

Delitos económicos y empresariales

Delitos económicos y empresariales

Borja Almodóvar Puig
Jaime Campaner Muñoz
María Gutiérrez Rodríguez
Juan Hernández Carande
Rubén Herrero Giménez
Alfredo Liñán Lafuente
Manuel Ollé Sesé
David Pavón Herradón
M^a. Teresa Requejo Naveros
Luis del Río Montesdeoca
Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria
Guillermo Ruiz Blay

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN:
Depósito Legal:

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Lista de Autores

Borja Almodóvar Puig

Profesor de Derecho Penal en la Universidad Pontificia Comillas.
Abogado en Deloitte Legal

Jaime Campaner Muñoz

Prof. Titular (acr.) de Derecho procesal y penal
Universidad de las Islas Baleares
Abogado

Luis del Río Montesdeoca

Fiscal Superior de Canarias
Doctor en Derecho
Profesor asociado de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

María Gutiérrez Rodríguez

Profesora Titular (acr.) de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid

Juan Hernández Carande

Gestor de prestaciones de la Seguridad Social
Abogado

Rubén Herreno Giménez

Profesor de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid y
Profesor externo contratado de la Universidad Europa de Madrid.
Abogado

Alfredo Liñán Lafuente

Profesor de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

David Pavón Herradón

Profesor Asociado de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid y Profesor Adjunto de Derecho penal, Derecho procesal penal y Criminología en la Universidad Europea de Madrid

Abogado

Manuel Ollé Sesé

Profesor de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

Abogado

M^a. Teresa Requejo Naveros

Profesora de Derecho penal de la Universidad Pontificia Comillas.

Abogada

Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria

Abogado

Rodríguez - Ramos Abogados

Guillermo Ruiz Blay

Profesor de Derecho penal del Centro Universitario Villanueva

Abogado

ÍNDICE

Abreviaturas.....	33
Prólogo.....	35
Capítulo I. Cuestiones Generales del Derecho penal económico y de la empresa.....	37
I. Derecho penal económico o de la empresa: concepto y contenido	38
1.1. Estructura y actividad empresarial como realidad a contemplar por las normas y por la actividad judicial.....	38
1.2. Bienes jurídicos involucrados	39
1.3. Leyes penales en blanco.....	41
1.4. Elementos normativos	43
1.5. La decisión legislativa y la actividad judicial supranacional: Unión Europea.....	45
1.6. La generación de normativa internacional.....	47
1.7. El soft law y otros complementos normativos	49
1.8. La extensión de la jurisdicción de los Estados: atracción del enjuiciamiento de hechos	50
1.9. La coordinación entre jurisdicciones y procesos	51
1.10. Retos dogmáticos comunes.....	53
II. Tipicidad y Derecho penal económico o de la empresa.....	55
2.1. Carácter fragmentario del Derecho penal y definición del objeto jurídico y de su forma de protección penal a través del resto del ordenamiento jurídico	55
2.2. La definición de la conducta típica y su relación con el mundo físico objeto de prueba.....	60

2.3.	Autoría y participación en el Derecho penal económico o de la empresa	64
2.4.	Cuestiones de relevancia	70
III.	Cuestiones afectantes a la Culpabilidad.....	74
3.1.	La relación del sujeto activo con la norma extrapenal: simulación, fraude de ley, economía de opción	74
3.2.	Error de tipo: elementos normativos	75
3.3.	Error de prohibición: normativa de reenvío y sesgos cognitivos	75
IV.	Cuestiones afectantes a la antijuridicidad	76
4.1.	Consentimiento del titular del bien jurídico.....	76
4.2.	Autorizaciones oficiales, actuación de los supervisores oficiales y de expertos privados independientes	77
V.	Teoría del delito de la persona jurídica.....	78
5.1.	Presupuestos para la concurrencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica	79
5.2.	Elementos de la responsabilidad penal de la persona jurídica.....	80
	BIBLIOGRAFÍA	82

Capítulo II.	La responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	83
I.	Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro Código Penal.....	83
1.1.	Delitos corporativos y responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	83
1.2.	Delitos afectados por el régimen de responsabilidad penal corporativa	86
1.3.	Independencia de la responsabilidad penal de la persona física y la jurídica	88
1.4.	Penas aplicables a las personas jurídicas	88
1.5.	Circunstancias atenuantes	89
1.6.	La persona jurídica como sujeto de imputación	90
1.7.	Fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.....	92

II.	Modelos de cumplimiento penal.....	93
2.1.	Designación de un órgano de cumplimiento o <i>compliance officer</i> con poderes de iniciativa y control	94
2.2.	Identificación de riesgos penales (actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos)	95
2.3.	Identificación de controles (establecimiento 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)	98
2.4.	Disposición de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos	100
2.5.	Canales de denuncias (imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención)	101
2.6.	Sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo	102
2.7.	Verificación periódica del modelo	103
2.8.	Formación	104
III.	Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica.....	104
IV.	Muerte del reo, que en el presente caso equivaldría a la disolución de la persona jurídica	104
VI.	Casos prácticos	105
	BIBLIOGRAFÍA	105
	Capítulo III. Estafas y otras defraudaciones	107
I.	Introducción	108
II.	Esquema de la conducta típica.....	108
III.	Elementos típicos	109
3.1.	Bien jurídico protegido	109
3.2.	Sujeto activo	109
3.3.	Sujeto pasivo	109
3.4.	Objeto material	109
3.5.	Conducta típica	110

3.6. Elemento subjetivo	115
IV. Conductas típicas en particular	116
4.1. Tipo básico: 248.1 CP.....	116
4.2. Conductas castigadas como estafas	116
4.3. Art. 250 CP. Tipo agravado de estafa	118
4.4. Delito leve de estafa y las agravantes del artículo 250 CP.....	120
4.5. Estafa híper agravada 250.2 CP.....	121
4.6. Estafas impropias	121
V. Responsabilidad penal de la persona jurídica	122
VI. Supuestos prácticos.....	123
DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS ELÉCTRICOS Y ANÁLOGOS	124
I. Defraudación de fluidos eléctricos y análogos	124
1.1. Bien jurídico protegido	124
1.2. Sujeto activo	125
1.3. Sujeto pasivo.....	125
1.4. Objeto material	125
1.5. Conducta típica.....	126
1.6. Iter criminis	126
1.7. Elemento subjetivo	127
II. Delito de uso de terminal de telecomunicaciones sin permiso	127
2.1. Bien jurídico protegido	127
2.2. Sujeto activo	127
2.3. Sujeto pasivo.....	128
2.4. Conducta típica.....	128
2.5. Objeto material	128
2.6. Iter criminis	129
2.7. Elemento subjetivo	129
III. Supuestos prácticos.....	130
Bibliografía.....	131

Capítulo IV. Administración desleal, Apropiación indebida y Malversación	133
Introducción.....	134
ADMINISTRACIÓN DESLEAL	136
I. Esquema de la conducta típica.....	136
II. Elementos típicos	136
2.1. Bien jurídico protegido	136
2.2. Sujeto activo	137
1.3. Sujeto pasivo.....	137
1.4. Objeto material	138
1.5. Conducta típica.....	138
III. Casos prácticos.....	142
APROPIACIÓN INDEBIDA	144
I. Esquema de la conducta típica.....	144
II. Elementos típicos	145
2.1. Bien jurídico protegido	145
2.2. Sujeto activo	145
2.3. Sujeto pasivo.....	145
2.4. Objeto material	146
2.5. Conducta típica.....	146
2.6. El perjuicio sobre el patrimonio	149
2.7. Elemento subjetivo	149
III. Conductas típicas en particular	149
3.1. Art. 253. Comportamiento principal de apropiación indebida	149
3.2. Art. 254. Comportamiento subsidiario de apropiación indebida	150
IV. Casos prácticos.....	151
MALVERSACIÓN	153
I. Esquema de la conducta típica.....	153
II. Elementos típicos	154
2.1. Bien jurídico protegido	154
2.2. Sujeto activo	155

2.3.	Sujeto pasivo.....	156
2.4.	Objeto material	156
2.5.	Conducta típica.....	157
2.6.	Elemento subjetivo	158
2.7.	Responsabilidad penal de la persona jurídica	158
III.	Conductas típicas en particular	158
3.1.	Art. 432.1. Tipo básico de malversación como modalidad de administración desleal sobre el patrimonio público.....	158
3.2.	Art. 432.2. Tipo básico de malversación como modalidad de apropiación indebida sobre el patrimonio público.....	159
3.3.	Art. 432.3. Tipos agravados.....	160
3.4.	Art. 433. Tipo atenuado.....	160
3.5.	Art. 433 bis. Fraude contable o documental para causar un perjuicio económico a la entidad pública o facilitar información mendaz.....	160
3.6.	Art. 434 Circunstancia atenuante específica.....	161
IV.	Casos prácticos	162
	Bibliografía.....	162

Capítulo V. Frustración de la ejecución. Alzamiento de bienes e insolvencias punibles..... 165

I.	Preliminar. El incumplimiento punible de las obligaciones del deudor. La sistemática legal. Consideraciones generales	166
II.	La frustración de la ejecución.- Alzamiento de bienes.....	168
2.1.	El tipo básico.....	168
2.2.	Los tipos agravados	171
2.3.	Los tipos especiales:.....	172
2.4.	La responsabilidad de las personas jurídicas	174
2.5.	La responsabilidad civil	175
III.	La insolvencia punible.....	176
3.1.	Concepto	176
3.2.	Los tipos básicos.....	177
3.3.	Dolo e imprudencia	179
3.4.	Los tipos agravados	179
3.5.	La responsabilidad de las personas jurídicas (Art. 31 bis CP) ...	181

3.6. La responsabilidad civil	181
3.7. La Ley Concursal.....	181
IV. Supuestos prácticos.....	185
Bibliografía.....	186

Capítulo VI. Delitos contra la propiedad intelectual e industrial..... 189

I. Introducción	190
II. Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y ss. C.P.).....	190
2.1. Bien jurídico protegido	190
2.2. Objeto material	191
2.3. Tipo básico.....	191
1.4. Elementos comunes a las distintas modalidades típicas	193
2.5. Tipos agravados.....	194
2.6. Responsabilidad civil.....	195
III. Delitos contra la propiedad industrial (arts. 273 y ss. C.P.)	195
3.1. Bien jurídico protegido	195
3.2. Modalidades típicas.....	196
3.3. Tipo agravado	200
3.4. Descubrimiento de patente secreta	200
IV. Responsabilidad penal de la persona jurídica.....	200
V. Medidas de carácter procesal aplicable a estos delitos	200
VI. Casos prácticos	202
Bibliografía.....	202

Capítulo VII. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa..... 203

I. Introducción	204
II. Elementos típicos	204
2.1. Bien jurídico protegido	204
2.2. Objeto material	205

III.	Espionaje empresarial	206
3.1.	Tipo básico	206
3.2.	Sujeto activo	207
3.3.	Sujeto pasivo	207
3.4.	Objeto material	207
3.5.	Elemento subjetivo	207
3.6.	Tipo agravado	208
3.7.	Cláusula concursal	208
IV.	Deslealtad empresarial.....	209
4.1.	Tipo básico	209
4.2.	Tipo atenuado	210
IV.	Divulgación de secretos por terceros.....	210
V.	Responsabilidad penal de la persona jurídica	211
VI.	Casos prácticos	212
	Bibliografía.....	212

Capítulo VIII. Delitos contra los consumidores 213

	DETRACCIÓN DE MATERIAS PRIMAS DEL MERCADO	214
I.	Introducción	214
II.	Elementos típicos	214
2.1.	Bien jurídico	214
2.2.	Sujeto activo	215
2.3.	Sujeto pasivo	215
2.4.	Objeto material	215
2.5.	Conducta típica	216
2.6.	<i>Iter criminis</i>	216
2.7.	Elemento subjetivo del injusto	217
III.	Requisito-condición de procedibilidad	218
IV.	Responsabilidad penal de la persona jurídica	218
V.	Medidas complementarias. Publicación de la resolución.	219
VI.	Tipo agravado.....	219

DELITO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA	220
I. Introducción	220
II. Elementos típicos	220
2.1. Bien jurídico protegido	220
2.2. Sujeto activo	223
2.3. Sujeto pasivo	223
2.4. Objeto material	224
2.5. Conducta típica	225
2.6. <i>Iter criminis</i>	226
2.7. Elemento subjetivo del injusto	227
III. Requisito o condición de procedibilidad	227
IV. Responsabilidad penal de la persona jurídica	227
V. Medidas complementarias. Publicación de la resolución	228
DELITO DE FACTURACIÓN FRAUDULENTA A TRAVÉS DE APARATOS MECÁNICOS	229
I. Introducción	229
II. Elementos típicos	229
2.1. Bien jurídico protegido	229
2.2. Sujeto activo	230
2.3. Sujeto pasivo	230
2.4. Objeto material	230
2.5. Conducta típica	231
2.6. <i>Iter criminis</i>	232
2.7. Elemento subjetivo del injusto	232
III. Requisito o condición de procedibilidad	232
IV. Responsabilidad penal de la persona jurídica	232
V. Medidas complementarias. Publicación de la resolución	233
MANIPULACIÓN EN MEDIOS Y SERVICIOS	234
I. Introducción	234
II. Elementos típicos	235
2.1 Bien jurídico protegido	235
2.2 Sujeto activo	237
2.3. Sujeto pasivo	239

2.4. Objeto material	239
2.5. Conducta típica.....	239
2.6. <i>Iter criminis</i>	242
2.7. Elemento subjetivo del injusto.....	242
III. Requisito o condición de procedibilidad.....	242
IV. Responsabilidad penal de la persona jurídica	243
V. Medidas complementarias. Publicación de la resolución	243
VI. Supuestos prácticos	244
Bibliografía	245

Capítulo IX. Delitos contra el mercado de valores y la competencia..... 249

FRAUDE DE INVERSORES.....	250
I. Esquema de la conducta típica.....	250
II. Elementos típicos	251
2.1. Bien jurídico protegido	251
2.2. Sujeto activo	251
2.3. Sujeto pasivo.....	252
2.4. Objeto material	252
2.5. Conducta típica.....	255
2.6. Elemento subjetivo	255
2.7. <i>Iter criminis</i>	255
2.8. Responsabilidad penal de la persona jurídica	256
2.9. Concursos.....	256
2.10. Requisitos de perseguibilidad.....	257
III. Conductas típicas en particular	257
IV. Supuestos prácticos.....	258
UTILIZACIÓN Y COMUNICACIÓN DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA	260
I. Introducción	260
II. El artículo 285 CP	261
2.1. Tipo básico.....	261
2.2. Bien jurídico protegido	261

2.3. Objeto material: La información privilegiada	262
2.4. Sujeto activo	263
2.5. Sujeto pasivo	264
2.6. La conducta típica	264
2.7. <i>Iter criminis</i> : La consumación del delito	266
2.8. Tipos agravados: 285 bis y 285 ter CP	268
III. Inclusión del nuevo tipo delictivo de comunicación de información privilegiada. Art. 285 bis CP y el problema de las prospecciones de mercado	270
3.1. La conducta específica de las prospecciones de mercado	271
3.2. La comisión por omisión de la revelación de la información privilegiada	273
IV. Los actos preparatorios	274
V. Responsabilidad penal de la persona jurídica	275
VI. Supuestos prácticos	275
ALTERACIÓN/ABUSO DEL MERCADO	276
I. Introducción	276
II. El artículo 284 CP	276
2.1. Manipulación a través de violencia, amenaza o engaño	277
2.2. Manipulación utilizando información engañosa	278
2.3. Manipulaciones operativas	282
2.4. Responsabilidad penal de la persona jurídica	283
III. Supuestos prácticos	284
Bibliografía	284
Capítulo X. Corrupción en los negocios	287
I. Esquema de la conducta típica	288
II. Elementos típicos	290
2.1. Bien jurídico	290
2.2. Sujeto activo	291
2.3. Sujeto pasivo	293
2.4. Objeto material	294
2.5. Conducta típica	294

2.6. Elemento subjetivo	295
2.7. Iter criminis	296
2.8. Responsabilidad penal de la persona jurídica	297
2.9. Concursos	297
2.10. Penalidad	298
III. Conductas típicas en particular	300
IV. Casos prácticos	304
Bibliografía	304
 Capítulo XI. Cohecho, Tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales.....	 307
COHECHO	307
I. Esquema de la conducta típica	308
II. Elementos típicos	309
2.1. Bien jurídico protegido	309
2.2. Sujeto activo	310
2.3. Sujeto pasivo	311
2.4. Objeto material	311
2.5. Conducta típica	311
2.6. Elemento subjetivo	312
2.7. Iter criminis	312
2.8. Responsabilidad penal de la persona jurídica	312
2.9. Concursos	313
2.10. Penalidad	313
III. Conductas típicas en particular	314
IV. Casos prácticos	319
TRÁFICO DE INFLUENCIAS	321
I. Esquema de la conducta típica	321
II. Elementos típicos	322
2.1. Bien jurídico protegido	322
2.2. Sujeto activo	322
2.3. Sujeto pasivo	323
2.4. Conducta típica	323

2.5. Elemento subjetivo	324
2.6. Iter criminis	325
2.7. Responsabilidad penal de la persona jurídica	325
2.8. Concursos	325
2.9. Penalidad	326
III. Conductas típicas en particular	326
IV. Casos prácticos	329
FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES	330
I. Fraudes (Art. 436 CP). Esquema de la conducta típica	330
II. Elementos típicos	330
2.1. Bien jurídico protegido	330
2.2. Sujeto activo	331
2.3. Sujeto pasivo	331
2.4. Objeto material	331
2.5. Conducta típica	331
2.6. Elemento subjetivo	332
2.7. Concursos	332
2.8. Competencia	332
III. Exacciones ilegales (Art. 437 CP). Esquema de la conducta típica	332
IV. Elementos típicos	332
4.1. Bien jurídico protegido	332
4.2. Sujeto activo	332
4.3. Sujeto pasivo	333
4.4. Objeto material	333
4.5. Conducta típica	333
4.6. Elemento subjetivo	333
4.7. Concursos	333
V. Estafa y fraude de prestaciones a la Seguridad Social agravados: artículo 438 CP	333
VI. Elementos típicos	334
6.1. Bien jurídico protegido	334
6.2. Sujeto activo	334
6.3. Sujeto pasivo	334
6.4. Objeto material	334

6.5. Conducta típica.....	334
6.6. Elemento subjetivo	334
6.7. Concursos.....	334
VII. Casos prácticos.....	335
Bibliografía.....	335

Capítulo XII. Delito de financiación ilegal de partidos políticos..... 337

I. Introducción	338
II. Elementos típicos	339
2.1. Bien jurídico	339
2.2. Sujeto activo.....	339
2.3. Sujeto pasivo.....	340
2.4. Objeto material	340
2.5. Conducta típica.....	340
2.6. Iter criminis	342
2.7. Elemento subjetivo	342
2.8. Responsabilidad penal de las personas jurídicas	342
III. Supuestos prácticos.....	343
Bibliografía.....	343

Capítulo XIII. Delitos societarios..... 345

I. Esquema de la conducta típica.....	345
II. Elementos típicos	346
2.1. Bien jurídico protegido	346
2.2. Sujeto activo.....	347
2.3. Sujeto pasivo.....	348
2.4. Concepto de sociedad	348
2.5. Objeto material	349
2.6. Conducta típica.....	350
2.7. Elemento subjetivo	351
2.8. Iter criminis	352
2.9. Concursos.....	352

2.10. Penalidad	353
III. Conductas típicas en particular	354
3.1. El delito de falsedad en los documentos de la sociedad: 290 C.P.	354
3.2. El delito de imposición de acuerdos abusivos (art. 291 CP) ...	355
3.3. El delito de imposición de acuerdos lesivos (art. 292 CP)	357
3.4. El delito de negación de ciertos derechos a los socios (art. 293)	358
3.5. El delito de negación o impedimento de la inspección o supervisión (art. 294 CP)	360
IV. Casos prácticos	361
Bibliografía	361

Capítulo XIV. El delito de blanqueo de capitales y otras conductas afines

I. Consideraciones previas	364
II. Esquema de la conducta típica	365
III. Elementos típicos	365
3.1. Bien jurídico protegido	365
3.2. Sujeto activo: la punición del auto-blanqueo	366
3.3. Sujeto pasivo	367
3.4. Objeto material	367
2.5. Conductas típicas	368
3.6. Elemento subjetivo	370
IV. Conductas típicas en particular	371
4.1. Tipo básico: art. 301 CP	371
4.2. Tipos agravados:	372
V. Responsabilidad penal de la persona jurídica	373
VI. Cuestiones diversas	373
6.1. Actos preparatorios punibles	373
6.2. Formas imperfectas de ejecución	373
6.3. Delito continuado	374
6.4. Cláusula de extra-territorialidad	374
6.5. Decomiso	374

6.6. Infracciones administrativas	375
VII. Figuras delictivas afines al blanqueo de capitales	375
7.1. Receptación (art. 298 CP)	375
7.2. Encubrimiento (art. 451 CP)	376
VIII. Supuestos prácticos.....	378
Bibliografía.....	379
 Capítulo XV. Fraude de subvenciones y ayudas	 381
I. Elementos típicos	382
1.1. Bien jurídico protegido	383
1.2. Objeto material	384
1.3. Conducta típica	384
1.4. Sujeto activo	391
1.5. Sujeto pasivo	392
1.6. Elementos subjetivos	392
1.7. Iter criminis	392
1.8. Autoría y participación	393
II. Conductas típicas en particular	393
2.1. Tipos básicos y privilegiados	393
III. Reintegro de cuantías en los dos primeros meses desde la citación en el proceso penal	394
IV. Colaboración del partícipe	394
V. Responsabilidad penal de la persona jurídica	394
VI. Concursos.....	395
6.1. De normas	395
6.2. Concurso real de delitos	399
6.3. Concurso ideal/medial de delitos	401
VII. Otras cuestiones.....	401
7.1. Prescripción	401
7.2. Coordinación con otros procedimientos	402
7.3. Intereses de demora	404
VIII. Casos prácticos	405
Bibliografía.....	407

Capítulo XVI. Delitos contra la Hacienda Pública	409
I. Elementos típicos	410
1.1. Bien jurídico	411
1.2. Sujeto activo	411
1.3. Sujeto pasivo	412
1.4. Objeto material	413
1.5. Conducta típica	423
1.6. Resultado	427
1.7. Elementos subjetivos	428
1.8. <i>Iter Criminis</i> : Consumación y tentativa	431
1.9. Autoría y participación	433
1.9. Regularización como «verdadero reverso» del delito: Art. 305.4 CP	435
II. Conductas típicas en particular	438
2.1. Tipo básico	438
2.2. Tipos agravados	438
1.3. Tipos privilegiados	439
III. Concursos	439
2.1. Concurso de normas	439
2.2. Concurso de delitos	441
IV. Responsabilidad civil derivada del delito: Arts. 305.5 y 305.7 CP	443
4.1. Cuestiones generales	443
4.2. Responsables asociados a la deuda tributaria	443
4.3. Vía administrativa de recaudación paralela al procedimiento penal (art. 305.5 CP)	444
4.4. Ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil (art. 305.7 CP)	444
V. Prescripción	445
5.1. Prescripción de la deuda tributaria	445
5.2. Prescripción del delito	445
VI. Otras cuestiones	446
6.1. Legislación tributaria aplicable	446
6.2. Aplicación retroactiva de las modificaciones legislativas fiscales. Ley penal en blanco	447

6.3. Coordinación de las actuaciones administrativas con las de investigación penal.	448
VII. Casos prácticos.....	451
Bibliografía.....	452
 Capítulo XVII. Delitos contra los intereses de la Unión Europea	 453
I. Elementos típicos	454
1.1. Tipicidad tras la LO 1/2019: arts. 305.3 CP y 308 CP, olvidando el legislador derogar el 306 CP.	455
1.2. Bien jurídico protegido	460
1.3. Objeto material	460
1.4. Conducta típica	461
1.5. Regularización y reintegro de las cuantías	462
1.6. Sujeto activo	462
1.7. Sujeto pasivo	463
1.8. Elemento subjetivo	463
1.9. Autoría y participación	463
II. Conductas típicas en particular	463
2.1. Cuantía de las conductas típicas desarrolladas y tipos aplicables	463
2.2. Fraude de ingresos europeos agravados	464
2.3. Tipos privilegiados de fraude de gastos europeos	464
III. Concursos.....	465
IV. Otras cuestiones.....	465
V. Casos prácticos	466
Bibliografía.....	467
 Capítulo XVIII. Delitos de defraudación a la Seguridad Social ...	 469
I. Introducción	470
II. Elementos típicos	471
2.1. Bien jurídico protegido	471
2.2. Sujeto activo. Autoría y participación	472

2.3. Sujeto pasivo.....	475
2.4. Objeto material	476
2.5. Conducta típica.....	476
2.6. Elemento subjetivo	482
2.7. Cuota defraudada, devoluciones o deducciones indebidas	484
2.8. <i>Iter criminis</i> . Consumación y desistimiento.....	488
III. Regularización	493
IV. Atenuación de la pena	497
V. Atenuantes de reparación y analógica de confesión tardía	499
VI. Tipo agravado.....	501
VII. Pena	502
VIII. Litispendencia y <i>bis in idem</i> : principio de supremacía relativa del orden penal respecto del administrativo. Medidas cautelares.....	504
IX. Ejecución de la pena de multa y de la responsabilidad civil: delegación jurisdiccional.....	506
X. Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.....	507
XI. Concursos.....	509
XII. Supuestos prácticos.....	510
DELITO DE FRAUDE EN EL DISFRUTE DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. ART. 307 TER CP	511
I. Introducción	511
II. Elementos típicos	511
2.1. Bien jurídico protegido	512
2.2. Sujeto activo	512
2.3. Sujeto pasivo.....	513
2.4. Objeto material	514
2.5. Conducta típica.....	521
2.6. <i>Iter criminis</i>	523
2.7. Elemento subjetivo	523
2.8. Regularización. Art. 307. ter. 3 CP.....	523
2.9. Reintegro paralelo en vía administrativa. Art. 304. ter. 4. CP	524
2.10. Tipo atenuado por regularización tardía. Art. 307.ter.6 CP....	524
2.11. Responsabilidad penal de la persona jurídica	524

III. Supuestos prácticos.....	525
Bibliografía.....	525

Capítulo XIX. Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra los ciudadanos extranjeros..... 527

Introducción.....	528
-------------------	-----

IMPOSICIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO PERJUDICIALES..... 530

I. Introducción	530
II. Elementos típicos	531
2.1. Bien jurídico protegido	531
2.2. Sujeto activo	532
2.3. Sujeto pasivo.....	533
2.4. Objeto material	533
2.5. Conducta típica.....	533
2.6. <i>Iter criminis</i>	537
2.7. Elemento subjetivo	538
III. Supuesto práctico.....	539

CONTRATACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES..... 540

I. Introducción	540
II. Elementos típicos	540
2.1. Bien jurídico protegido	540
2.2. Sujeto activo	541
2.3. Sujeto pasivo.....	541
2.4. Objeto material	541
2.5. Conducta típica.....	541
2.6. <i>Iter criminis</i>	542
2.7. Elemento subjetivo	542

TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA..... 543

I. Introducción	543
II. Esquema de la conducta típica.....	543
III. Elementos típicos	544
3.1. Bien jurídico protegido	544

3.2. Sujeto activo	544
3.3. Sujeto pasivo	545
3.4. Objeto material	545
3.5. Conducta típica	545
3.6. <i>Iter criminis</i>	547
3.7. Elemento subjetivo	547
IV. Supuesto práctico	548
EMIGRACIÓN FRAUDULENTA	549
I. Introducción	549
II. Esquema de la conducta típica	549
III. Elementos típicos	549
3.1. Bien jurídico protegido	549
3.2. Sujeto activo	550
3.3. Sujeto pasivo	550
3.4. Objeto material	550
3.5. Conducta típica	550
3.6. <i>Iter criminis</i>	550
3.7. Elemento subjetivo	550
IV. Supuesto práctico	551
DISCRIMINACIÓN LABORAL CON DESOBEDIENCIA	552
I. Esquema de la conducta típica	552
II. Elementos típicos	552
2.1. Bien jurídico protegido	552
2.2. Sujeto activo	553
2.3. Sujeto pasivo	553
2.4. Objeto material	554
2.5. Conducta típica	554
III. Casos prácticos	557
OBSTACULIZACIÓN AL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL Y EL DERECHO DE HUELGA	558
I. Esquema de la conducta típica	558
II. Elementos típicos	559
2.1. Bien jurídico protegido	559

2.2. Sujeto activo	559
2.3. Sujeto pasivo	560
2.4. Objeto material	560
2.5. Conducta típica	560
III. Casos prácticos	564
DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO	565
I. Esquema de la conducta típica	565
II. Elementos típicos	565
2.1. Sujeto activo	565
2.2. Sujeto pasivo	566
2.3. Objeto material	566
2.4. Conducta típica	566
2.5. Resultado	567
2.6. Elemento subjetivo	567
2.7. Delito imprudente: artículo 317 CP	568
2.8. Concursos	568
III. Casos prácticos	569
DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS	570
I. Introducción	570
II. Esquema de la conducta típica	570
III. Elementos típicos	570
3.1. Bien jurídico protegido	570
3.2. Sujeto activo	572
3.3. Sujeto pasivo	572
3.4. Objeto material	572
3.5. Conducta típica	573
3.6. <i>Iter criminis</i>	574
3.7. Elemento subjetivo	575
IV. Tipo agravado: art. 318 bis 1 último párrafo	575
V. Tipo super agravado: art. 318 bis 3 a) y b) y 4	575
5.1. Tipos cualificados del apartado 3	575
5.2. El tipo cualificado común del apartado 4	576

VI.	Tipo atenuado o privilegiado.....	576
VII.	Caso práctico	577
	Bibliografía.....	577
Capítulo XX.	Delitos de contrabando.....	581
I.	Consideraciones generales: ley penal especial y en blanco.....	581
II.	Conductas típicas.....	585
	2.1. Valor igual o superior a 150.000 euros (artículo 2.1 LORC) ...	586
	2.2. Valor igual o superior a 50.000 euros (artículo 2.2 LORC)	590
	2.3. Conductas de contrabando con independencia del valor de las mercancías (artículo 2.3.a) LORC).....	594
	2.4. El caso específico de las labores de tabaco (artículo 2.3.b) LORC)	597
	2.5. Los actos de contrabando que aisladamente considerados no alcanzan los límites cuantitativos (artículo 2.4 LORC)	598
	2.6. El contrabando imprudente (artículo 2.5 LORC)	598
	2.7. Excurso: la valoración de las mercancías (artículo 10 LORC)...	600
III.	Bien jurídico protegido.....	601
IV.	Consumación.....	604
V.	Sujetos activos; responsabilidad penal de personas jurídicas	605
VI.	Penalidad.....	606
VII.	Responsabilidad civil	607
VIII.	Comiso	608
IX.	Excurso: problemas derivados del principio de doble incriminación en los procesos de extradición por delitos de contrabando.....	609
X.	Supuestos prácticos.....	612
	Bibliografía.....	612

Abreviaturas

Art:.....	Artículo
AAN:.....	Auto de la Audiencia Nacional
AAP:.....	Auto de la Audiencia Provincial
Apdo:.....	Apartado
ATC:.....	Auto del Tribunal Constitucional
ATS:.....	Auto el Tribunal Supremo
BOE:.....	Boletín Oficial el Estado
Cap:.....	Capítulo
CC:.....	Código Civil
CE:.....	Constitución española
CCom:.....	Código de Comercio
CP:.....	Código Penal
D.M:.....	Decisión Marco.
DRAE:.....	Diccionario de la Real Academia de la Lengua
Ed:.....	Edición.
FGE:.....	Fiscalía General del Estado
LEC:.....	Len de enjuiciamiento civil
LECrIm:.....	Ley de enjuiciamiento criminal.
LGT:.....	Ley General Tributaria
LO:.....	Ley Orgánica
RD:.....	Real Decreto
SAN:.....	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP:.....	Sentencia de la Audiencia Provincial
SS:.....	Seguridad Social
STC:.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:.....	Sentencia del Tribunal Supremo
STEDH:.....	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE:.....	Sentencia del Tribunal de Justicia e la Unión Europea
TGSS:.....	Tesorería General de la Seguridad Social.
UE:.....	Unión Europea
Vol:.....	Volumen

Capítulo II

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Dr. Borja ALMODÓVAR PUIG

Sumario: I. Régimen de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal Español: 1.1. *Delitos corporativos y responsabilidad penal de las personas jurídicas*; 1.2. *Delitos afectados por el régimen de responsabilidad penal corporativa*; 1.3. *Independencia de la responsabilidad penal de la persona física y jurídica*; 1.4. *Penas aplicables a las personas jurídicas*; 1.5. *Circunstancias atenuantes*; 1.6. *La persona jurídica como sujeto de imputación*; 1.7. *Fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica*.- II. Modelos de cumplimiento penal: 2.1. *Designación de un órgano de cumplimiento o compliance officer con poderes de iniciativa y control*; 2.2. *Identificación de riesgos penales (actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos)*; 2.3. *Identificación de controles (establecimiento de 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 aquellos)*; 2.4. *Disposición de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de delitos que deben ser prevenidos*; 2.5. *Canales de denuncia*; 2.6. *Sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezcan el modelo*; 2.7. *Verificación periódica del modelo*; 2.8. *Formación*.- III. Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica.- IV. Casos prácticos.

I. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN NUESTRO CÓDIGO PENAL

1.1. Delitos corporativos y responsabilidad penal de las personas jurídicas

Cuando hablamos de delitos cometidos en el ámbito corporativo de las organizaciones empresariales, pueden llegar a coexistir dos tipos de responsabilidad penal: de un lado, la individual correspondiente a la persona física que

comete el delito por cuenta y en beneficio de la organización –esto es, el administrador, directivo, empleado o cualquier otro que pueda actuar en su nombre o representación–; de otro, la de la persona jurídica que permitió que tal actuación delictiva pudiera llevarse a cabo, por no haber establecido medidas eficaces de control, conforme establece el art. 31 bis del Código Penal.

Según tiene establecido el Tribunal Supremo, este particular régimen de responsabilidad penal no implica por tanto una atribución automática de la responsabilidad penal a las personas jurídicas respecto de cualquier delito cometido por un directivo o empleado en el seno de su actividad, sino únicamente cuando se acredite un incumplimiento por la corporación *“de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso”*:

STS 16 de marzo de 2016: *“(...) el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal [...], ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos (...)”*

Tal y como veremos a continuación, este especial régimen de responsabilidad penal está caracterizado por: (a) necesidad de que el delito cometido por la persona física, haya sido realizado en nombre (en ejercicio de actividades sociales) y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica; (b) no todos los delitos conllevan responsabilidad corporativa, sino únicamente aquellos en los que así esté expresamente establecido en el Código Penal; (c) la pena habitual a imponer será la de multa; y (d) es posible la exención de responsabilidad penal siempre y cuando se acredite la existencia de un modelo de cumplimiento penal compuesto de determinados elementos.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas la encontramos regulada en el art. 31 bis C.P. desde una doble perspectiva, que sanciona tanto los delitos cometidos por los administradores de hecho o de derecho, como por los empleados y personas sometidas la autoridad de los primeros:

- (a) En primer lugar, la sociedad responderá de los delitos cometidos por los máximos responsables de la organización, esto es, representantes legales o aquellos autorizados para tomar decisiones en nombre de la misma o que ostenten facultades de organización y control dentro de

la misma, cometidos “*en nombre*” o “*por cuenta*” de las mismas y en su “*beneficio directo o indirecto*” [31. bis 1 a) C.P.].

Ej. El administrador de una empresa llega a un acuerdo con un funcionario, y le ofrece 5.000 € para que otorgue una licencia de obra para que su empresa construya una nave.

- (b) La sociedad responderá también en el supuesto de los delitos cometidos por las personas dependientes de los primeros –ya sean empleados u otros terceros sometidos a su autoridad–, en los siguientes términos: “[...] *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*” [31. bis 1 b) C.P.].

Ej. Un empleado de una empresa consigue el plan de negocio secreto de su competidor; y lo aporta a su empresa para poder obtener una ventaja en el mercado.

Comoquiera que la responsabilidad penal de la persona jurídica no se aplica de forma automática, sino únicamente cuando se omite esa referida obligación de control, el Código Penal prevé eximir de la misma siempre y cuando concurran las siguientes circunstancias.

- a) Para el caso en que el delito haya sido cometido por los máximos responsables de la organización, cuando se den las siguientes circunstancias:
- 1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
 - 2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
 - 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y,
 - 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

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.

- b) Cuando el delito haya sido cometido por empleados o dependientes de los máximos representantes y directivos, la persona jurídica podrá ser eximida de responsabilidad si la organización cuenta con un modelo de cumplimiento penal que reúna las siguientes condiciones:
- i. identificar las actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos;
 - ii. establecer 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;
 - iii. disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos;
 - iv. imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención;
 - v. establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; y,
 - vi. realizar una verificación periódica del modelo 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.

No obstante lo expuesto, dado que la imputación de un hecho delictivo deberá ampararse siempre en una conducta dolosa por parte del empleado o directivo en cuestión –a excepción de los escasos casos de delitos imprudentes contemplados en nuestro Código Penal que provocan responsabilidad penal de la persona jurídica–, es decir, con el previo conocimiento de la antijuricidad de la conducta y con la voluntad expresa de llevarla a cabo en cualquier caso, los programas de cumplimiento en ningún caso podrán aspirar a evitar con toda certeza cualquier tipo de conducta ilícita cometida por parte de los empleados, sino más bien a establecer controles razonables que mitiguen ese riesgo. En efecto, si ni tan siquiera nuestro Código Penal pudo ser concebido con esa finalidad, difícilmente podrá trasladarse ese utópico objetivo a la vida empresarial.

A pesar de lo anterior, la adopción de cualquier programa de cumplimiento no puede constituir en modo alguno un modelo de carácter estándar o genérico, siendo necesario que contenga medidas de control específicas adaptadas a las particularidades de cada organización para asegurar en la medida posible un adecuado comportamiento por parte de sus directivos y empleados.

1.2. Delitos afectados por el régimen de responsabilidad penal corporativa

Este particular régimen de responsabilidad penal, únicamente es posible respecto de aquellos delitos expresamente previstos por el Código Penal. En concreto:

Delito		Artículo
1	Tráfico ilegal de órganos	156 <i>bis</i>
2	Trata de seres humanos	177 <i>bis</i> 7
3	Prostitución y corrupción de menores	189 <i>bis</i>
4	Contra la intimidad y allanamiento informático	195 <i>quinquies</i>
5	Estafas	251 <i>bis</i>
6	Frustración de la ejecución y alzamiento de bienes	258 <i>ter</i>
7	Insolvencias punibles	261 <i>bis</i>
8	Daños informáticos	264 <i>quater</i>
9	Contra la propiedad intelectual e industrial	270 a 277 en relación al 288
10	Descubrimiento y revelación de secretos empresariales	278 a 280 en relación al 288
11	Detracción de materias primas o productos de primera necesidad	281 en relación al 288
12	Publicidad engañosa	282 en relación al 288
13	Fraude a inversores	282 <i>bis</i> en relación al 288
14	Facturación fraudulenta	283 en relación al 288
15	Maquinación para alterar precios y manipulación de mercado de valores	284 en relación al 288
16	Uso de información privilegiada	285 en relación al 288
17	Posesión y revelación de información privilegiada	285 <i>bis</i> en relación al 288
18	Piratería de servicios de radiodifusión o interactivos	286 en relación al 288

Delito		Artículo
19	Corrupción en los negocios y en las transacciones comerciales internacionales	286 <i>bis</i> y <i>ter</i> en relación al 288
20	Blanqueo de capitales	302.2
21	Financiación ilegal de partidos políticos	304 <i>bis</i> 5
22	Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social	310 <i>bis</i>
23	Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	318 <i>bis</i> 5
24	Contra la ordenación del territorio y urbanismo	319.4
25	Relativos a radiaciones ionizantes	343.3
26	Riesgo catastrófico	348.3
27	Contra la salud pública	366
28	Tráfico de drogas	369 <i>bis</i>
29	Falsificación de moneda y efectos timbrados	386.5
30	Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje	399 <i>bis</i>
31	Cohecho	427 <i>bis</i>
32	Tráfico de influencias	430
33	Malversación	435 5º
34	Incitación al odio	510 <i>bis</i>
35	Terrorismo	580 <i>bis</i>
36	Contrabando	LO 6/2011, de 30 de junio

1.3. Independencia de la responsabilidad penal de la persona física y la jurídica

Es importante señalar que nos encontramos ante penas, la de la persona jurídica y la física, de carácter cumulativo, y en ningún caso alternativo. Aun cuando ambas sean resueltas en un mismo procedimiento judicial, la condena de una no condiciona la de la otra.

De este modo, es posible que en el mismo procedimiento resulte condenada la persona física y no la jurídica si, por ejemplo, se acredita la eficacia del modelo de cumplimiento establecido por la compañía. Pero también sería posible la condena de la persona jurídica, al margen de la física, por ejemplo, en el supuesto de que esta última no hubiera sido localizada, individualizada o, incluso, si se hubiere sustraído a la acción de la justicia o hubiere fallecido [art. 31. *Ter* C.P.].

1.4. Penas aplicables a las personas jurídicas

Si bien la pena de prisión, por razones obvias, no se encuentra prevista entre las aplicables a las personas jurídicas, el art. 33. 7 del Código Penal prevé dos tipos de penas graves: de un lado, y siempre que se den los requisitos, la organización deberá ser condenada, obligatoriamente, a una pena de multa; adicionalmente, el juez podrá imponer otro tipo de sanciones al objeto de evitar que el delito siga produciéndose, o a la vista de la gravedad del mismo. Así:

- a) Multa por cuotas o proporcional, que conforme al preámbulo de la LO 5/2010 conforme al cual nuestro Código Penal estableció el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es entendida como la pena común y general a imponer en el ámbito corporativo:

“(...) la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición de otras medidas sólo para supuestos cualificados que no se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis.”

- b) Otras medidas agravadas:

- Disolución de la persona jurídica.
- Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

1.5. Circunstancias atenuantes

Habida cuenta de que, tal y como apuntábamos *supra*, las responsabilidades de la persona física y la jurídica son cumulativas, pero no dependientes, establece el art. 31 ter 2 C.P. que las circunstancias relativas a la culpabilidad o que agraven la responsabilidad –o, por extensión, que la puedan atenuar, en su caso– en el caso de la primera (persona física), no tienen tampoco por qué afectar a la segunda (persona jurídica).

Ej. Un empleado de un banco, aquejado por un trastorno bipolar no diagnosticado en ese momento, se dedica a engañar a los clientes para que constituyan depósitos y contraten productos estructurados que no puede vender a esos clientes. La eventual exención en la culpabilidad del empleado ex artículo 20.1 C.P. no se aplicará a la responsabilidad de la persona jurídica, ya que ambas son independientes.

De este modo, establece el art. 31 *quater* C.P., como únicas causas atenuantes de la persona jurídica, al margen por tanto de las establecidas para las personas físicas en el art. 21 C.P., las siguientes:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a 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.

1.6. La persona jurídica como sujeto de imputación

Si bien el Código Penal no aporta una definición de lo que debemos de entender por persona jurídica, sí establece un régimen diferenciado:

- a) Cuando nos encontremos ante entidades con personalidad jurídica, resultará de aplicación el régimen general del art. 31 bis C.P. Aun cuando el Código penal no llega a establecer qué ha de entenderse por persona jurídica, conforme al art. 35 del Código civil, quedarán comprendidas:
 - 1.º *Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.*
 - 2.º *Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.*
- b) A las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 C.P. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.
- c) En cuanto a las personas jurídicas expresamente excluidas, encontramos:
 - a. Personas jurídicas denominadas “pantalla o de fachada” creadas *ex professo* para delinquir: “(...) solo cuando su carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente re-

sidual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y que por ello no resultan imputables.” [AAN de 19.05.14]

- b. El Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.
- c. Aun cuando el art. 31 bis C.P. no lo prevé expresamente, autores como DOPICO, o incluso la FGE 1/2016, abogan por la exclusión de aquellas entidades de ínfimo tamaño donde haya *“identidad sustancial entre el gestor y la persona jurídica (algo que tendrá lugar en sociedades unipersonales administradas por su titular, pero no únicamente en ellas), pues aquí no existe verdadera alteridad entre la persona jurídica y la física del administrador; ello conduciría a un bis in idem.”*
- d) Dicho lo anterior, conforme al art. 129 C.P., cuando nos encontremos ante “empresas, organizaciones, grupos o cualquier clase de entidades o agrupaciones de personas” carentes de personalidad jurídica no comprendidas en el art. 31 bis C.P., el juez podrá imponer, motivadamente, alguna de las siguientes penas:
 - a. Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
 - b. Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
 - c. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
 - d. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
 - e. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

De igual modo, dichas consecuencias, únicamente podrán imponerse a empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones cuando el Código Penal lo establezca expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dichos delitos, además de los ya expuestos *supra*, serían los siguientes:

Delito		Artículo
1	Delitos relativos a la manipulación genética	162
2	Alteración de precios en concursos y subastas públicas	262.3
3	Obstrucción a la actividad inspectora	294
4	Delitos contra los derechos de los trabajadores	318
5	Falsificación de moneda	386
6	Asociación ilícita	520
7	Organizaciones, grupos criminales y terrorismo	570 quater 1

1.7. Fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Cuando hablamos de responsabilidad penal corporativa, hay aún una gran disparidad de opiniones. Actualmente podemos decir que coexisten dos teorías enfrentadas [OLIVA-AYALA]:

- a) Modelo de *autorresponsabilidad*: la persona jurídica responde penalmente por el hecho propio como consecuencia de un defecto de organización o de control respecto de las personas que han cometido el delito. Debemos de diferenciar aquí por tanto dos conductas: (i) la del empleado que decide cometer el delito, y (ii) la de la empresa que no es capaz de controlarlo o evitarlo.

Es por ello por lo que las empresas están obligadas a *autorregularse*, estableciendo modelos de organización que establezcan una verdadera cultura de ética y de cumplimiento para garantizar un adecuado comportamiento por parte de los sus empleados y dependientes.

- b) Modelo de *heteroresponsabilidad*: la persona jurídica responde por el hecho llevado a cabo por un directivo o empleado. Los hechos de éstos se imputan directamente a la persona jurídica.

A diferencia del caso anterior, la compañía responde porque sus actuaciones no dejan de ser actos llevados a cabo por sus directivos. Un alto cargo es la empresa o, si se quiere, su brazo ejecutor. Y, en el caso del resto de empleados, la responsabilidad es atribuida igualmente por culpa *in vigilando/in eligiendo*.

Ya hemos visto al inicio del presente capítulo que entre las sentencias del Tribunal Supremo, la que resulta más ilustrativa, de fecha 29 de febrero de 2016, aboga por entender, en la misma línea previamente apuntada por parte de la doctrina científica (BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, GÓMEZ-JARA DÍEZ), que la persona jurídica deberá responder por su hecho propio, y que los modelos de cumplimiento y formas concretas de vigilancia y control entrarían dentro de las cuestiones del tipo objetivo.

En contra, se sitúa la Circular FGE 1/2011, para quien: *“el objeto del proceso penal en caso de imputación de una persona jurídica deberá centrarse en acreditar que las personas físicas cometieron el delito”,* dejando de lado, *“la idoneidad objetiva o hipotética del programa de cumplimiento adoptado por la corporación”.* Dicha postura sería confirmada por la siguiente Circular FGE 1/2016: *“el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno, y no en un hecho propio, la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica.”*

La doctrina de la autorresponsabilidad ya está siendo aplicada además en las instrucciones penales, existiendo a día de hoy autos de Jueces de Instrucción acordando la investigación de personas jurídicas sobre este mismo presupuesto:

Auto JCI nº 2, de 18 de abril de 2018: *“(…) la responsabilidad penal de la persona jurídica pivota sobre el «papel» que desempeña la existencia en el seno de la persona jurídica de adecuados mecanismos de vigilancia y control idóneos para impedir, o al menos prevenir, la comisión de delitos por parte de las personas físicas vinculadas a la corporación. De acuerdo con el pronunciamiento mayoritario de la STS 154/2016, es precisamente la ausencia de medidas de control eficaces para la evitación de la comisión de delitos “el núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica”, y ello “más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión” adecuados para prevenir o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (los denominados corporate compliance o modelos de cumplimiento), que bajo ciertos presupuestos legalmente previstos podrían dar lugar a la exención de responsabilidad penal del ente colectivo, o a la atenuación de la pena cuando dichos presupuestos sólo se justificaren parcialmente.*

De este modo, únicamente debería ser posible atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica en el caso de verificarse una inobservancia grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control. Dicha contravención u omisión debería ser la que permita que la persona jurídica lleve a cabo la conducta delictiva en cuestión.

II. MODELOS DE CUMPLIMIENTO PENAL

Los requisitos que exige el art. 31 bis .5 del C.P., coinciden en lo esencial con lo que (i) exigen otros modelos de cumplimiento penal en países de nuestro entorno –destacando, entre todos ellos, el Decreto Legislativo italiano 231/2001, que nuestro legislador toma como referencia en la redacción del art. 31 bis C.P.; Bribery Act 2010, establecida en el Reino Unido para prevenir los delitos de cohecho, tráfico de influencias, corrupción entre particulares y corrupción en transacciones comerciales internacionales; o la FC.P.A norteamericana, también para prevenir el riesgo de corrupción el ámbito internacional–; (ii) estándares internacionales establecidos por, entre otras, la Guía de Buenas Prácticas en control interno, ética y cumplimiento de la OCDE (*Good Practice Guidance on*

Internal Controls, Ethics and Compliance), la ISO 19.600 –Sistemas de Gestión de Compliance. Directrices–, la ISO 37001 –Sistemas de gestión anticorrupción–, y la UNE 19601 –sobre Sistemas de gestión de Compliance penal–; o los modelos de prevención en otras regulaciones españolas, como la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo (modificada por el Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto), la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, o la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modificaba la Ley del Mercado de Valores. La doctrina científica ha ido en la misma línea desde el establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica (GÓMEZ-JARA).

Asimismo, se ha de tener en cuenta que el modelo que aquí se describe será exigible para todo tipo de entidades, si bien sería recomendable su adaptación en función del tamaño y la actividad en cada caso concreto.

En concreto, el modelo de cumplimiento previsto por el Código Penal pivota sobre dos ideas fundamentales: (a) un órgano dotado de la autoridad y autonomía exigidas; (b) un modelo de organización y gestión dotado con determinadas medidas de carácter preventivo, detectivo y reactivo. A todos ellos nos referiremos a continuación.

2.1. Designación de un órgano de cumplimiento o *compliance officer* con poderes de iniciativa y control

Según establece el Código penal, el funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención implantado deberá ser confiado a un órgano de la persona jurídica (i) dotado con poderes autónomos de iniciativa y de control, o (ii) que ya tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. Este segundo supuesto podrá darse especialmente en casos de especialmente regulados en los que una organización ya cuente con este tipo de estructuras organizativas (sectores como el de la banca, por ejemplo).

Dicho órgano podrá ser unipersonal o colegiado, y aun cuando poco más dice el art. 31 bis C.P., deberá reunir los siguientes requisitos: a) que los componentes del órgano sean independientes y, por tanto, no incurran en ningún conflicto de interés en la toma de decisiones; b) que demuestren integridad y compromiso con la función; c) habilidades de comunicación eficaz y de capacidad de influencia; d) capacidad y prestigio para que sus recomendaciones y directrices tengan aceptación; y, e) la competencia necesaria.

A las anteriores, la Circular FGE 1/2016, añade las siguientes condiciones en cuanto al órgano:

- Debe encuadrarse como un órgano dentro del seno de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la compañía.

- La exigencia de poderes autónomos de iniciativa y control, ha de interpretarse como una clara autoridad para garantizar el correcto funcionamiento del modelo de organización y gestión.
- Debe de disfrutar de la independencia necesaria, debiéndose garantizar una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano de control.
- Finalmente, los miembros que compongan el órgano deberán de contar con la suficiente formación en la materia.

Si atendemos a normativa internacional de referencia, la jurisprudencia estadounidense tampoco describe los elementos que han de considerarse en un sistema de prevención, si bien podemos acudir a los DPA (*Deferred prosecutions agreements*) o NPA (*Non-prosecution agreement*) –acuerdos preprocesales firmados entre el Ministerio Fiscal y las empresas en el ámbito del proceso penal– que establecen los requisitos que los sistemas de Compliance han de cumplir. En relación con el órgano de cumplimiento, los DPA establecen la necesidad de contar con un *Chief Compliance Officer* que:

- i. sea miembro de la alta dirección de la empresa;
- ii. cuente con recursos propios; y,
- iii. tenga línea directa de contacto con la junta directiva o, en su caso, un órgano independiente de supervisión del Consejo de Administración, tales como la Comisión de Auditoría, o la Comisión de Responsabilidad Social Corporativa.

Como única excepción, para el caso de entidades de pequeñas dimensiones, el art. 31 bis .3 C.P. permite la posibilidad de que las funciones del órgano sean asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, están autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas.

2.2. Identificación de riesgos penales (actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos)

Entrando ya en los requisitos del modelo de cumplimiento, el Código Penal exige en primer lugar una evaluación de riesgos de índole penal. La organización deberá identificar por tanto qué concretas actividades desempeñadas por sus directivos, empleados o dependientes, podrían desembocar, en el peor de los casos, en un delito.

Así, por ejemplo, si hablamos de una empresa constructora con mucha contratación con el sector público, uno de los riesgos críticos podrá ser el de cohecho y tráfico de influencias –para la consecución de estos contratos–; en el caso de una empresa de actividad industrial, otro riesgo crítico a identificar podría ser el medioambiental.

Esta identificación necesariamente deberá hacerse extensiva a todas las áreas y a todas las actividades desarrolladas por la sociedad, señalándose, en su caso, posibles eventos de riesgo concretos para cada riesgo penal identificado.

Circular 1/2016 FGE: “(...) la persona jurídica deberá establecer, aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades de acuerdo con el nivel de riesgo global aprobado por la alta dirección de las entidades, y con los niveles de riesgo específico establecidos. Para ello el análisis identificará y evaluará el riesgo por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones”.

A partir de dicho análisis se podrán identificar, tanto los distintos delitos aparejados a la actividad de la entidad, como las áreas y procesos entre las que los mismos pueden ser originados. Adicionalmente, será necesario justificar siempre el porqué de la inclusión o no del riesgo en cuestión

Ejemplo de identificación de riesgos en una compañía:

	Corrupción pública	Justificación	Corrupción en los negocios	Justificación	Estafa	Justificación	Apoderamiento y revelación de secretos de empresa	Justificación	Contra la intimidad personal y familiar	Justificación
Área / Departamento	R.1.		R.2.		R.3.		R.4.		R.5.	
Recursos Humanos y Gestión de personas	✓	Relación con Administraciones Públicas (Inspección de Trabajo, Seguridad Social). Capacidad de contratación a ex-funcionarios públicos	✓	Capacidad de contratación a profesionales procedentes de clientes de la compañía, familiares de clientes o de profesionales referidos			✓	Posibilidad de contratar a profesionales de empresas de la competencia con capacidad de trazar información confidencial	✓	Gestión de datos personales de empleados (teléfonos, carnets, datos médicos, etc.) o terceros (CV's, etc.)
Dirección Financiera	✓	Relación con Administraciones Públicas (Hacienda Pública)	✓	Capacidad de contratación con proveedores						
Asesoría Jurídica	✓	Contacto con Administraciones Públicas (Juzgados, etc.)	✓	Participación en negociaciones con clientes, formalización venta de productos, etc. Capacidad de contratación con proveedores	✓	Participación en la redacción de contratos, negociaciones con clientes, formalización venta de productos, etc.	✓	Posibilidad de conocer información sensible sobre clientes, proveedores, socios de negocio, etc. (en las negociaciones, formalizaciones de contratos, procedimientos de diligencia debida, etc.)	✓	Posibilidad de conocer o gestionar de datos personales contenidos en contratos, procedimientos judiciales, datos expedientes, etc.
Comercial			✓	Participación en negociaciones con clientes, formalización venta de productos, etc. Capacidad para organizar eventos promocionales, invitar a potenciales clientes, etc.	✓	Participación en negociaciones con clientes, formalización venta de productos, etc.	✓	Posibilidad de conocer información sensible sobre clientes	✓	Posibilidad de conocer información sensible sobre clientes personas físicas

Evidentemente, siempre habrá riesgos, especialmente los de índole económica, a tener en cuenta en cualquier tipo de organización empresarial, y por lo general en los mismos departamentos. Sin embargo, habrá otros casos en los que determinadas entidades, por la actividad o el sector en el que operan, tengan otros riesgos que afecten de forma mucho más particular.

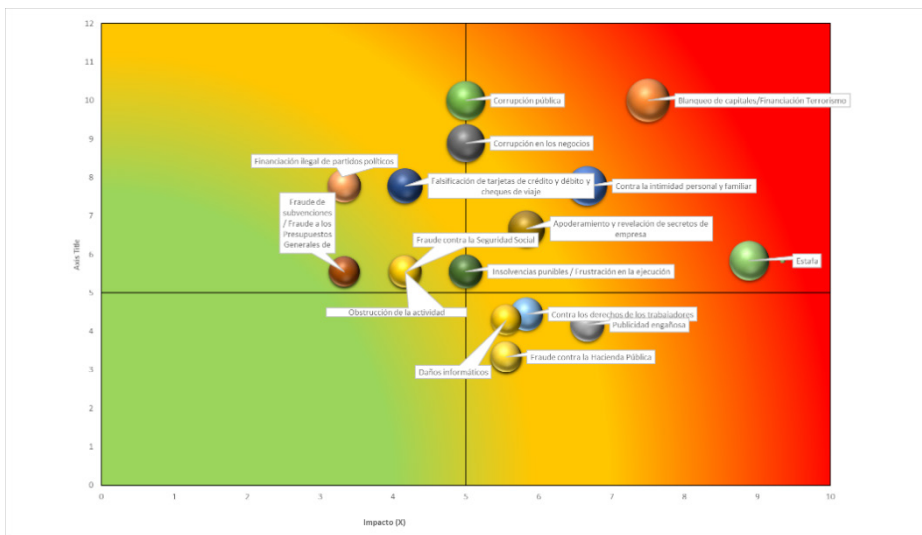
Piénsese, por ejemplo, en el riesgo de comisión de un eventual delito fiscal, que es inherente en todo tipo entidades en tanto obligadas tributarias, así como que el mismo probablemente sea encuadrable en los departamentos financiero y/o fiscal con los que por lo general siempre suele contar cualquier tipo de entidad con un mínimo de organización empresarial. En la misma línea, siempre habrá procesos en los que podamos encontrar riesgos comunes, como sucede con las compras y contrataciones, en los que estas mismas compañías necesariamente deberán identificar el

riesgo de corrupción privada en previsión de que se adjudiquen contratos a proveedores de forma ilícita conforme establece el art. 286 bis.

Por el contrario, delitos como el tráfico de órganos, o los bursátiles, únicamente podrían ser de aplicación, en teoría, en organizaciones con actividades mucho más específicas (un hospital, para el primer caso, o un banco, en el segundo).

Adicionalmente, será necesaria una priorización de dichos riesgos, tanto desde el punto de vista inherente (teniendo en cuenta cómo puede impactar una eventual sanción penal –en función del importe de la sanción económica, del daño reputacional, o de la posibilidad de otro tipo de medidas accesorias a imponer, etc.– así como la probabilidad de ocurrencia –en función de si el riesgo se da en muchas o pocas áreas, si es un riesgo que aplica únicamente en la alta dirección o en todo tipo de empleados, si afecta a alguna de las actividades principales de la compañía, etc.–) y el residual (en función del nivel de control con que cuenta la compañía para evitar en la medida de lo posible la materialización del riesgo). Fruto de esta priorización, deberá resultar siempre una mayor exposición a aquellos riesgos directamente relacionados con la actividad y objeto social de la entidad. Sería el caso de riesgos como el de blanqueo de capitales en entidades financieras, o de salud pública en grupos farmacéuticos; estos riesgos siempre deberán tener una consideración de riesgo alto y, por tanto, merecedores de un nivel de control superior a cualquier otro.

Ejemplo de mapa riesgos en una entidad financiera:



Por otro lado, es fundamental el mantenimiento de dicho análisis inicial en un estado de actualización constante, bien como consecuencia de las modificaciones organizativas, del objeto social o del ámbito de actividad de la compañía, bien por posibles reformas legislativas que puedan aprobarse en el futuro, o, incluso, interpretaciones jurisprudenciales que puedan obligar a ampliar (o reducir, en su caso) los delitos inicialmente previstos.

Un claro ejemplo podemos encontrarlo en las futuras interpretaciones que puedan hacer nuestros Tribunales respecto de delitos relativamente nuevos como los de corrupción entre particulares (art. 286 bis) o estafa a inversores (art. 282 bis), que a buen seguro podrán dar pautas sobre una correcta interpretación del tipo que pudiera dar lugar a la revisión del modelo desde su inicio; o de cómo evolucionan en la jurisprudencia los delitos de corrupción pública, dado que el nivel de tolerancia es cada vez menor en nuestra sociedad (actualmente ya no están socialmente aceptados determinados regalos que hace años eran considerados absolutamente normales, por ejemplo). Lo mismo podría decirse en caso de producirse futuras reformas del Código Penal, pues a la vista de su afán expansivo no es modo alguno descartable la inclusión de nuevos tipos penales.

Dichas circunstancias obligan a la realización de revisiones periódicas con la finalidad de evitar cualquier tipo de desfase en el modelo de prevención que lo haga ineficaz.

2.3. Identificación de controles (establecimiento 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)

Una vez identificados los delitos, deberá de adecuarse el oportuno sistema de control que los mitigue, que debería estar formado por políticas, procedimientos y controles operativos. El objetivo de este requisito en muchas ocasiones no es tanto la elaboración de nuevas políticas o procedimientos, como la identificación de aquéllas que ya forman parte del modelo de control interno.

Este modelo parte, en primer lugar, de la definición de un organigrama y una adecuada asignación de funciones y responsabilidades de cada área / departamento. Es decir, clarificar dentro de la compañía quién es el responsable de cada uno de los procesos de la misma: quién o quiénes tienen capacidad para decidir sobre la contratación con terceros; quién o quiénes son los responsables de la prevención de riesgos laborales; quién o quiénes de la comercialización productos y servicios a clientes, etc.

Muchas de las compañías cuentan así con descripciones de funciones de las áreas y puestos de trabajo. Así, v. gr., un departamento financiero podría tener atribuidas responsabilidades o funciones tales como: los procesos relacionados con la contabilidad financiera y analítica; la elaboración y seguimiento del presupuesto de la compañía; los procesos de cálculo, análisis y pago de impuestos; gestión de la tesorería, etc. Estas descripciones pueden verse completadas en ocasiones con flujogramas establecidos en una compañía para regular un proceso concreto, como por ejemplo, la contratación de un proveedor, o el pago de una factura por los servicios prestados.

Una vez definido el reparto de roles y responsabilidades, el siguiente paso será la determinación de aquellos procedimientos y controles que aseguran que

éstas se ejecutan de forma ética y adecuada y, en su caso, conforme a la normativa que resulte de aplicación. Éstos podrán llegar a ser de muy distinta naturaleza:

- (i) **Controles de tipo normativo**, compuestos por aquellas políticas, normas o reglamentos adoptados en el seno de la compañía para regular la actividad diaria de la empresa. Por lo general, este grupo de normas abarcará desde la más genérica, fundamental y aplicable a toda la compañía –un Código Ético o de Conducta, por lo general, que recoja los valores fundamentales y principios inspiradores de la compañía–, a otras más específicas, aplicables quizás únicamente a algunas áreas de la empresa y con la finalidad de cubrir únicamente algunos riesgos específicos que afecten a la entidad –una política de seguridad de la información, por ejemplo–.
- (ii) Ahora bien, para poder hablar de diligencia suficiente, no basta el establecimiento de principios éticos o pautas de actuación genéricas. Es indispensable que éstas vayan acompañadas de otro tipo de medidas de control mucho más concretas y efectivas. Tales como:
 - a. **Controles de tipo procedimental**, que describan y regulen procesos específicos de la empresa, con la finalidad de asegurar el correcto desempeño de las distintas actividades que puedan afectarla. Es el caso, v. gr., del procedimiento de control de gastos, o de gestión de regalos, entre otros, que pueda aprobar una entidad para mitigar el riesgo de corrupción pública o privada.
 - b. También cabría señalar aquellos **controles operativos**, que en última instancia, coadyuvarían de forma eficaz a asegurar el cumplimiento de los dos anteriores. Un claro ejemplo podríamos encontrarlo en la segregación de funciones, por lo general implantada en cualquier entidad organizada, que, en consonancia con lo previamente estipulado en el procedimiento de compras, impediría que fuese la misma persona quien seleccionase, contratase y pagase al proveedor finalmente elegido para la prestación del algún tipo de servicio.

Como se puede ver, todas estas medidas resultarán esenciales para la acreditación del debido control sobre los empleados, que van desde el establecimiento de máximas o valores programáticos, hasta la implantación de controles específicos destinados al aseguramiento efectivo de dichos principios.

Dado que muchos de los delitos que afectan a las personas jurídicas coinciden con lo que comúnmente muchos entienden como normas en blanco (delitos fiscales, contra el medio ambiente; blanqueo de capitales; contra la intimidad personal y familiar; bursátiles; incluso las estafas cuando hablamos, por ejemplo, de comercialización de productos financieros, etc.) en los que nuestros Jueces y Tribunales acuden rápidamente a la normativa correspondiente, se deberá acudir a dicha vía a la hora de identificar las medidas de control necesarias para asegurar según qué riesgos.

Así:

- a) En relación con la seguridad y salud de los trabajadores, estrechamente relacionados con los delitos contra los derechos de los trabajadores del artículo 316 del C.P., podremos acudir a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995 (RCL 1995, 3053) (artículos 14 – Derecho a la protección frente a los riesgos laborales–, 17 –Equipos de trabajo y medios de protección– y 29 –Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos–), que conforman el sustrato jurídico básico.
- b) En relación con los delitos contra la intimidad personal y familiar, podremos acudir a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales, que exige el establecimiento de políticas y procedimientos específicos para una adecuada protección de esta información, la implantación en su caso de la figura de un *data protection officer*, etc.
- c) En relación con los delitos bursátiles, desde el punto de vista de uso indebido de información privilegiada, legislaciones específicas como la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, el Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre, o el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, exigen el establecimiento de medidas específicas para prevenir el abuso de mercado o el uso indebido de información privilegiada.
- d) En cuanto al delito de blanqueo de capitales, la Ley 10/2010 de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, de 28 de abril, así como el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba su reglamento de desarrollo.

Por otro lado, cabe manifestar que indudablemente aquí cobrarán una importancia vital los denominados controles específicos, por ser aquellos que, en la medida de los posible, serán de mayor utilidad para evitar que el empleado desleal en cuestión pueda eludir una norma genérica con la finalidad de llevar a cabo algún tipo de ilícito.

Y adicionalmente, en el caso de encontrarse carencias, bien porque los controles identificados resulten ser insuficientes, no estén adecuadamente implantados o incluso por no haberse podido identificar controles para mitigar un riesgo concreto, obviamente se hará necesaria la aprobación de los oportunos planes de actuación en orden a implantar aquellas medidas complementarias para reducir dicho riesgo al máximo.

2.4. Disposición de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos

La interpretación de este requisito en los programas de cumplimiento ha generado cierta controversia, pues la redacción resulta ciertamente confusa y no

resulta claro a qué se refiere el Legislador cuando habla de “modelos de gestión de los recursos financieros”. A día de hoy dicha confusión no ha sido esclarecida, además, ni por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni tampoco por la FGE.

Actualmente, caben dos interpretaciones posibles, no resueltas aún por nuestra jurisprudencia:

- (a) Controles adecuados de los recursos financieros de las entidades para prevenir la comisión de delitos –en especial, actos de corrupción–: controles sobre la tesorería; sobre los pagos; sobre gastos, regalos y viajes; sobre patrocinios y donaciones, etc. [NIETO MARTÍN; DOPICO]
- (b) Dotaciones presupuestarias para el mantenimiento y gestión de los programas de cumplimiento, que podrán aplicarse a: asignación de recursos humanos a tareas concretas en relación con el modelo de cumplimiento; establecimiento de herramientas informáticas para asegurar su cumplimiento; pago de asesores externos que ayuden a tareas concretas como cursos de formación, revisiones externas, etc.

2.5. Canales de denuncias (imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención)

El Código Penal exige que todos los empleados –incluida la alta dirección de cualquier entidad–, informen, tanto de la comisión delitos o infracción de normas del modelo, como sobre aquellas preocupaciones, cuestiones o fallos que en materia de Compliance puedan llegar a producirse. Es por ello por lo que las empresas deberán de animar para que informen sobre incumplimientos de las leyes y otros incidentes en materia de compliance.

La Circular FGE 1/2016 señala desde esta perspectiva que, para que los empleados de las entidades puedan denunciar aquellas conductas potencialmente ilícitas, es necesaria la existencia de una adecuada regulación de estos canales dentro de las entidades, que proteja de forma específica al denunciante evitando posibles represalias. En la misma línea, la Fiscalía advierte de que evaluará y tendrá muy especialmente en cuenta la reacción de las organizaciones frente a las denuncias que pueda recibir con independencia de las personas que se puedan ver afectadas.

Circular FGE 1/2016: “los Sres. Fiscales atenderán al comportamiento de la corporación en el pasado. Se valorará positivamente la firmeza de la respuesta en situaciones precedentes y negativamente la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes de la investigada, o previas sanciones en vía administrativa”.

De este modo, entiende la FGE que un programa no estaría funcionando correctamente en el caso de, p.ej., recibir una denuncia contra un alto directivo y no hacer nada al respecto.

Como si se tratara de una investigación forense de carácter “privado”, el procedimiento regulador del canal deberá garantizar, entre otros, los siguientes derechos:

- a) Presunción de inocencia hacia el denunciado
- b) Ausencia de represalias hacia el denunciante
- c) Confidencialidad de la información generada a lo largo de la investigación de la denuncia
- d) Como si se tratara de un proceso penal, pero aplicado al ámbito de una investigación privada, deberán tenerse en cuenta principios y garantías tales como: imparcialidad, igualdad de armas entre las partes, proporcionalidad, etc.

Adicionalmente, en la gestión del canal, deberá tenerse en cuenta lo establecido por el art. 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales en los siguientes ámbitos: (i) posibilidad de admisión de denuncias de carácter anónimo –art. 24.1–; y (ii) el acceso a los datos contenidos en estos sistemas quedará limitado exclusivamente a quienes, incardinados o no en el seno de la entidad, desarrollen las funciones de control interno y de cumplimiento, o a los encargados del tratamiento de esta información que eventualmente se designen a tal efecto –art. 24.2–.

Al objeto de cumplir con todo lo anterior, las compañías deberán establecer los oportunos procedimientos de reporte de información, especificando a quién, cómo y cuándo se deben reportar los asuntos, así como los plazos existentes. Asimismo, deberán garantizar (i) la efectividad de las acciones llevadas a cabo, (ii) la capacidad de las personas encargadas de la investigación, (iii) el necesario reflejo de la implicación y cooperación de otras áreas, y (iv) la confidencialidad de la denuncia, la investigación y la resolución.

2.6. Sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo

Para una adecuada gestión del modelo de prevención de delitos, se hace imprescindible contar además con un sistema disciplinario eficaz. Obviamente, la imposición de las inevitables sanciones, dado su carácter reactivo, nunca podrá ser considerado un método idóneo para prevenir la comisión de delitos por parte de sus empleados; sin embargo, su carácter disuasorio nuevamente será de utilidad a la hora de prevenir a los mismos sobre las consecuencias de su actuación. Dicho sistema deberá estar en perfecta consonancia, tanto con los convenios colectivos aprobados en el seno de la empresa, como con la normativa legal vigente.

En este sentido, es de destacar que la Circular FGE 1/2016 señala que la obligación de establecer un sistema disciplinario, (i) presupone la existencia de un código de conducta dentro de las entidades en el que se establezcan claramente las obliga-

ciones de directivos y empleados, (ii) ante cuyo incumplimiento sea posible la imposición de sanciones. Asimismo, si bien las infracciones más graves serán las constitutivas de delito, deberán contemplarse también aquellas conductas que impidan el descubrimiento de actuaciones ilícitas, así como el deber específico de poner en conocimiento del órgano de control estas conductas ilícitas o poco éticas.

2.7. Verificación periódica del modelo

Aun cuando la verificación periódica del modelo es probablemente uno de los aspectos más importantes del mismo –de nada sirve un programa de cumplimiento si los directivos y empleados no lo cumplen–, lo cierto es que el Código Penal no establece plazo ni procedimiento alguno de las revisiones a llevar a cabo.

Impone dicha obligación de forma más bien genérica, si bien, obviamente establece la necesidad de que se contemple que los modelos deberán ser revisados inmediatamente si concurren determinadas circunstancias que puedan influir en el análisis de riesgo u otras situaciones que alteren significativamente el perfil de riesgo de la persona jurídica (v.gr., modificaciones en el Código Penal que afecten a la actividad de las empresas).

Dicho lo anterior, la supervisión y seguimiento implica validar de forma continua el cumplimiento del modelo al objeto de verificar la eficacia de las políticas, procedimientos y controles existentes, así como la evolución de los mismos. De este modo, la organización dispondrá en todo momento una visión general de su sistema, a fin de tomar las acciones necesarias para asegurar su adecuación y eficacia a la finalidad y objetivos del mismo.

El proceso de supervisión y seguimiento implica la monitorización del Modelo por los órganos de control intervinientes, realizando las modificaciones y/o acciones necesarias, especialmente en los siguientes supuestos:

- i. Cuando se hayan puesto de manifiesto infracciones relevantes de su normativa interna.
- ii. Cuando se hayan producido cambios en la organización que requieran la adecuación del mismo.
- iii. Cuando se haya modificado la estructura de control interno.
- iv. Cuando se hayan producido cambios en la actividad desarrollada que requieran una nueva evaluación de los riesgos y adopción de nuevas medidas de control.
- v. Cuando se hayan producidos modificaciones legislativas que hagan necesarias adaptaciones en orden a asegurar su correcto funcionamiento.

Finalmente, para confirmar la eficacia, será recomendable además que el programa sea verificado además por un órgano independiente también de forma periódica, bien por las áreas de auditoría interna de la compañía, bien por un tercero

externo. Los resultados deberán consignarse en un informe que desarrolle una descripción básica de las medidas de control interno existentes, una valoración o análisis de su eficacia operativa, y una propuesta de rectificaciones o mejoras a adoptar.

2.8. Formación

Las acciones formativas y de comunicación repercuten en una concienciación de los miembros de las entidades, y además aportan una finalidad probatoria de la diligencia debida ejercida, suponiendo una evidencia de la comunicación y el traslado de las pautas y normativa interna.

Por ello, hoy en día, y aun cuando el Código Penal no lo prevé expresamente, se ha convertido en un requisito más que debe ser valorado a la hora de realizar la verificación del plan de prevención penal.

III. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

El art. 130.1 del C.P. que regula las causas de extinción de responsabilidad criminal, resulta plenamente aplicable al régimen de las personas jurídicas con alguna adaptación. Así, resultan casusas extintivas las siguientes:

IV. MUERTE DEL REO, QUE EN EL PRESENTE CASO EQUIVALDRÍA A LA DISOLUCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

- i. Cumplimiento de la condena.
- ii. Remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 87.
- iii. Indulto.
- iv. Prescripción del delito.
- v. Prescripción de la pena de o de la medida de seguridad.

Más allá de la disolución de la persona jurídica, es importante tener en cuenta que, conforme al art. 130.2 C.P., la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. Para estos supuestos, el Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

Asimismo, no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Y, en este sentido, se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

VI. CASOS PRÁCTICOS

1) Alejandro, directivo de una multinacional extranjera, se deja corromper por su primo Pablo para contratarle como proveedor de servicios informáticos por unos honorarios por encima de los del mercado. Para compensar la contratación, Pablo dará a Alejandro parte de los honorarios a espaldas de la compañía.

2) Claudio, CEO de la compañía, con la finalidad de que ésta pague menos impuestos, comete un fraude sobre el Impuesto de Sociedades. Para ello, decide falsificar también las cuentas de la entidad al objeto de ocultar los beneficios obtenidos durante el ejercicio.

3) Una empresa constructora, al diseñar su modelo de cumplimiento, olvida incluir entre sus riesgos el delito contra los derechos de los trabajadores del art. 318 C.P.

4) Una empresa tecnológica resulta investigada por un presunto delito de daños informáticos cometido contra una entidad de la competencia, presuntamente cometido por uno de los empleados. Al parecer, el modelo cumple con los requisitos del art. 31 bis C.P., si bien el empleado no recibió formación.

5) Una empresa farmacéutica está siendo investigada por el fallecimiento de un paciente. Ello, como consecuencia de los efectos secundarios de uno de los fármacos que viene comercializando desde hace 5 años.

6) El responsable de cumplimiento de una compañía recibe una denuncia por un presunto delito cometido por el Consejero Delegado. Dicho delito consistiría en una serie de vertidos ordenados por él que habrían afectado al medio ambiente. A la vista del presunto autor, y para evitar represalias, decide no hacer nada.

7) Uno de los miembros del Consejo de Administración de una compañía, conocedor de las pérdidas que van a publicar en pocos días, así como del impacto negativo que van a tener sobre la cotización, decide vender todas sus acciones.

8) Investigan una presunta estafa masiva a clientes cometida en una entidad financiera, pero parte de los ideólogos del fraude se encuentra en paradero desconocido.

BIBLIOGRAFÍA

- AYALA, I/ORTIZ DE URBINA, I (Dir). *Memento penal económico y de la empresa*. Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
- BACIGALUPO, E., *Compliance y Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- BAJO FERÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Fundamentos de la responsabilidad de las personas jurídicas*, en *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2ª Ed. 2015.
- DE LA MATA BARRANCO, N. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. / NIETO MARTÍN, A.). *Derecho penal económico y de la empresa*. Dickinson, Madrid, 2018.
- GÓMEZ COLOMER, J.L (Coord) *Tratado sobre Compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- KUHLEN, L, MONTIEL, J.P, ORTIZ DE URBINA JIMENO, I (Eds) *Compliance y teoría del Derecho penal*. Marcial Pons, 2013.
- LIÑÁN, A., *La Responsabilidad Penal del Compliance Officer*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. Y GÓMEZ MARTÍN, V (Dir) *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Edisofer, Madrid, 2014.

NIETO MARTÍN, A (Dir). *Manual de cumplimiento penal de la empresa*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2014.

NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALTAYUD, M (Dir). *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos* Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha. 2014.