitar la conducta delictiva de otros.*

Sería también aceptable que se pudiera establecer una imputación de imprudencia cuando la falta de control coincida con comportamientos imprudentes

(p. ej.: no se revisan técnicamente los vehículos de transporte de tóxicos y eso facilita que se cometa una imprudencia con resultado de vertido; no se analiza adecuadamente la reacción química de una sustancia al verterse en la tierra). Aun cuando no se pudiera trazar una relación precisa entre la falta de cuidado de los responsables de la empresa y el suceso, podríamos aceptar *como creación de la política criminal contemporánea*, tal como desde hace tiempo se hace en el derecho norteamericano, una vía de imputación de responsabilidad penal, bajo lo que tal vez podría clasificarse como “nueva forma de culpabilidad”, lo cual queda muy lejos de la imputación de un delito doloso.

También es comprensible que el descontrol en el funcionamiento de una empresa, en el marco de cuya actividad se ha cometido un delito ambiental, pudiera bastar para la imposición de sanciones administrativas vinculadas al hecho, y no sería escandaloso que esa responsabilidad conviviera con la responsabilidad penal. Más aún: hasta sería comprensible que el descontrol fuese, siguiendo la tesis de Tiedemann, el fundamento de la responsabilidad administrativa directa de la Empresa, pero no de la RPPJ.

1. Los programas de prevención y códigos de conducta

En este panorama entran en escena los códigos de conductas o manuales de buenas prácticas o modelos de organización y funcionamiento, que han sido definidos como “*una declaración expresa de la política, los valores o los principios en que se inspira el comportamiento de una empresa en lo que atañe al desarrollo de sus recursos humanos, a su gestión medioambiental y a su interacción con los consumidores, los clientes, los gobiernos y las comunidades en las que desarrolla su actividad*”. En ellos, claro está, se pueden marcar pautas de comportamiento en relación con el respeto a otras empresas, a la Administración y a terceros, evitar la competencia desleal, respetar a los consumidores o clientes, no dañar el ambiente, no abusar en las relaciones laborales, pero evidentemente la primera obligación, lo incluya o no lo incluya el código ético, *es respetar las leyes y, en lo que aquí interesa, las leyes penales*.

Dando un paso más, podemos aceptar la importancia de esos códigos de conducta, pero no que su mera existencia pueda ser tenida como *la demostración de que se ha ejercido el debido control y que no cabe derivar responsabilidad alguna para la empresa, ni dolosa ni imprudente*. Y ese es el paso que da la Reforma de 2015. Para ello el legislador de 2015 prácticamente copia el sistema establecido en la legislación italiana (Decreto Legislativo 231/2001), que es cuestionada en su país de origen (sin entrar ahora en su escasa aplicación) y que el legislador ha traducido de modo milimétrico. Todo apunta a que se ha impuesto el criterio de los sectores empresariales o de la abogacía empresarial, que abiertamente exigían que no se aceptara la indicación europea de que era preciso introducir el régimen

de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que a lo sumo se admitiera alguna especie de sanción administrativa.

El siguiente paso fue la exigencia de que la implantación de códigos de conducta y modelos de gestión tuviera *eficacia absolutoria*, y no solo atenuadora, especialmente en los casos de la llamada “culpabilidad por defecto de organización”. En lo que alcanzo a saber, nadie comprende dónde se ubicaban “las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación”, y que ahora se pretenden resolver, salvo los encendidos partidarios de las *compliance*, que, o así cabe suponerlo, han de sentirse satisfechos con la reforma, salvo el pequeño nubarrón que supone la desaparición del *delito* de no tener un adecuado sistema de prevención de conductas peligrosas, considerado excesivo desde los primeros momentos del proceso de la Reforma. A partir de la Reforma de 2015 la existencia de un código de buenas prácticas –eso sí, exigiéndose órganos de seguimiento y control– es bastante para *excluir la responsabilidad de la persona jurídica tanto en los casos de “culpabilidad por descontrol” como en los de acciones típicas realizadas 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 suma: que se incluye la posible exención de responsabilidad también cuando el sujeto decisor es quien acumula el mayor poder en la Empresa (cfr. art. 31 bis-2), y es evidente que la exigencia de que haya habido órganos supervisores con capacidad propia y que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, explicable en relación con actos de subordinados, resulta un tanto ingenua en relación con los realizados por los líderes.

En la regulación de la RPPJ introducida en el CP en 2010 no se describían unas circunstancias bajo las cuales *no habría transferencia de RPPJ* pese a que la actuación delictiva lo hubiera sido de los que ostentaban el poder real de la empresa. Con la reforma de 2015, como antes dije, ese concepto de poder efectivo ha sido sustituido por otros en los que no está presente esa nota, que es la *definitoria*. Gracias a esa mutación del concepto es posible configurar *también para esas personas* el fracaso de un sistema de control como condición para la imputación de RPPJ. Es evidente que al máximo líder de una empresa nadie lo supervisa ni puede hacerlo, o el supervisor interno o externo ha sido designado por él mismo o por su grupo de máximo poder. En esa misma línea, el que detenta el poder –con las excepciones que se quiera– no tiene ninguna necesidad de eludir *fraudulentamente* los controles, pues toma la decisión que estima oportuna en cada momento.

La conclusión es fácil de extraer: si la decisión delictiva ha sido adoptada por quienes realmente tienen el poder o la posición de liderazgo en la empresa, el *aparato de controles* no habrá servido para “controlarles”, pero su mera existencia podrá servir para exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica. Y seguramente ese era el objetivo perseguido por los inspiradores de la Reforma.

Si el autor del hecho delictivo pertenece al segundo grupo (subordinados), de acuerdo con lo que dispone el art. 31 bis-4 CP, la exención de RPPJ se producirá si, antes de la comisión del delito, la persona jurídica ha adoptado y ejecutado eficazmente *un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido* o para reducir de forma significativa el *riesgo* de su comisión. Es fácil apreciar cómo se restringen, en estos supuestos, las posibilidades de *contagiar a la Empresa*: ese contagio se evita si antes del hecho se hubiera dispuesto un modelo dotado de esa eficacia, la cual, por cierto, demostrará su insuficiencia precisamente con la comisión del delito. Pero es que, además, en el art. 1-b) se exige que los directivos o responsables de controlar hayan incumplido *gravemente* los deberes de supervisión, situación que es más significativa que la mera omisión del control debido. Por lo tanto, solo en los casos en los que se pueda afirmar que no ha habido un adecuado modelo de organización y que ha habido un descontrol de especial gravedad se podrá derivar RPPJ.

Hay que tener en cuenta que la idea última que subyacía a la llamada responsabilidad por descontrol, al menos en la formulación de 2010, era la de que los subordinados han delinquido porque se les ha posibilitado o permitido hacerlo. Tras las modificaciones de 2015 el planteamiento de la cuestión es diferente: la transferencia de RPPJ depende no solo de que unas personas no hayan ejercido adecuadamente su deber de control, sino, también, de que eso lo hayan hecho gravemente y *además*, de que no hubiera un modelo de organización. Para algunos comentaristas eso supone un “refuerzo de garantías” que coloca al sistema por encima de la simple imputación de RPPJ basada en la negligencia de los directivos, al añadir el programa de prevención.

Detrás de la defensa de la existencia de esa segunda forma de RPPJ latía el legítimo deseo de introducir en nuestra cultura jurídica el sistema de *compliance* anglosajón, lo cual hubiera podido hacerse mediante leyes mercantiles pero tal vez esa opción hubiera frustrado el afán de incorporar las *compliances* al Derecho Penal. El siguiente objetivo, que ya no afecta solamente a la modalidad de RPPJ por defecto de organización, sino también a la derivada de las actuaciones de los líderes de la empresa, es el evidente propósito de establecer un sistema que haga casi *imposible* la declaración de RPPJ.

No quiero cerrar este punto sin hacer mención a un argumento que ha sido blandido por los defensores de la “culpabilidad por descontrol”: que su introducción en el Derecho Penal viene determinada por la necesidad de cumplir un mandato europeo. De ser cierta esa afirmación lo primero que habría que señalar es que un buen número de Estados europeos están incumpliendo ese mandato. Pero lo cierto es que no es esa la situación: Es cierto que en diferentes Directivas se declara que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de los máximos responsables de las Empresas haya hecho posible

que se realicen determinadas conductas delictivas., pero en ninguna de las resoluciones europeas que van en esa dirección, se incluye indicación de incorporar a la ley penal nada que se parezca a lo que hace el legislador español. Tampoco se dice que el descontrol haya de generar la declaración de RPPJ, y más contundente habría sido nuestro sistema si efectivamente se previera la posibilidad de fuertes sanciones administrativas por descontrol que fueran plenamente compatibles y paralelas a la responsabilidad penal de las personas físicas supuestamente “descontroladas” que habrían cometido el delito.

V. RESPONSABLES INDIVIDUALES POR DOLO Y POR IMPRUDENCIA

Al meditar sobre la idea legislativa de que la conducta de un sujeto es la que produce por extensión la responsabilidad penal de la persona jurídica se comprende que puede suceder que el hecho delictivo de que se trate pueda imputarse a varias personas a la vez, o que sea difícil señalar a una sola. Estas situaciones llevan al problema –diferente– de la imputación de la autoría en relación con los actos que emanan de las grandes organizaciones.

En los *delitos dolosos* es evidente que el autor ha de ser el que ha realizado el tipo (en su caso con la aplicación del art. 31 CP), y habrá que valorar la responsabilidad de los superiores, para lo cual el primer paso ha de ser indagar si la conducta se ha realizado *en beneficio de la empresa o de esos superiores*. Establecido ese paso –y recordemos que estamos tratando de organizaciones empresariales, no de grupos criminales– preciso será identificar a los impulsores de la actuación delictiva, y, llegando a ellos, determinar si se trata de *autores mediatos, coautores o inductores*. En esencia la cuestión es clara: establecer *cuántas personas físicas* han de responder por ese delito que también genera responsabilidad de la persona jurídica.

Lógicamente partimos de un presupuesto: que los directivos han dictado una orden cuyo cumplimiento implica la comisión de un delito, que a su vez ha cometido un subordinado plenamente consciente (de no ser así, sería un caso normal de autoría mediata) de la significación jurídica de lo que hacía, no será posible hablar de autoría mediata, pero tampoco será aceptable que los que detentan el poder de decisión queden reducidos a inductores de lo que ha hecho un subordinado.

La vía de la imputación de inducción encierra sus dificultades, de las que destacaré dos: que rebaja a los superiores a “partícipes” y, en segundo lugar, que abre el interrogante sobre qué hacer con la llamada *inducción en cadena*. Así las cosas solo queda la posibilidad de entender que en esas situaciones, considerando el *compartido* poder de decisión que tienen superiores y subordinados (sin entrar en motivos personales para obrar, como pueda ser el miedo al despido u otra cosa) creo que lo correcto es *calificar la conducta de todos y cada uno como de coautoría del hecho*, concepto que, como antes dije, es superior o más amplio que el de *acción típica*. Todos pueden ser autores, aunque sus momentos de entrada en escena difieran en

la secuencia temporal. Para acoger esa coautoría basta con tener presente que se vincula al *hecho*, que es un concepto más amplio en el tiempo y en el espacio, y se puede hacer sin forzar el sentido de la ley, esto es, sin acudir a una desmesurada ampliación del concepto de coautoría, como hacen algunos penalistas seguidores de planteamientos funcionalistas-normativistas, que por su propia base ideológica se separan del hecho y razonan sobre postulados diferentes.

Si un subordinado decide *dolosamente* cometer un delito es muy probable que no haya programa de *compliance* que lo pueda evitar. Decidir declarar la RPPJ porque no ha habido una prevención suficiente es contrario a la naturaleza de las cosas, y bastante será que frente a terceros se garantice una responsabilidad patrimonial solidaria.

En los *delitos imprudentes* la situación es del todo diferente. Puede suceder que la decisión de obrar sin respeto al cuidado debido haya partido de quien tiene el poder máximo en la empresa, como puede suceder que el comportamiento imprudente, que ha provocado un daño ambiental, sea atribuible a los subordinados que han despreciado normas de cuidado, *estén o no en un programa de compliance*.

Por último, puede suceder que la imprudencia sea *acumulativa*, esto es, que en cada estadio de la génesis de una decisión se haya incumplido un deber de cuidado, esto es: que cada estadio sucesivo haya incrementado el riesgo del resultado finalmente producido. De acuerdo, entonces, con la posibilidad de imputación objetiva, *se podrá imputar un delito imprudente a todos o a alguno de los sujetos intervinientes en la cadena decisoria*. La responsabilidad patrimonial de la empresa será fácilmente declarable.

La cuestión esencial es preguntarse si en una acumulación *de imprudencias* es motivo suficiente, en el plano político-criminal, para declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica en nombre de la falta de sistemas de prevención del riesgo en forma de código de buenas prácticas, y la respuesta creo ha de ser negativa.

VI. CONCLUSIÓN

Resumiendo lo dicho, creo necesaria la existencia de la RPPJ, pero creo desafortunada la incorporación al Derecho Penal (español) de la llamada culpabilidad por defecto de organización o descontrol, y estimo que no debiera existir, y, aún menos, como razón que hace necesaria la existencia de los programas de prevención y control.

Todos los delitos imprudentes tienen la esencia de su componente injusto en la violación de una norma de cuidado. Los programas de *compliance* parecen haber redescubierto la necesidad de que haya normas de cuidado, cuando éstas existen con o sin modelos de organización y control.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas debe limitarse a los delitos dolosos, *y no debe existir en relación con los delitos imprudentes*, al menos cuando se

trate de actuaciones de subordinados. Con ello nada se dice acerca de dos aspectos importantes: cuál haya de ser el sentido del dolo (que ha de llegar al dolo eventual) y quién ha de responder por los delitos dolosos de los subordinados, en materia ambiental y en cualquiera otra, que ha de ser la empresa, siempre que, de uno u otro modo, han obrado en el marco de las actividades propias de ésta.