

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

DEI S. PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2020

45

Revista Penal

Penal

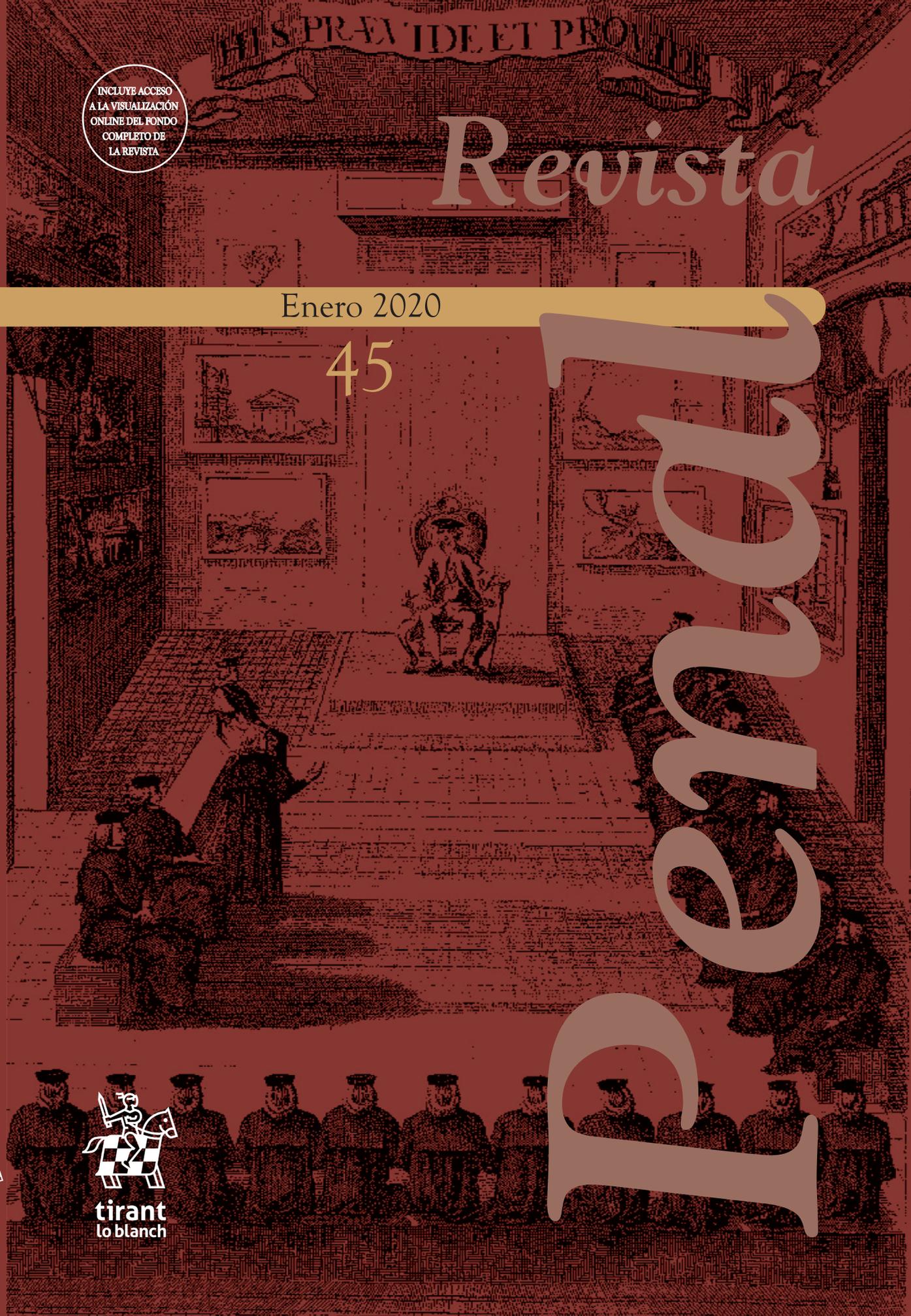
Enero 2020



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 45

Sumario

Doctrina:

– Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	5
– Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco, por <i>Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos</i>	15
– Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por <i>María Ángeles Fuentes Loureiro</i>	33
– Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación, por <i>Cristina Guisasola Lerma</i>	56
– La reparación del daño causado por el delito en el Derecho brasileño. Evolución después del regreso a la democracia (1985) y situación actual, por <i>Silma Marlice Madlener</i>	75
– Derecho Penal y Filosofía. Una mirada para transitar hacia un aprendizaje crítico, por <i>Laura Pascual Matellán</i>	89
– La relación entre la Constitución y el Derecho penal: una mirada desde la orilla constitucional, por <i>Miguel Revenga Sánchez</i>	99
– La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	109
– El ‘defecto de organización’ en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito, con especial referencia a los sistemas chileno, peruano y argentino, por <i>Anna Salvina Valenzano y Diva Serra Cruz</i>	141
– Trata de seres humanos y trabajos forzados, por <i>M^a Belén Sánchez Domingo</i>	172
– Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública: una introducción para la comprensión del populismo penal mediático, por <i>Débora de Souza de Almeida</i>	194
– Integración de mecanismos de prevención del delito de cohecho en la vigente fórmula legal de compliance penal corporativo, por <i>Florin David Tugui</i>	214
Sistemas penales comparados: La prueba ilícitamente obtenida (<i>Illegally obtained evidence</i>)	234
Especial: Lectio doctoralis , por <i>Thomas Vormbaum</i>	274

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Christina Schreiner (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún Solano (República Dominicana)
Angela Supervielle (Estados Unidos)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



Integración de mecanismos de prevención del delito de cohecho en la vigente fórmula legal de compliance penal corporativo

Florin David Tugui

Revista Penal, n.º 45. - Enero 2020

Ficha técnica

Autor: Florin David Tugui

Adscripción institucional: Investigador predoctoral en Derecho Penal, Universidad de Oviedo. Beneficiario del Programa de Ayudas “Severo Ochoa” para la formación en investigación y docencia Principado de Asturias

Código ORCID: 0000-0002-2513-5820

Title: Integration of mechanisms for the prevention of the crime of bribery in the current legal formula of corporate criminal compliance

Sumario: 1. Consideraciones previas y breve referencia al sistema vigente de responsabilidad penal de la persona jurídica: la doble vía de imputación y las condiciones y contenido mínimo de los programas de prevención. 2. Aproximación al delito de cohecho desde la óptica de la prevención de su comisión. 2.1. La descripción típica y los comportamientos pre-típicos. 2.2. Identificación y valoración del riesgo. 3. Medidas idóneas a adoptar. 3.1. Medidas específicas. A) Identificación de las personas de la empresa que desempeñan funciones de relación y comunicación con la Administración Pública. B) División de tareas y rotación en la ejecución de las mismas. C) Restricción de las comunicaciones con la Administración Pública. D) Diligente procedimiento de selección y contratación de personal. E) Definición de la política de regalos. F) Control mancomunado de gastos. 3.2. Las pautas del art. 31 bis 5 CP como garantía de aplicación y cumplimiento de las medidas de prevención específicas. A) El canal de denuncias. B) La formación e información. C) El sistema disciplinario. 4. A modo de conclusión. Bibliografía.

Summary: 1. Preliminary considerations and brief reference to the current system of criminal liability of the legal person: the double indictment and the conditions and minimum content of prevention programmes. 2. Approach to the crime of bribery from the point of view of the prevention of its commission. 2.1. Typical description and pre-typical behaviors. 2.2. Risk identification and assessment. 3. Appropriate measures to be taken. 3.1. Specific measures. A) Identification of the people in the company who perform functions of relationship and communication with the Public Administration. B) Division of tasks and rotation in their execution. C) Restriction of communications with the Public Administration. D) Diligent selection and recruitment procedure. E) Definition of the gift policy. F) Joint control of expenses. 3.2. The guidelines of art. 31 bis 5 CP as a guarantee of application and compliance with specific prevention measures. A) The Whistleblowing. B) Training and information. C) The disciplinary system. 4. As a conclusion. Bibliography

Resumen: Aunque los efectos de la reforma operada por la LO 1/2015 en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas se están notando tanto en el cada vez mayor número de procedimientos penales abiertos contra este tipo de entes, como en la apuesta de los operadores económicos por los planes de cumplimiento normativo o *compliance programs*, lo cierto es que, a día de hoy, no se tiene una idea clara sobre cómo se debe configurar un programa de esta naturaleza. El presente trabajo tiene por objetivo acercarse a algunos de los problemas que surgen al intentar trasladar a la realidad los requisitos exigidos por la legislación penal. A tal efecto se ha elegido el delito de cohecho, por ser uno de los delitos que presenta mayor riesgo de cometerse en el seno de una empresa.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas, programas de cumplimiento, reducción de riesgo penal, medidas de prevención, cohecho activo

Abstract: Although due to the reform of Organic Law 1/2015 on the subject of criminal liability of legal persons, there has been a noticeable increase in the number of criminal proceedings against legal persons, as well as in the effort corporations are putting in implementing compliance programs, the fact is that nowadays, there is no clear idea about how to implement these programs. The present work aims to approach some of the problems that arise when trying to put into effect the terms required by criminal law. This study centers on bribery because it is one of the crimes that companies run the highest risk of committing.

Key words: criminal liability of legal persons, compliance programs, criminal risk reduction, prevention measures, active bribery

Rec.: 5/07/2019 **Fav.:** 18/10/2019

1. Consideraciones previas y breve referencia al sistema vigente de responsabilidad penal de la persona jurídica: la doble vía de imputación y las condiciones y contenido mínimo de los programas de prevención

Los pocos años transcurridos desde la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo que, entre otras cuestiones de calado, reformó sustancialmente los requisitos necesarios para que se pudiera proceder a la exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, han sido suficientes para que doctrina y jurisprudencia se posicionaran sobre los múltiples aspectos derivados de la aparición de este nuevo sujeto en el Código Penal. A pesar de los avances realizados por los estudiosos del Derecho Penal y por los Tribunales, los programas de prevención de delitos o *compliance program* que se pueden encontrar en el mercado, que se ha creado y consolidado como consecuencia de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, siguen caracterizándose, en mi opinión, por un exceso de generalidad y abstracción y, curiosamente, por la utilización preferente de otros instrumentos “*normativos*”¹ que poco o nada tienen que ver con la legislación penal española.

Frente a este estado de la cuestión, el presente trabajo, al hilo del estudio de la prevención de un determinado delito, quiere reivindicar la especificidad que debe caracterizar a los planes de prevención de delitos, así como el papel principal de la normativa penal en la configuración de estos instrumentos. Sin perjuicio de otras buenas prácticas y estándares que puedan existir en el mundo empresarial y que, incluso servirían como complemento de un programa de prevención, lo que hay que recordar es que el Código Penal exige para una posible exención de la responsabilidad penal de las

personas jurídicas que ésta haya adoptado medidas que reduzcan significativamente el riesgo de comisión de determinados delitos en su seno.

Para llegar a los objetivos mencionados, es necesario recordar, en primer lugar, el marco jurídico del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y las condiciones y los requisitos de los modelos de gestión y organización. En segundo lugar, tal como apuntábamos antes, es imprescindible estudiar la forma de prevenir un determinado delito que, en este caso, va a ser el cohecho activo.

Se ha elegido el delito de cohecho activo por varias razones. La primera de ellas es su carácter transversal en el sentido de que la mayoría de las empresas privadas tienen, en mayor o en menor medida, el riesgo de que en su seno se pueda cometer este delito. Todo ello es debido a que la incidencia de la Administración Pública en la actividad económico-privada es cada vez mayor. El motivo que justifica la elección de la modalidad activa del cohecho es la perspectiva desde la cual vamos a realizar el análisis, que es la de la empresa privada, sujeto que es el principal destinatario de la normativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Algo más de detenimiento requiere la justificación del porqué se ha optado por delito de cohecho y no por la corrupción en general. Es, precisamente, en este punto en el que se pueden ver los efectos de la premisa de que los modelos de gestión y organización o *compliance program* deben caracterizarse por la concreción y el profundo análisis de la normativa penal en esta materia. Las únicas figuras delictivas que encontramos en el Código Penal bajo la denominación de “*corrupción*” son las reguladas en los artículos 286 bis a 286 quater CP relativas a la “*corrupción en los negocios*”, figura claramente diferenciada de los delitos de corrupción públi-

¹ Nos referimos, por ejemplo, a las “*normas*” emitidas por entidades privadas como la Organización Internacional de Normalización (*International Standardization Organization*, ISO) y, en concreto a la ISO 37001, norma sobre gestión de antisoborno o, en el caso español, las emitidas por la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) destacando, entre otras, la UNE 19601 de gestión de prevención de delitos.

ca, por la condición de los sujetos intervinientes en los hechos. En todo caso, no es sólo la premisa de la que aquí se parte, es decir, la concreción y apego absoluto de los programas de prevención de delitos a la regulación penal, la que lleva a centrarse en un delito muy concreto, sino la propia delimitación del concepto de corrupción pública desde un punto de vista jurídico-penal. Autores como DE LA MATA BARRANCO se han ocupado de delimitar claramente qué figuras delictivas se pueden calificar como pertenecientes al concepto estricto de corrupción pública, llegando a la conclusión de que el cohecho junto al tráfico de influencias son los únicos delitos que forman parte de dicho concepto².

A poco que nos acerquemos al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o, mejor dicho, a los entes colectivos como sujetos sobre los cuales el Código Penal proyecta sus previsiones, observaremos que existe una amplia evolución legislativa que, a pesar de los múltiples problemas existentes todavía, ha servido para perfilar un régimen cada vez más claro donde encajar dicho tipo de sujetos. Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, presentes en nuestro ordenamiento desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, ya marcaban el inicio de lo que iba a ser el intenso debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas³. El polémico artículo 31.2 del CP, introducido por la reforma del año 2003, que preveía la responsabilidad solidaria de la persona jurídica y la

física en el pago de la multa, realmente, no aportó nada al avance hacia la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas⁴. Es a partir de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio cuando se puede afirmar que, con el artículo 31 bis del CP, se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Con la reforma del año 2015 asistimos a un desarrollo legal de los modelos de organización y gestión, de tal forma que es a partir de este momento cuando se tiene algo más claro tanto el contenido de los planes de prevención de delitos como la función que deben tener. Ahora bien, sobre este último aspecto hay que resaltar que el debate sigue abierto⁵ y no hay visos de que se vaya a cerrar pronto. Esta evolución se detiene, creemos que sólo por el momento, con la reciente reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, que amplía el catálogo de delitos por los que se puede imputar a las personas jurídicas. No obstante, esta ampliación no ha extendido la responsabilidad de estos entes a aquellos delitos, cuya inclusión la doctrina viene exigiendo desde el año 2010, como por ejemplo, las figuras delictivas destinadas a evitar la imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social perjudiciales e ilegales o a preservar derechos como la acción sindical o la salud y la seguridad en el trabajo⁶.

Sin entrar en las abundantes e interesantes reflexiones sobre si el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas adoptado por el ordenamiento espa-

2 DE LA MATA BARRANCO, N., "La lucha contra la corrupción política", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-01, 2016, p. 7.

3 Ver ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)" en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), 2001, p. 895 que consideraba que con las mismas ya se había roto el aforismo *societas delinquere non potest*, En contra, entre muchos otros, SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La evolución ideológica de la discusión sobre "la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Derecho Penal y Criminología*, Vol.29, núm.86-87, 2008, p. 148 que se mostraba partidario de calificarlas como medidas de seguridad y CARRASCO ANDRINO, M., "Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del artículo 129", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época núm. 18, 2006, p. 164 y FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., "Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP", en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), 2001, p. 278

4 Ver BAJO FERNÁNDEZ, M., "La responsabilidad colectiva", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 98, 2009, p. 45 que lo califica como "una norma realmente anómala y extravagante"; SILVA SÁNCHEZ, J.M., y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. "El art. 31.2 del Código penal ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?", *InDret* 2/2006, p. 39 que consideran que el precepto tenía por objetivo el aseguramiento de una deuda de Derecho Público.

5 Son de sobra conocidas las posiciones contrarias que mantienen, por un lado, la Fiscalía General del Estado que considera que estamos ante un modelo de responsabilidad por atribución y que, por lo tanto, la prueba de la existencia y la eficacia de los modelos de gestión y organización le corresponde a la empresa (Ver Circular de la FGE 1/2016, p. 4) y, por otro lado, el Tribunal Supremo que en la interesante STS 154/2016, de 29 de febrero, FJ 8º, considera que los modelos de gestión integran *el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física* y, por lo tanto, estos no son una causa absoluta, sino que su acreditación implica la inexistencia de la infracción.

6 Ver arts. 311 y ss. del CP

ñol es de autorresponsabilidad⁷ o de heterorresponsabilidad⁸, nos vamos a limitar a recordar, someramente, los requisitos necesarios para la imputación de este tipo de sujetos. El artículo 31 bis.1 del Código Penal establece una doble vía de imputación de las personas jurídicas. En ambos casos se tienen que cumplir unos requisitos que son comunes: la comisión del delito por parte de la persona física, por cuenta de la persona jurídica y en beneficio directo o indirecto de esta última.

En primer lugar, el párrafo a) del mencionado artículo 31 bis, establece que la persona jurídica será responsable de los delitos cometidos “*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*”. Esta formulación es fruto de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 de 1 de marzo, al sustituir la anterior expresión, que hacía referencia al representante legal y al administrador de hecho o de derecho. Aunque, por lo general, hay consenso en la doctrina sobre el acierto de la nueva redacción⁹, podemos encontrar alguna autora, como CUGAT MAURI que se muestra en desacuerdo con la modificación¹⁰. En todo caso, creo que la reforma del año 2015 amplió suficientemente el círculo de los representantes de la persona jurídica, que viene determinado no sólo por los directivos sino también por algunos cargos intermedios¹¹.

El párrafo b) del citado artículo define al segundo grupo de personas físicas cuyos hechos delictivos puedan generar responsabilidad penal a la persona jurídica

y se constituye “*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*”. En este punto lo novedoso con respecto a la regulación del año 2010, no es tanto el círculo de personas físicas que pueden generar responsabilidad penal a las personas jurídicas, que siguen siendo aquellas que están sometidas a la autoridad de los máximos responsables, sino las condiciones extra que son necesarias para la imputación: el haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control. En la regulación del año 2010 se exigía el incumplimiento del debido control, concepto muy genérico e indeterminado. En cambio, en la regulación actual los nuevos deberes de supervisión, vigilancia y control están dotados de un cierto contenido, lo que facilita tanto la labor del intérprete como la de los operadores jurídicos y económicos. Sobre estos conceptos volveremos en el momento en el que examinaremos el contenido de los planes de prevención.

Como hemos adelantado, en relación con las dos vías de imputación se deben cumplir algunos requisitos, que, aunque bajo distinta formulación legal, son coincidentes conceptualmente y plantean las mismas dificultades interpretativas.

Aunque la necesidad de que alguna persona física, perteneciente a cualquiera de los grupos del párrafo a) o b) del artículo 31 bis.1 CP, realice la acción encuadrable en la descripción típica del Código Penal es algo

7 Ver, entre otros y con los debidos matices sobre la construcción del injusto y de la culpabilidad, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 3 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 74; GÓMEZ TOMILLO, M., “Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas: sistema español. Antecedentes”, en JUAN PECES, A. (Dir.) y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 45; BAJO FERNÁNDEZ, M. “Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español”, en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2ª edición 2016, p. 28

8 Ver, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 163; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer, Madrid, 2013, p. 289

9 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación: art 31 bis 1, art 31 ter y art 31 quinquies”, en JUAN PECES, A. (Dir.) y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 75 que pone de manifiesto que el concepto de administrador de hecho, aunque aparentemente amplio, en realidad, no resolvía todos los supuestos que se podían plantear; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis...op. cit., p. 16 7.

10 CUGAT MAURI, M., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p. 953.

11 Ver FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Regulación vigente: exigencias legales...op. cit., pp. 75-76 “La nueva referencia (siendo indudablemente expansiva) admite al menos dos rangos interpretativos diferenciados. Uno primero “restrictivo”, según el cual habría que entender comprendidos en los conceptos descritos únicamente a determinados directivos o mandos intermedios de la entidad que, no ostentando la condición de administradores, poseen capacidades decisorias y organizativas relevantes sobre el conjunto o una parte significativa de la entidad; se extendería la RPPJ por actuaciones de altos directivos intermedios que no ostentan la condición de administradores y en los que, sin embargo, se concentra buena parte del poder.”

obvio, lo que ya no está tan claro es si para la imputación de la persona jurídica es imprescindible la acreditación de todos los elementos del delito o no. Para empezar, la propia regulación de este régimen de responsabilidad excusa la necesidad de que se conozca o que se condene al autor persona física del delito. El artículo 31 ter CP es muy claro al establecer que se seguirá exigiendo responsabilidad penal a la persona jurídica aun cuando “*la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*”. El mismo precepto sigue determinando que la persona jurídica podrá ser declarada responsable también cuando “*dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia*”. La previsión del artículo 31 ter CP no resuelve sólo la cuestión relativa a la identificación del autor del delito, sino que también parece dar a entender que no es necesaria la constatación de la culpabilidad de la persona física, al determinar que las “*circunstancias que afecten a la culpabilidad*” de las personas que materialmente hayan realizado los hechos “*no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. Todo ello en un afán del legislador de establecer una clara independencia entre las responsabilidades de los dos tipos de sujetos. Por último, habría que preguntarse si se debe o no apreciar el dolo o la imprudencia. Aunque hay opiniones que consideran que basta con la constatación del tipo objetivo¹², otros, como FERNÁNDEZ TERUELO ven imprescindible la acreditación del dolo o, en su caso de la imprudencia¹³.

Por lo que respecta a la exigencia, tanto para las personas del párrafo a) del artículo 31 bis. 1 como para las del párrafo b) del mismo precepto, de que el hecho

delictivo se haya cometido por cuenta de las personas jurídicas¹⁴ no ha de entenderse en el sentido de que la actuación delictiva deba encuadrarse en la “*política de la empresa*”¹⁵. Creemos que es más adecuada la interpretación que ofrece DÍEZ RIPOLLÉS al considerar que esta previsión contempla aquellos casos en los que el autor del delito actúa en interés de la sociedad, “*lo que no sucederá si atiende de forma predominante intereses propios en el seno de la sociedad o si, al margen de sus actividades sociales, realiza actuaciones en interés de la sociedad*”¹⁶.

Por último, hay que hacer una mínima referencia al beneficio directo o indirecto, requisito que tiene un carácter tendencial¹⁷ en el sentido de que no es necesario que haya una materialización efectiva de lo que se gana (beneficio directo) o lo que se ahorra (beneficio indirecto). No obstante, autores como SILVA SÁNCHEZ consideran que este requisito se debería interpretar en un sentido muy restrictivo¹⁸. Por otro lado, esta previsión permite dejar fuera de la aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas aquellos casos en los que la sociedad o empresa de la que se trate es víctima del delito cometido por el directivo o subordinado¹⁹.

Aunque pudiera resultar obvio, hay que empezar recordando que la adopción de un programa de prevención de delitos no es obligatoria. A la persona jurídica no se le imputa responsabilidad por la ausencia de los modelos de organización y gestión, sino por haberse cometido un delito en su seno en los términos antes explicados. Ahora bien, la implementación de un modelo de gestión y prevención que incluya las “*medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos*”

12 GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 53.

13 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Requisitos comunes a los criterios de transferencia o conexión o doble vía de imputación [art. 31 bis 1. apartados a) y b)]”, MATALLÍN EVANGELIO, A. (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 47: “*En mi opinión, la presencia del dolo (o, en su caso, imprudencia) en la persona física, cuyo comportamiento, a su vez activa la responsabilidad penal de la persona jurídica, sí parece necesaria, pues resulta inherente a los concretos tipos de la parte especial a los que puede aplicarse el modelo. Parece indispensable la necesaria presencia de los presupuestos establecidos en el art. 31 bis, cuya referencia a “delitos” se proyecta sobre los tipos de la parte especial y estos incluyen un comportamiento generalmente doloso y, en algunas ocasiones, imprudente*”

14 Hay una pequeña diferencia entre la previsión legislativa aplicable a los directivos [las personas del párrafo a) del art. 31 bis] y la aplicable a los subordinados a los mismos [las personas del párrafo b) del art. 31 bis] dado que en el primer caso se exige que el delito se cometa “*en nombre o por cuenta de las mismas*” mientras que en el segundo de los casos se utiliza la expresión en “*el ejercicio de actividades sociales y por cuenta*”.

15 Así lo entendía la FGE en su Circular 1/2011 p. 40 “*En cuanto a la actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica, la expresión remite al contenido formal y material del mandato o representación del gestor en cada caso, en el que pueden estar incluidas algunas directrices de la política empresarial de forma más o menos explícita*”. En contra, entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Requisitos comunes...op. cit., p. 49.

16 DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret*, núm. 1, 2012, p. 23.

17 Ver FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Requisitos comunes...op. cit., p. 52 que se muestra a favor de la interpretación realizada por la FGE en este sentido, ver Circular1/2011

18 SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, op. cit., p. 56

19 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Regulación vigente: exigencias legales...op. cit., p. 73

es la única vía por la cual la persona jurídica se puede exonerar o, al menos, puede ver atenuada su responsabilidad penal.

El artículo 31 bis. 2 CP indica una serie de condiciones que deben rodear a los modelos de gestión y organización para que la empresa quede exenta de responsabilidad penal en el caso de que se haya cometido un delito por alguno de sus directivos o empleados. La primera condición que se debe cumplir es que la gestión del programa de prevención de delitos se encomiende a un órgano de la empresa revestido de poderes autónomos de iniciativa y de control que tenga por cometido la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del mencionado programa de prevención. Las atribuciones de este órgano no pueden ser sólo formales, sino que debe haber una efectiva labor de supervisión, vigilancia y control. El propio Código Penal, de acuerdo con la condición 4ª del artículo 31 bis.2 excluye la posibilidad de que la persona jurídica quede exenta en el caso de que haya una omisión o un ejercicio insuficiente de dichas funciones. Por lo tanto, es en esta parte de la normativa dónde encontramos las funciones básicas que debe reunir el oficial de cumplimiento, sea este un órgano unipersonal o colegiado.

Como la eliminación absoluta del riesgo de comisión de delitos es algo imposible, la propia legislación penal contempla la situación en la que se ha realizado un hecho delictivo a pesar de la existencia de un *compliance program*. La condición 3ª del tan repetido artículo 31 bis. 2 deja claro que un plan de prevención de delitos puede ser eficaz aun cuando se haya cometido un delito, pero siempre y cuando “*los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención*”. Por lo tanto, el autor del delito tiene que haber realizado un esfuerzo para evitar el control implantado por la empresa, lo que será prueba de que efectivamente se habían tomado medidas de prevención y se habían ejercido las funciones de vigilancia.

Si todas estas exigencias junto con el contenido mínimo, aspecto del que nos vamos a ocupar a continuación, se acreditan parcialmente, aunque no se pueda proceder a la exención sí que habría que atenuarse la responsabilidad penal.

Descritas, someramente, las condiciones en las que la persona jurídica puede eximirse de responsabilidad, resta centrarse en el elemento clave para que se consiga tal objetivo, la configuración de las medidas y controles que deben conformar el plan. El artículo 31 bis. 5 ofrece unas pautas generales y básicas en relación con el contenido mínimo que debe tener todo plan. En realidad, en el mencionado párrafo del artículo 31 bis encontramos una serie de indicaciones que versan tanto sobre la metodología que se debe seguir, como el contenido mínimo que cualquier plan de prevención debe

tener y también podemos encontrar alguna referencia sobre la gestión de dicho plan.

El Código Penal establece las siguientes exigencias. La primera de ellas tiene que ver con el método a seguir para el diseño de un plan de prevención y, en concreto, se establece la necesidad de la “*identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos*”. Esta previsión entraña la necesidad de la configuración de lo que se conoce como mapa de riesgos. Como se puede observar no se hace indicación alguna respecto de cómo hay que proceder para llegar a este mapa de riesgo, cuestión que aumenta enormemente la incertidumbre sobre si el método utilizado, de los muchos que se puedan emplear, es el más adecuado o no. En todo caso, entendemos que el Código Penal tampoco es lugar para el desarrollo, previsiblemente extenso, de unas reglas de valoración pertenecientes más bien al mundo matemático, estadístico, etc. No obstante, la cuestión no es baladí dado que se deja en manos de la persona jurídica, potencial condenada, el diseño, sin especificaciones concretas al respecto, de un elemento clave que influye en la posterior valoración de la efectividad de un plan de prevención de delitos. No obstante, este problema que planteamos aquí se reconduce por la vía del sentido común. Por ejemplo, está claro que el diseño de un mapa de riesgos, con independencia del método matemático o estadístico que lo sustente, de una empresa dedicada al reciclaje de residuos que no prevea una alta probabilidad de comisión de un delito medio ambiental es una matriz de riesgos poco acertada.

El segundo paso, también referido a la metodología de cualquier plan de prevención es la necesidad de “*establecer protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica*”. La mayoría de los autores identifican este requisito con la necesidad de que se haga un análisis de la estructura de la empresa y de su funcionamiento, de tal forma que se pueda garantizar el control de las decisiones y actuaciones de los directivos y empleados.

La obligación de que los planes de prevención dispongan de “*modelos de gestión de recursos financieros*” creo que tiene una doble función. Por un lado, se refuerza el mandato de que el plan de prevención no es un simple manual, sino que implica un cambio en la forma de actuar de la empresa lo que, a su vez, trae como consecuencia unos determinados gastos que deberán quedar reflejados en dichos modelos de gestión de recursos financieros. Por otro lado, para la empresa es una forma muy fácil de probar, objetivamente, que ha realizado esfuerzos en prevención. Ahora bien, respecto de esta última cuestión, remarcar que la inversión económica es sólo un indicio de que efectivamente se ha procedido a la prevención, pero habrá que analizar la

idoneidad de las medidas y el efectivo control llevado a cabo por el órgano de cumplimiento.

Establecer la obligación de informar sobre incumplimientos del modelo de gestión y organización, así como el sistema disciplinario que sancione dichos incumplimientos, constituyen el contenido mínimo imprescindible de un plan de prevención, pero, al introducirnos directamente en materia de diseño de las medidas, creo más conveniente dejar su explicación para el apartado correspondiente.

La última previsión del artículo 31 bis 5 establece como requisito que se realizará *“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”* lo que es muestra de que los planes de prevención no son algo estático y que su existencia no se resume a un documento más entre los muchos que tiene la empresa sino que es una forma de hacer dentro de la misma. Al igual que la actividad de la persona jurídica se desarrolla y tiene multitud de manifestaciones, un plan de prevención de delitos deberá ir amoldándose a las modificaciones que aparecen debido a la evolución que sufre el ente, desde el punto de vista de la actividad, del personal, de los acontecimientos etc.

2. Aproximación al delito de cohecho desde la óptica de la prevención de su comisión

2.1. La descripción típica y los comportamientos pre-típicos

El delito de cohecho forma parte del catálogo cerrado de aquellas figuras delictivas por las que se puede exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas en general y a las empresas en particular²⁰. El artículo 427 bis del Código Penal establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con todas las modalidades del cohecho del Capítulo V del Título

XIX del Código Penal dedicado a la regulación de los delitos contra la Administración Pública. Una primera pregunta que surge es qué sentido tiene contemplar el cohecho pasivo cuando, por un lado, a las Administraciones Públicas no se les puede exigir responsabilidad penal y, por el otro, este régimen está pensado, casi en exclusiva, para las empresas privadas. No sabemos si como consecuencia de una reflexión del legislador o por puro azar lo cierto es que la referencia a todas las modalidades de cohecho cubre aquellos hipotéticos supuestos en los que personas pertenecientes a las sociedades mercantiles públicas²¹ pudieran ostentar la condición de sujeto activo en la comisión de este delito.

En cuanto a la penalidad hay que mencionar simplemente que se establece como pena principal la multa, debiéndose elegir entre el sistema días-multa o proporcional en función de cohecho arroja una cantidad mayor. Para el cálculo de la pena de multa proporcional se toma en consideración el beneficio obtenido²². En cuanto a la extensión de la sanción pecuniaria, ésta se determina en función de la pena de prisión prevista para la persona física. Aquí también se añade la repetida fórmula según la cual el juez o Tribunal, teniendo en cuenta las reglas del artículo 66 bis podrá imponer alguna de las penas b) a g) del artículo 33.7 CP. La forma de prever las penas imponibles a las personas jurídicas cambia ligeramente cuando se trata del delito de cohecho. Hay una pequeña diferencia con respecto a otros supuestos dado que este es un caso que, junto con el delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, se establecen de manera obligatoria unas penas interdictivas. En concreto el artículo 424 CP determina que, si la actuación ilícita constitutiva del delito de cohecho se diera en el marco de un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas, se impondrá a la sociedad, asociación u organización *“la pena de inhabilitación para obtener subvenciones públicas y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios fiscales o incentivos fiscales y de la seguridad social”*²³.

20 La exigencia de responsabilidad, penal o no penal, a las personas jurídicas en relación con este tipo de hechos ilícitos se puede observar en numerosas normas internacionales entre las cuales podemos mencionar el artículo 18 del Convenio penal sobre corrupción hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 y también el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

21 El artículo 31 quinquies apartado 2 establece la posibilidad de exigir responsabilidad a este tipo de sociedades con el matiz de que se limitan las penas que se puedan imponer a las mismas. En todo caso se deja la posibilidad de que el juez aplique el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en toda su plenitud cuando se aprecie *“que se trata de una forma jurídica creada por su promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”*.

22 DE LA MATA BARRANCO, N., “Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea” en JUAN PECES, A. (Dir.) y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 228 critica el hecho de que no se haga referencia también referencia al beneficio que hubiera podido obtener como sí se establece en relación con otros delitos.

23 Hay un pequeño debate sobre si esta previsión son penas derivadas de la aplicación de régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas o, por el contrario, se tratarían de unas consecuencias que se deberían declarar inconstitucionales al no hacerse

Entrando ya en el estudio de aquello que se debe prevenir, y recordando que en estas líneas haremos referencia, únicamente, a la prevención del delito de cohecho activo, el punto de partida lo constituye, y aquí reafirmamos la premisa de la que partimos, la descripción típica que ofrece la normativa penal. Por lo tanto, no sirven, a mi modo de ver, las referencias genéricas a la corrupción. Considero que a la hora de configurar un plan de prevención de delitos y, especial, en el momento de determinar qué es lo que se tiene que prevenir y cómo actuar sobre ello se deben contemplar tres niveles de concreción que parte del más genérico al más específico.

El primer nivel, como ya hemos dicho en repetidas ocasiones, lo constituye la descripción típica del delito a prevenir. En este caso, de acuerdo con el artículo 424 del Código Penal lo que hay que prevenir es que el particular perteneciente a la empresa ofrezca o entregue dádiva o retribución a funcionario, autoridad pública o persona que participe en el ejercicio de la función pública con el objetivo de que se realice un acto propio o impropio del cargo, que no se realice o se retrase un acto propio o, simplemente, en consideración del cargo. Los planes de prevención que se limiten exclusivamente a recoger la normativa se podrían calificar, en mi opinión, automáticamente de ineficaces porque no contienen medidas de prevención, sino que simplemente describen aquello que se debe evitar.

Un segundo nivel, necesario para un mejor entendimiento por parte de la organización de aquello que debe prevenir, está constituido por la mayor descripción posible de aquellos comportamientos que pueden quedar integrados en la figura del cohecho. Dicho de otra manera, lo que se pretende con este paso es hacer ver a la empresa qué conductas concretas y reales pueden ser constitutivas de un delito de cohecho. En este caso y por razones de espacio, vamos a hacer una pequeña concreción en relación con aquello que constituye dádiva o retribución sin perjuicios de que esta labor de concreción se debe hacer con todos los elementos del delito, es decir los sujetos, las acciones, etc. Obviando ahora muchos de los problemas que plantean algunos conceptos y a los que haremos referencia a la hora de proponer algunas medidas, a la empresa hay que hacerle entender que puede ser constitutivas de delito las siguientes conductas. La primera y la más evidente es la entrega de cantidades de dinero con independencia

de la forma en la que se haga como, por ejemplo, mecenazgo o patrocinio de entidades relacionadas con la autoridad o funcionario que pudiera influir en un procedimiento en la que está inmersa la empresa. Luego hay que mencionar aquellos favores en especie como, por ejemplo: pago de viajes; entrega de objetos de lujo; invitaciones de todo tipo; contrataciones con origen en las filas de los funcionarios; las simples promesas de un puesto en la empresa; prestaciones de servicios por parte de la empresa por debajo del precio del mercado; condonación de deudas y un largo etcétera.

El tercer nivel, que podríamos llamar pre-típico, conformado por conductas de riesgo, pero no constitutivas de ningún ilícito es el ámbito sobre el que un programa de prevención de delitos puede y debe actuar. Por lo tanto, las medidas, para poder ser calificadas de idóneas deben ir encaminadas a evitar, disminuir o simplemente gestionar estas conductas de tal forma que, realmente, se pueda apreciar una reducción significativa del riesgo de comisión, en este caso, del delito de cohecho. Hemos utilizado los términos evitar, disminuir o gestionar, conceptos bien distintos, debido a que existen riesgos con los que la empresa debe convivir porque si no dejaría de actuar en el mercado, mientras que hay otros que son evitables. Por ejemplo, una empresa no tiene por qué cambiar su objeto social caracterizado por una relación intensa con la Administración Pública dado que dejaría de existir y, por lo tanto, en este caso se trata de que la empresa gestione el riesgo nada más. Pero una empresa muy dada a agasajar en demasía a los funcionarios y autoridades debería evitar el comportamiento porque no es necesario para el desarrollo de su actividad. Estas conductas pre-típicas, en el caso del delito de cohecho tienen un origen muy concreto que es la relación con la Administración Pública y con las personas vinculadas de una forma u otra con la misma. Ahondando algo más en la búsqueda de estas conductas de riesgo, podemos observar, ya dentro de estas relaciones con la Administración Pública, dos elementos clave característicos de las conductas de riesgo: la intensidad de la relación y el grado de confianza con las personas físicas vinculadas a los entes públicos.

El esquema que acabamos de describir, y en concreto, las reflexiones relacionadas con el tercer nivel, no constituyen una solución genérica que pueda ser aplicada en todos los delitos que se deben prevenir, sino que es un recurso propuesto para este concreto caso.

referencia expresa al artículo 31 bis. Ver GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", *Diario La Ley*, Nº 7501, 2010, pág. 5 consideran que el precepto debería ser declarado inconstitucional, entre otras razones, debido a que se determina la aplicación de dichas consecuencias sin hacerse referencia al artículo 31 bis y al 66 bis. Por el contrario DE LA MATA BARRANCO sostiene que la pena prevista en el artículo 424 constituye una cláusula específica de inhabilitación y que a la persona jurídica que sea declarada responsable penalmente vía artículo 427 bis se le aplicará dicha inhabilitación específica (la del art 424), quedando excluida la aplicación de la letra f) del artículo 33.7 CP ver en DE LA MATA BARRANCO, N., "Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal...op. cit., p. 228

Hay una serie de delitos para los cuales la labor de concreción de los deberes de control se puede, por no decir que se debe, hacer en base a la normativa administrativa que establece y que sanciona el incumplimiento de tales deberes de control²⁴. FERNÁNDEZ TERUELO parte de la idea de que el contenido de las obligaciones de control tiene que ser normativo, dejando fuera las obligaciones contractuales que no procedan o no sean de ejecución de una previsión legal, aspecto este último que implica dejar fuera también los programas de prevención²⁵, en el sentido de que no son la fuente generadora de dichas obligaciones de control. Las razones que ofrece el citado autor para sustentar tal idea es que, en primer lugar, sería discutible que algo que no fuera obligatorio en la legislación mercantil o administrativa sí pudiera dar lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica. Por otro lado, parecería poco razonable que los *compliance program*, recordemos que son un instrumento opcional, diseñados para prevenir los riesgos penales constituyeran una fuente generadora de dicho riesgo al incumplirse medidas autoimpuestas por la propia empresa²⁶. No obstante, en un caso como el delito de cohecho, al no haber respaldo normativo extrapenal creo que la propuesta interpretativa expuesta líneas más arriba podría constituir el punto de partida para diseñar las medidas de prevención frente a este tipo de hechos delictivos.

2.2. Identificación y valoración del riesgo

Teniendo presente todo lo expuesto anteriormente, es momento de explicar, muy someramente, cómo determinamos que una concreta empresa tiene un mayor o menor riesgo de que en su seno se cometa un delito de cohecho. Hay que aclarar que las líneas que siguen no se van a ocupar del método de cálculo del riesgo, que ayuda a dejar reflejado de una manera más o menos objetiva cómo se ha llegado a la conclusión de que una empresa presente una determinada probabilidad de que en su seno se cometa tal o cual delito. El objetivo en este punto es, simplemente, reflexionar sobre aquellos elementos que deben analizarse para detectar si existe una alta probabilidad de que se cometa el hecho delictivo que se trata de evitar.

Cuando estamos desarrollando la labor de identificación de los riesgos, en realidad, estamos entrando

de lleno en la búsqueda y concreción de las conductas pre-típicas. Tal como hemos indicado, en este caso y, a los efectos de determinar el riesgo de comisión del delito de cohecho, el elemento principal a estudiar es la relación de la empresa con la Administración Pública, con el objetivo de determinar la intensidad de dicha relación con el ente y el grado de confianza que se tiene con las personas físicas vinculadas de una forma u otra con la función pública, entendida esta última en sentido amplio. Para que esta labor no sea caótica podemos determinar tres grandes ámbitos en los que se debe poner el foco de atención. El primero de ellos es la actividad de la organización, cuyo análisis nos arrojará resultados sobre la existencia o no de relaciones con la Administración Pública y también sobre la intensidad de las mismas. Un segundo ámbito lo constituye la organización de la empresa que viene a responder a la pregunta de cómo se relaciona con los entes públicos, pregunta cuyas respuestas nos ayudará a determinar el grado de confianza que se tiene con las personas físicas vinculadas a dichos entes públicos. Por último, hay que señalar que es importante indagar sobre los antecedentes de la empresa. Este último estudio arroja resultados no sólo sobre la realización de conductas de riesgo, sino que también mostrará un historial dónde incluso se puede observar que en algún momento el riesgo de comisión del delito se ha materializado.

Sin ánimo de ser exhaustivos, en el sentido de detenernos en todos y cada uno de los factores e indicadores de riesgo que se puedan encontrar en cada uno de los tres ámbitos de análisis mencionados anteriormente, podríamos ponernos en la hipótesis de una empresa que presente una alta probabilidad de que en su seno se cometa un delito de cohecho. El objetivo de la citada hipótesis es mostrar alguno de los elementos generadores de dicho riesgo. Así, en una empresa cuya actividad principal sea la realización de obras públicas, ya queda detectada una relación estable con las Administraciones Públicas correspondientes. Además, en este tipo de casos también se puede observar fácilmente la intensidad de dichas relaciones, máxime si tenemos en cuenta la forma y las características del procedimiento de adjudicación del contrato público, así como su ejecución. Por lo tanto, cuanto más acercamiento a la Administración Pública, mayor el riesgo

24 Un ejemplo muy claro es el Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

25 Ver FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el artículo 31 bis 1. b) del Código Penal español", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.21-03, 2019, p. 5

26 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia...op. cit., p. 5: "no parece racional que una previsión que tiene carácter voluntario, y cuyo objeto es que las empresas puedan ver reducido su riesgo de ser condenadas mediante la adopción de determinadas medidas de control, pueda tener el efecto inverso, incorporando nuevas obligaciones, que incrementen el riesgo de condena penal".

de la comisión del delito. Ante esta situación, está claro que no se puede pretender evitar el riesgo cambiando o suprimiendo la actividad, lo que sí se puede hacer es, a través de una específica forma de organización de la empresa, gestionar de una determinada manera el riesgo.

Siguiendo con el ejemplo de una empresa con altos niveles de probabilidad de ser imputada por un delito de cohecho activo realizado por alguna persona física de su seno, es necesario detenerse sobre el análisis de su organización. Como ya hemos apuntado, en la organización nos fijamos en el modo en el que la empresa se relaciona con los entes públicos. Aquí se abre todo un abanico de factores que incrementan considerablemente el riesgo. La falta de una política concreta de selección de personal puede dar lugar en un futuro a contrataciones de funcionarios y autoridades, la falta de unas pautas concretas sobre la forma de realizar los pagos, la ausencia de controles sobre las personas que se encargan de tramitar los distintos expedientes ante la Administración pública, actividades de mecenazgo o patrocinio llevadas a cabo sin una comprobación previa de las personas que figuran como socios o miembros de la entidad beneficiada, una política poco clara de regalos y un largo etcétera constituyen elementos indicativos de un alto riesgo de la comisión de hechos constitutivos de un delito de cohecho activo.

Por último, habría que hacer referencia a los antecedentes, si bien, en un delito como el cohecho no encontraremos un historial de sanciones administrativa porque, tal como hemos apuntado, no hay un ilícito de referencia. Lo que sí podemos encontrar, aunque hoy por hoy con poca frecuencia debido a los escasos casos de imputación de las personas jurídicas, son condenas por este tipo de delitos. Junto a las condenas, si las hay, es necesario ver si han existido situaciones en las que la empresa ha estado bajo sospecha en relación con este delito, cuestión que se puede comprobar a través de la constatación de actuaciones archivadas o incluso procedimientos que han acabado en absolución. Creo que, desde el punto de vista de la prevención, la indagación en los antecedentes da una respuesta clara no sólo sobre aquellas conductas de riesgo sino también sobre la eficacia o no de los controles que la empresa puede o no tener implantadas. Tanto en empresas cuyos antecedentes comprenden un periodo en el que no había responsabilidad penal de las personas jurídicas como en las que sí había, hay que ver si alguno de los miembros de la organización ha sido o no condenado por delito de cohecho. A estos efectos es importante ver qué medidas ha tomado la propia empresa en relación con la persona física condenada y qué reacción ha tenido en general tras este acontecimiento.

3. Medidas idóneas a adoptar

3.1. Medidas específicas

A) Identificación de las personas de la empresa que desempeñan funciones de relación y comunicación con la Administración Pública

La identificación de las personas que tienen encomendadas funciones de comunicación y relación con la Administración Pública constituye, en primer lugar, una consecuencia lógica del propio requisito establecido por el artículo 31 bis 5.2º CP. Recordemos que el citado precepto prevé la necesidad de que se adopten por parte de la organización 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. En definitiva, la norma requiere, básicamente, que se dé respuesta a quién, cómo, cuándo y qué hace.

Si ponemos la anterior exigencia en relación con el caso que ahora nos ocupa, es decir, la prevención del delito de cohecho habrá que saber quién de la organización tiene competencias en esta materia. Considero, en coherencia con la premisa defendida aquí, que la identificación tiene que ser lo más exhaustiva posible. En concreto, tiene que existir un registro donde figuren no sólo los nombres y apellidos de dichas personas sino, además, una lista de las actuaciones que pueden llevar a cabo.

Esta labor de identificación de las personas competentes que puedan entrar en relación con la Administración Pública constituye una especie de mapa de riesgo *ad personam*, en el sentido de que el centro de la atención no se pone en la actividad, aspecto ya identificado y analizado antes de la implementación de las medidas, sino en los sujetos que la ejecutan.

Como cualquier medida que se adopta en el marco de un *compliance*, lo que tiene que quedar claro es cómo su implementación influye en la reducción del riesgo. En este caso, la medida en sí misma no tiene una repercusión directa sobre dicho riesgo, dado que la mera identificación de los sujetos y de sus funciones no supone cambio alguno en el funcionamiento habitual de la empresa sino, simplemente, una recopilación, esto sí, valiosa, de información sobre la organización. Será esta información, precisamente, la que nos va a ayudar a dirigir los controles sobre el concreto aspecto de la organización que presenta un riesgo potencial de comisión de un delito de cohecho, es decir, sobre los sujetos que tienen funciones de comunicación y relación con la Administración Pública.

Si hasta ahora estuvimos reflexionando sobre la importancia de tener una clara idea sobre quién desempeña funciones que, potencialmente, pueden suponer un riesgo de comisión del delito de cohecho, a conti-

nuación, nos vamos a referir a las medidas que inciden directamente sobre la forma en la que se deben llevar a cabo dichas competencias.

B) División de tareas y rotación en la ejecución de las mismas

En relación con la medida consistente en la división de tareas tenemos que hacer alguna que otra precisión, debido a que, a primera vista, puede dar la sensación de que hacemos referencia a una forma de hacer las cosas ya conocida por la empresa. Cuando nos referimos a la división de tareas no estamos contemplado el habitual y natural reparto de funciones en departamentos o áreas, cuya unión conforma un proceso productivo, sino que estamos proponiendo una división mayor. Un sencillo ejemplo de cómo se produce esta mayor división puede ser la emisión y cobro de una factura. Si bien esta tarea puede ser realizada, perfectamente, por una sola persona, con la medida aquí propuesta, la emisión la deberá realizar una persona distinta de la que se encarga de su cobro. Es decir, se trata de que dentro de un mismo departamento no haya una sola persona que concentre en exclusiva una determinada función.

La primera consecuencia de esta propuesta es una mayor burocratización dentro de la empresa, cuestión, con razón, detestada por el mundo empresarial por suponer una ralentización de la ejecución de tareas y, en definitiva, una disminución de la eficacia de la organización. Ahora bien, asumir este coste por parte de una empresa requiere que esta medida ofrezca, a modo de contrapartida, unos efectos positivos considerables, cuestión que sólo se podrá apreciar si queda claro cuál es el sentido del control. La idea básica es que la decisión no quede en manos de una sola persona o de unas pocas, ya que esta concentración de autonomía y poder resolutivo, sin control alguno por parte de otras personas, puede aumentar las probabilidades de que se abuse de dichas facultades concedidas por la empresa, y, en consecuencia, se incremente el riesgo de la comisión de un delito, sin perjuicio del riesgo de que la propia persona jurídica se vea afectada económicamente por posibles abusos de dichas funciones.

Volviendo al terreno de la prevención del delito de cohecho, observemos cómo el riesgo de la comisión del delito incrementa o disminuye en función de si se ha adoptado esta medida de división de tareas. Contemplemos una primera situación en la cual la misma persona, que tiene el cometido de obtener una licencia de obra mayor, es la que presenta la solicitud junto con el proyecto de obra; es la que atiende el requerimiento del arquitecto municipal o el técnico jurídico, a veces, incluso de manera presencial; es la que acompaña al arquitecto municipal en la visita *in situ* y es la que, finalmente, va a contratar a los que van a ejecutar la obra. A poco que hagamos un ejercicio de imaginación,

observaremos que, con todas estas competencias que, además, se suelen consolidar por el paso del tiempo (sobre este aspecto reflexionaremos un poco más adelante), el riesgo de que se cometa un delito de cohecho se incrementa sensiblemente. Reparemos sólo en la posibilidad que tiene el empleado de la empresa de proponerle al arquitecto municipal, que ha apreciado unas irregularidades y que no piensa informar favorablemente la concesión de la licencia, contratar la obra con algún familiar o conocido suyo.

Si ante la situación anteriormente descrita aplicamos la medida de división de tareas, que implica que una persona solicita la licencia, otra contesta a los requerimientos, otra contrata la obra, en mi opinión, estaremos disminuyendo el riesgo de que, ante la infructuosa solicitud, se recurra a prácticas ilegales.

Pero, junto a esta división de tareas, considero recomendable una rotación en la ejecución de las mismas de manera que se evite la consolidación de una persona en una determinada parcela de decisión. Si tomamos en cuenta el ejemplo anterior, no es nada recomendable que una misma persona, a lo largo de un amplio periodo de tiempo, sea la que conteste a los requerimientos de la Administración Pública, debido a que se suele crear un clima de confianza entre el funcionario y la persona encargada de ejecutar esa concreta tarea. Es evidente la dificultad que entraña la implementación de esta medida, pero teniendo en cuenta cuál es el fin último de la misma, es necesario tratar de que, de una forma u otra, aparezca como un rasgo habitual en el funcionamiento de la empresa.

C) Restricción de las comunicaciones con la Administración Pública

Para cerrar el catálogo de las medidas que inciden directamente en la forma de llevar a cabo las funciones de relación con la Administración Pública resta centrarnos en el siguiente aspecto: la necesidad de restringir al mínimo imprescindible la comunicación con los entes públicos. Hay que tratar de evitar que el personal encargado, por ejemplo, de la tramitación de un procedimiento administrativo mantenga una comunicación con la Administración Pública demasiado intensa y personal. En este punto, de lo que se trata es que por parte de la empresa se aborde, mediante el establecimiento de concretas pautas de actuación, las prácticas que suponen un alto riesgo de comisión del delito de cohecho. Pongamos, por ejemplo, que ante un, bastante habitual, retraso de una determinada corporación local ante la cual se ha presentado una solicitud de licencia de obra, el personal de la empresa encargado de su tramitación, con el objetivo de agilizar el trámite, visite personal y periódicamente a los funcionarios encargados del procedimiento en la propia oficina de urbanismo o remita correos informales en los que se pueda apreciar un

cierto grado de confianza con dichos funcionarios. Un comportamiento como el que acabamos de describir, de forma más o menos consciente, va encaminado a fortalecer esa confianza con el funcionario con el objetivo de agilizar un procedimiento administrativo, lo que, según hemos analizado en su momento, aumenta el riesgo de la comisión del delito de cohecho.

En el momento en el que, a través de la implementación de esta medida, se consiga tener con la Administración Pública una relación de comunicación impersonal y limitada a los estrictos requerimientos oficiales de la misma, se habrá logrado, por parte de la empresa, tener controlado un elemento clave en la apreciación del riesgo de comisión del delito de cohecho, es decir, una intensa relación de confianza con el funcionario. Además, esta medida, si se generalizara, podría tener efectos positivos no sólo en los propios sujetos que la han adoptado, sino también en la propia Administración Pública. Los funcionarios que trabajan en un determinado ente público, ante una despersonalización de las relaciones con las empresas, tendrán más difícil entablar una relación de confianza con el personal de dichas organizaciones, y, por lo tanto, las oportunidades de delinquir se reducirán considerablemente.

Tras ver por qué es necesaria esta medida, debemos hacer alguna reflexión sobre su configuración. Creo que, en este punto, la empresa debe regular expresamente la forma de llevar a cabo la comunicación con la Administración Pública con el fin de evitar prácticas de riesgo como las que hemos descrito líneas más arriba. Por otro lado, las previsiones de la organización se pueden apoyar directamente en las pautas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, norma jurídica básica que se ocupa, entre otras cuestiones, de la forma en la que las personas físicas y jurídicas pueden y deben relacionarse con la Administración.

Así, el artículo 13 a) de la ley establece como derecho de aquellos que tienen capacidad de obrar ante la Administración Pública a comunicarse con ésta a través de un "*Punto de Acceso General electrónico de la Administración*". No cabe duda de que las personas jurídicas ostentan dicha capacidad de obrar²⁷. Pero más allá de esta previsión, el artículo 14 de la Ley 39/2015, establece la obligación para las personas jurídicas, entre otros sujetos, a relacionarse electrónicamente. Por lo tanto, esta obligación legal, la de relacionarse electrónicamente, ayudará a la aplicación de la medida aquí propuesta en el siguiente sentido. En primer lugar, desaparece, para el personal y directivos de la em-

presa, cualquier motivo que pueda justificar una visita presencial en las propias oficinas de la Administración. En segundo lugar, y, como consecuencia de lo anterior, se avanza mucho en el carácter impersonal que, en mi opinión, debe caracterizar las relaciones entre la empresa privada y la Administración Pública. No obstante, con lo anterior no se consigue del todo asegurar esa impersonalidad en la comunicación. Como es obvio, cambiar el medio de comunicación no implica que el contenido se convierta en adecuado a los efectos que aquí nos interesan. Lo que se ha conseguido, en base a la previsión legal, es eliminar el elemento de riesgo que constituyen las visitas presenciales y que, desde luego, favorecen mucho más la creación de una relación personal entre la persona física vinculada a la empresa y el funcionario.

Antes señalábamos, como algo imprescindible, que la comunicación se limitara estrictamente a los requerimientos oficiales de la propia Administración Pública. Pero ello no quiere decir que la empresa tenga que llevar a cabo la implementación de esta medida a costa de derechos que le asisten como, por ejemplo, consultar el estado de tramitación de un determinado expediente. Es decir, la implementación de esta medida no debe suponer la renuncia a un derecho expresamente reconocido por la Ley²⁸, sino, simplemente, evitar que se haga un abuso del mismo o un uso indebido, desvirtuando su finalidad.

Para que las pautas que se den en relación con la forma en la que la empresa se debe relacionar con la Administración Pública no queden en meras declaraciones de intenciones hay que realizar un control de la comunicación, al objeto de comprobar que se respetan las reglas a tal efecto establecidas por la organización. En las líneas que siguen no me voy a referir a cómo hay que llevar a cabo este control o con qué intensidad, sino que se hará alusión a las garantías con las que éste se debe efectuar. Dentro del tema relacionado con las garantías de los derechos de los trabajadores habría muchos aspectos a tratar, como, por ejemplo, la forma en la que hay que llevar a cabo una investigación interna. No obstante, aquí nos limitaremos únicamente al secreto de las comunicaciones de los empleados y, más exactamente a cómo debe proceder el empresario antes de tomar una medida tan invasiva.

A tal efecto, queremos traer a colación la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 asunto Barbulescu (Gran Sala) que consideramos útil, desde el punto de vista de la configuración de un plan de prevención de delitos, debido a su

27 Cfr. art. 3 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas "*Artículo 3. Capacidad de obrar. A los efectos previstos en esta Ley, tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten capacidad de obrar con arreglo a las normas civiles. [...]*"

28 Cfr. art 53.1 a) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pública.

claridad y concreción. Los hechos que dan lugar a esta resolución se pueden resumir de la siguiente manera. El demandante había sido despedido mediante un proceso disciplinario debido a la utilización de mensajería instantánea para uso personal en el lugar de trabajo. La empresa, en su reglamento interno, había establecido expresamente la prohibición del uso personal de los medios de la organización y también había notificado sobre las posibles consecuencias. El incumplimiento de tal prohibición, por parte del demandante, había sido descubierto gracias a la intervención por parte de la empresa de dichos correos instantáneos.

La importancia de la resolución del TEDH no reside tanto en aportar algo nuevo al elenco de garantías²⁹ que el control empresarial de las comunicaciones debe revestir, como en establecer un catálogo de factores o de pautas que se deben tener en cuenta en el momento de adoptar una medida de esta naturaleza. El TEDH presenta dichos factores a tener en cuenta bajo forma de pregunta³⁰: (1) ¿El empleado ha sido informado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas? (2) ¿Cuál fue el alcance de la supervisión realizada del empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado? (3) ¿El empleador ha presentado argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido? (4) ¿Habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de comunicaciones del empleado? (5) ¿Cuáles fueron las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado? (6) ¿De qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, y concretamente si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida? (7) ¿Al empleado se le ofrecieron garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de supervisión del empleador tenían carácter intrusivo?

Por lo tanto, para llevar a cabo el control tan necesario para que la medida de prevención aquí planteada

sea efectiva hay que tener en cuenta los estándares y pautas que tanto la jurisprudencia de nuestros tribunales como la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han ido configurando. Si se da respuesta a las preguntas del TEDH, antes expuestas, el control de las comunicaciones se habrá hecho con todas las garantías y, de esta manera se habrá conseguido el imprescindible equilibrio entre la necesidad de adoptar medidas de prevención de delitos y el respeto de los derechos de los trabajadores.

D) Diligente procedimiento de selección y contratación de personal

El proceso de selección y contratación de los empleados ofrece a la empresa la oportunidad de iniciar de manera adelantada los esfuerzos para reducir el riesgo de comisión de delitos. Por esta misma razón deben documentarse todos los procesos de selección, incluso los que no acaban en contratación ya que, dado el caso, la empresa podrá acreditar ante el juez que la preocupación por reducir el riesgo empieza desde el mismo momento en el que un nuevo empleado y, a estos efectos, un potencial autor del delito, se integra en la organización.

Junto a la valoración de criterios relacionados con la capacidad, la experiencia y demás aspectos que la empresa quiera considerar, en la fase de selección, se deben añadir nuevas circunstancias a tener en cuenta como las siguientes. En primer lugar, se tiene que determinar si el aspirante proviene del ámbito privado o público, porque en este segundo caso se requieren unas indagaciones adicionales. En segundo lugar, con independencia del ámbito profesional de origen, habrá que descartar a aquellos candidatos que tienen antecedentes penales, juicios pendientes o las causas que motivaron la finalización de la anterior relación profesional a los efectos de determinar si están relacionadas con algún tipo de fraudes o irregularidades³¹.

Si el candidato tiene un origen profesional en el ámbito público, entendido éste en sentido amplio, es

29 Ver STS de la Sala de lo Social 119/2018, de 8 de febrero, resolución que por vez primera aplica la doctrina del TEDH en los términos de la STEDH asunto *Barbulescu* y que expresa lo siguiente: "Como es de observar, tales consideraciones del Tribunal Europeo nada sustancial añaden a la doctrina tradicional de esta propia Sala (las ya citadas SSTS 26/09/07 —rcud 966/06—; 08/03/11 —rcud 1826/10—; y SG 06/10/11 —rco 4053/10—) y a la expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia de contraste [STC 170/2013], así como a las varias suyas que el Alto Tribunal cita [así, SSTS 96/2012, de 7/Mayo, FJ 10; 14/2003, de 28/Enero, FJ 9; y 89/2006, de 27/Marzo, FJ 3], pues sin lugar a dudas los factores que acabamos de relatar y que para el TEDH deben tenerse en cuenta en la obligada ponderación de intereses, creemos que se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de "idoneidad", "necesidad" y "proporcionalidad". En el mismo sentido FJ 9º de la STS Sala de lo Penal 489/2018 de 23 de octubre: "No puede decirse que la sentencia *Barbulescu* II sea totalmente rupturista con los criterios que han ido cristalizando en nuestra jurisprudencia, someramente reseñada. Pero aporta y concreta al establecer con diáfana claridad parámetros de inexcusable respeto empujando a nuevas modulaciones y matizaciones [...]"

30 La formulación en un tiempo pasado se debe a que estas preguntas se plantearán, a posterior, por parte del órgano judicial en el caso de que tenga que valorar si la vigilancia empresarial de las comunicaciones se ha llevado a cabo con todas las garantías.

31 NIETO MARTÍN, A., "La prevención de la corrupción" en NIETO MARTÍN, A. (Dir.) *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 355

decir, con independencia del tipo de vinculación (relación funcional, cargo público, relación laboral, etc.) la fase de selección debe estar marcada por unas indagaciones adicionales a las que se recomienda hacer en relación con los aspirantes provenientes del ámbito privado. Lo primero es ver cuál es la situación jurídica de la persona en cuestión, es decir, comprobar si se trata de una excedencia, de una situación en la que se le ha apartado disciplinariamente, etc. Esto es necesario no sólo a los efectos de ver si la causa por la cual se le puso fin a la relación con la Administración Pública viene constituida por alguna irregularidad, sino también para comprobar posibles incompatibilidades establecidas por la normativa administrativa³². También es necesario indagar sobre si el candidato, durante su relación con la Administración, ha intervenido en procedimientos que han afectado directa o indirectamente a la empresa, de ser así habrá de abstenerse de proceder con la contratación.

Si se ha superado la fase de selección, a los efectos de la efectiva implantación de un plan de prevención de delitos, la celebración del contrato supondrá una nueva oportunidad para la empresa, debido a que muchos de los controles y medidas se pueden ver reforzados mediante su conversión en obligaciones contractuales expresas, de manera que vincularán directa y personalmente a los empleados. Es decir, la celebración de nuevos contratos se debe aprovechar para reforzar, mediante la introducción de las correspondientes cláusulas, la obligación de cumplir con todas las pautas establecidas a los efectos de reducir los riesgos de comisión de delitos.

E) Definición de la política de regalos

El que se tenga que poner el foco sobre los regalos y atenciones que una empresa pueda ofrecer a personas de ámbito público y privado es algo que no genera discusiones. Las dificultades aparecen, no obstante, en el momento de ver hasta dónde se debe limitar esta política. La práctica habitual, aun entrados en la era de los planes de prevención de delitos, consiste en permitir tener gestos de cortesía con funcionarios y autoridades, aunque limitándolos a un valor que no supere lo que se considera socialmente adecuado. No obstante, nuestra posición se muestra más favorable a una política que se caracterice por la prohibición absoluta de entrega de

detalles o de gestos de cortesía. Vamos a intentar ofrecer algún argumento al respecto.

Nuestro planteamiento es antagónico no sólo con la práctica habitual sino también con las propias previsiones normativas que tampoco han querido eliminar de raíz esta costumbre. En este sentido sirva de ejemplo la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno³³ o el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público³⁴.

Para dotar de argumentos la opción propuesta aquí es necesario, recordar unas consideraciones ya expuestas a lo largo de este trabajo. El programa de prevención de delitos tiene incidencia sobre las conductas pre-típicas, es decir sobre las conductas de riesgo pero que no llegan a constituir ningún tipo de ilícito. También hemos señalado que estas conductas de riesgo, en el caso del delito de cohecho, aparecen cuando hay una intensa relación con la Administración Pública y un alto grado de confianza con las personas físicas vinculadas a los entes públicos.

Por ejemplo, la entrega de un décimo de lotería de Navidad a un funcionario, aunque podría ser considerado como algo aceptado socialmente, desde la posición aquí defendida, pone de manifiesto un grado bastante importante de confianza entre la empresa y el empleado público. Por lo tanto, desde la perspectiva del plan de prevención de delitos esto se debe considerar como una conducta de riesgo y, en consecuencia, habrá que actuar sobre la misma. Al no ser necesaria para el desarrollo de la actividad de la empresa se podría proponer la eliminación de esta práctica. Si esta fuera la opción escogida creo que se podrá decir que la empresa ha reducido el riesgo de la comisión de un delito de cohecho. La solución propuesta en relación con este ejemplo es trasladable a la restante casuística.

Por lo tanto, el argumento principal para adoptar una política que prohíba absolutamente la entrega de regalos es que sólo de esta manera la empresa podrá demostrar que ha realizado los esfuerzos máximos exigibles para reducir el riesgo de comisión del delito de cohecho. En cambio, en una empresa que adopta la práctica, lícita pero arriesgada, de tener alguna atención con los empleados públicos, no podrá afirmar que ha reducido su riesgo al máximo posible dado que todavía tenía margen de maniobra.

32 Ver, entre otras, Ley 53/1984, Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas; Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes.

33 Cfr. art 26 dónde en relación con los principios de actuación se establece que *"No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones"*

34 Cfr. 54.6 *"Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal"*

A lo anteriormente expuesto habría que añadir la observación de que una política como la que proponemos aquí ofrece mucha más claridad y seguridad jurídica que una práctica donde la empresa, si bien concreta el determinado valor que pueden tener los regalos y atenciones, no puede estar segura al cien por cien que no ha superado los “usos sociales”. Por poner un ejemplo, ofrecer una botella de vino valorada en cien euros o una cena por el mismo valor ¿entra en lo que se denomina “usos sociales”? Por otro lado, frente a quien alega que ese valor no tiene poder de corromper, ya hemos dicho que esta no es una conducta ilícita pero sí es una conducta arriesgada. Pero el valor es sólo un parámetro a tener en cuenta, habrá que contemplar el momento de la entrega³⁵ y también la frecuencia con la cual se procede a tener estos gestos. También habrá que preguntarse hasta qué punto podemos afirmar en relación con las empresas (aquí contemplo, sobre todo, las corporaciones de cierta envergadura, no tanto la microempresa) valores como el altruismo o la simple cortesía. En todo caso, con independencia de cuantas cautelas se adopten en relación con el valor y demás circunstancias del regalo, la empresa no tendrá la seguridad suficiente de que su actuación se pueda calificar como socialmente adecuada. En definitiva, es más recomendable, a mi modo de ver, huir del terreno, tan poco claro, en el que se utiliza dicha expresión dado que nunca proporcionará la suficiente seguridad jurídica³⁶.

Por último, como dato interesante, no como un argumento de peso, se puede poner en valor que una política que prohíba absolutamente la entrega de regalos, desde un punto de vista de la gestión del plan de prevención de delitos, no genera burocracia interna, aspecto que sería imprescindible en el caso de una práctica permisiva con las atenciones, dónde debería quedar todo reflejado documentalmente (receptor, valor del regalo, momento de la entrega, etc.)

F) Control mancomunado de gastos

Las medidas, como, por ejemplo, la política de regalos, encaminadas a evitar que la empresa realice favores de contenido económico o material a funcionarios y autoridades públicas no tendrían ninguna virtualidad, si no se vieran reforzadas por un riguroso control de los

activos³⁷ y patrimonio de la organización, así como de los pagos que ésta realiza. Los controles económicos y contables, como es obvio, afectan a todos los aspectos que atañen al desarrollo normal de una empresa, por lo que aquí no se puede hacer una descripción detallada de cada uno de ellos. No obstante, sí que podemos poner de relieve dos ideas centrales relacionadas con los gastos de la persona jurídica. La forma de pago que utilice la empresa, así como la competencia para autorizarlo son dos aspectos básicos sobre los que hay que centrar el foco de atención.

Cuando se hace referencia a la forma de pago, inmediatamente, aparece la clara división entre la utilización de dinero en efectivo y el desembolso a través de transferencias bancarias y demás formas electrónicas. Cada una de estas formas, en función del tratamiento específico que se le dé, influirá en el mayor o menor control que se pueda tener sobre los gastos de la empresa. En relación con el pago en metálico la tendencia es restringirlo al máximo, precisamente porque de otra manera el control de los fondos sería muy difícil, por no decir imposible. En este caso, una vez más, la normativa extrapenal juega un papel fundamental. La Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, en su artículo 7, establece la prohibición de realizar pagos en efectivo o mediante cheque al portador por importe igual o superior a 2.500 € en aquellas operaciones en las que interviene un empresario. No obstante, en la práctica empresarial, máxime cuando se trata de las grandes compañías, por lo general, se prescinde de esta forma de pago lo que supone una facilidad para evitar tanto el delito de cohecho como alguno otro como pudiera ser el blanqueo de capitales.

Realizadas las correspondientes reflexiones en relación con el dinero en efectivo, resta ver cómo hay que tratar los instrumentos de pago como, por ejemplo, las transferencias bancarias o el uso de las tarjetas. Aunque estos medios de pago presentan una gran utilidad, al dejar rastro de las operaciones realizadas, necesitan de algunas medidas y previsiones adicionales. En el caso de las transferencias bancarias sería conveniente que la

35 NIETO MARTÍN, A., “La prevención de la corrupción” op. cit., p. 334 “*El momento en que se entrega el regalo: no es igual ofrecerlo en fechas como la Navidad que en el momento que el funcionario debe adoptar una decisión*”.

36 VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado “cohecho de facilitación” (art. 422 cp.)”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época, núm.6, 2011, pp. 161 “*Es discutible, sin embargo, que, por sí sola, la distinción entre regalos socialmente inadecuados, por implicar el enriquecimiento del funcionario (un reloj de oro, un ordenador de última generación o la invitación para acudir a un congreso en otro país), y pequeñas atenciones de bagatela o de reconocimiento social habitual (la botella de vino entregada al cartero con motivo de las fiestas navideñas o la agenda con que se obsequia a quienes intervienen en una reunión), permita seleccionar, con la necesaria seguridad jurídica lo penalmente relevante.*”

37 NIETO MARTÍN, A., “La prevención de la corrupción” op. cit., pp. 366 y ss.

empresa optara siempre por pagos en cuentas nacionales o, en el caso de que las actividades de la organización así lo requirieran, en cuentas ubicadas en los países dónde se prestan o se contratan los servicios, de manera que se evite que los desembolsos realizados acaben en paraísos fiscales. Por lo que respecta al uso de las tarjetas de crédito de la empresa, sobre todo cuando su fin está relacionado con gastos de representación o dietas, necesitan de una regulación interna muy detallada, clara y concreta que fije aspectos tan relevantes como los casos en que se puede utilizar, la cuantía máxima y la posterior justificación de los gastos realizados.

Dejando de lado el tema relativo a la forma de pago, y centrándonos en la competencia para autorizar los gastos, es necesario volver a una idea ya apuntada a lo largo de este trabajo en relación con las funciones de comunicación con la Administración Pública: la división de tareas y la rotación en la ejecución de las mismas. Efectivamente, consideramos como algo fundamental implementar controles que eviten la concentración de funciones en una misma persona y ello, a pesar de que esto pueda suponer pérdida de agilidad para la operativa de la empresa. Por lo tanto, la competencia para autorizar gastos, así como el ejercicio de la misma debe verse repartida entre varios sujetos. De esta forma la decisión no será fruto de un procedimiento controlado por una sola persona sino el resultado de la participación de varios implicados, donde el incumplimiento de normas jurídicas y de previsiones establecidas por la empresa se verá dificultado.

En definitiva, la economía y la contabilidad de la empresa deben ostentar una finalidad añadida a la de la maximización de los beneficios: la de dar virtualidad a las medidas y pautas que deben implantarse en la organización en virtud del plan de prevención de delitos.

3.2. Las pautas del art. 31 bis 5 CP como garantía de aplicación y cumplimiento de las medidas de prevención específicas

Las medidas generales que vamos a exponer a continuación, alguna de ellas establecida de manera expresa por parte del Código Penal, son una garantía que asegurará el cumplimiento efectivo de los controles y las pautas que la empresa haya podido adoptar con el objetivo de prevenir la comisión de delitos en su seno.

A) El canal de denuncias

El artículo 31 bis 5 CP, precepto que regula el contenido mínimo de los modelos de gestión y organización, establece en su punto 4º que los planes de prevención “*impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*”. Esta previsión implica la necesaria creación de lo que se viene conociendo como canal de denuncias³⁸ y constituye un elemento clave que tiene que estar presente en cualquier plan de prevención de delitos³⁹. La importancia de esta medida reside en el hecho de que permite detectar las irregularidades que se cometen en relación con el modelo implantado. Esta cuestión trae como consecuencia la posibilidad de que la empresa pueda redefinir sus controles, en el caso de que se haya demostrado que no son eficaces, o reafirmarlos mediante la sanción de aquellas personas que no los cumplen. Por otra parte, el canal de denuncias es una valiosa prueba mediante la cual la empresa podrá demostrar en sede judicial no sólo que ha adoptado un plan de prevención de delitos, sino que éste era eficaz⁴⁰.

El ámbito subjetivo del canal de denuncias viene determinado por aquellas personas a las que la empresa puede imponer esta obligación, es decir, directivos y empleados que son, a la vez, los principales actores sobre los que recae el deber de cumplir con las pautas de conducta establecidas en virtud de la adopción del plan de prevención de delitos ostentando, por lo tanto, también la “legitimación pasiva”. Determinados los grupos de personas a los que alcanza la previsión del artículo 31 bis 5 4º, cabe reflexionar sobre la posibilidad de que esta herramienta se ponga a disposición de otras personas que se relacionan con la empresa, como pudieran ser clientes, proveedores y otro tipo de colaboradores de la misma. Una vez que se ha cumplido con el mínimo exigido por el Código Penal nada impide que por parte de la empresa se fomente el uso de esta herramienta entre los colaboradores y clientes de la organización.

La delimitación del ámbito objetivo del canal de denuncias está condicionada por el alcance que se da a los términos “*riesgos e incumplimientos*” y por las funciones del oficial de cumplimiento. El Código penal no determina de una manera clara a qué van referidos los incumplimientos que deben denunciarse. Por esta

38 Ver. DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 293, que considera que el Código Penal no obliga a la implantación de un canal de denuncias sino simplemente a que los directivos y trabajadores informen al oficial de cumplimiento de las irregularidades que se observen en relación con el plan de prevención de delitos.

39 Ver. Circular de la FGE 1/2016 p. 44: “*La existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención.*”

40 GARCÍA MORENO, B., “Whistleblowing y canales institucionales de denuncias” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.) *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 207

razón algunos han defendido que los hechos denunciab- les vienen constituidos por cualquier incumplimiento de la normativa a la que está sujeta la organización⁴¹. Una práctica habitual, sobre todo en el caso de las grandes compañías, ha sido establecer como comportamientos denunciab- les los incumplimientos de sus propios códigos éticos⁴². A priori, ésta podría constituir la mejor opción, pero siempre y cuando dichos códigos éticos no estén conformados por la simple reproducción de la normativa administrativa y penal, cuestión muy habitual en la práctica de las empresas mencionadas anteriormente. Recordemos que a lo largo de este trabajo hemos defendido que el núcleo duro de un plan de prevención viene constituido no por comportamientos típicos ya castigados por el Derecho penal, sino por un conjunto de pautas que ayuden a evitar conductas pre-típicas que aumentan el riesgo de que se cometa un determinado delito. Por lo tanto, a mi modo de ver, lo que exige nuestra normativa es que se denuncien los incumplimientos de los controles y las medidas de prevención adoptados por la empresa⁴³. Esta delimitación del ámbito material del canal de denuncias es la que mantiene la coherencia con las funciones propias⁴⁴ de un “organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”, es decir, del órgano de cumplimiento.

La efectividad de esta medida vendrá condicionada por la forma en la que se configure el sistema de denuncias, y, en definitiva, por el tipo de tratamiento que se da a la identidad del denunciante. En efecto, el debate entre un sistema de denuncias confidenciales, en el que la identidad del denunciante es conocida y un sistema de denuncias anónimas, donde la persona que denuncia no tiene que exponer sus datos personales, debe centrarse en la búsqueda de la máxima efectividad al tiempo que se evita el mayor número de inconvenientes.

Una mayor eficacia se consigue con la denuncia anónima, debido a que el denunciante no tiene que asumir

el riesgo de unas posibles represalias u otras consecuencias y, por lo tanto, su predisposición para el uso de esta herramienta se puede ver incentivado. Este sistema, al no requerir la identidad del denunciante, no sólo evita las dificultades prácticas de asegurar la protección de los datos personales, sino que, además, permitirá que el número de delaciones aumenten lo que permite llevar a cabo una eficaz labor de detección de las deficiencias del plan de prevención de delitos. El mayor inconveniente que se ha puesto de relieve en relación con este sistema ha sido el hecho de que abre la puerta a un mal uso del canal y, por lo tanto, favorecerá las denuncias falsas o de mala fe. A mi modo de ver, este mal uso no debe suponer mayor escollo dado que el recorrido de una denuncia de mala fe acaba en cuanto el oficial de cumplimiento la reciba. Una de las labores fundamentales del órgano de cumplimiento en relación con el canal de denuncias es, precisamente, realizar una valoración de todas las manifestaciones que se hacen a través de esta herramienta. Será precisamente, esa valoración la que dará lugar a una investigación que, en todo caso, se deberá hacer con la observancia de los derechos del denunciado. Por lo tanto, el inconveniente puesto de manifiesto es relativamente fácil de superar.

Por su parte, la denuncia confidencial no será tan efectiva debido a que no ofrece las mismas garantías de protección de la identidad del denunciante, por más que la normativa nacional y europea se ha preocupado de atajar este problema⁴⁵. Ahora bien, siempre se pone de manifiesto que este inconveniente se puede ver superado acompañando esta herramienta de algunos incentivos como pudieran ser la “amnistía”, para el caso de que el denunciante haya participado de alguna forma en el incumplimiento, o alguna recompensa económica para el resto de los casos. No obstante, a mi modo de ver, por muy atractivos que pudieran ser los mencionados incentivos no creo que llegarán a dotar al canal de

41 AAVV. “Gestión del canal de denuncias y políticas de privacidad y protección de datos de carácter personal” en JUANES PECES, A. (Dir.) *Compliance Penal* Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2017, p. 188

42 GARCÍA MORENO, B., “Whistleblowing...op. cit., p. 219

43 En este sentido ver también DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal...op. cit.*, p. 292 “Por tanto, la obligación que establece el art. 31 bis, núm.5, del CP es una obligación impuesta para beneficio del funcionamiento y la eficacia del programa, no como refuerzo o como consecuencia de una obligación de denuncia de infracciones penales”

44 DE LA MATA BARRANCO, N., “La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Protocolos de prevención de delitos” en JUAN PECES, A. (Dir.) y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 98 “El correcto desarrollo de las labores del Encargado de cumplimiento requiere también, necesariamente, canales de denuncias óptimos que permitan que lleguen a él la noticia de comportamientos no deseados. [...] En este sentido, la labor del Encargado del cumplimiento ha de ir ligada a la existencia de un procedimiento o canal de denuncias concreto, tanto para que el pueda desarrollar su labor como para que la pueda reportar adecuadamente a los órganos que deben tomar decisiones sobre los comportamientos irregulares detectados”. El mismo “El órgano de “compliance” penal: algunas cuestiones” en MATALLÍN EVANGELIO, A. (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 40

45 Cfr. art. 24 de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; art 73.1 de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014

denuncias de una efectividad como la que se consigue con la denuncia anónima.

Aquí hemos defendido que la denuncia anónima ofrece muchas más ventajas que inconvenientes y consideramos que éste es el sistema más recomendable desde el punto de vista de la efectividad. Además, con la reciente entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, hay una habilitación legal expresa⁴⁶ que permite adoptar esta fórmula, acabándose así los debates sobre si en nuestro ordenamiento es posible o no recurrir a este sistema. No obstante, esta fórmula parece imposible de adoptar en el marco de un plan de prevención de delitos, al exigir el Código Penal que se imponga la obligación de informar de riesgos e incumplimientos. Si la denuncia está configurada como obligación, entonces, necesariamente, se tendrá que conocer la identidad del denunciante porque, en caso contrario, no hay manera de controlar que efectivamente se está dando cumplimiento a la misma o el trabajador no tiene manera de demostrar que ha cumplido con este deber⁴⁷.

A pesar de lo expuesto, cabe preguntarse si una persona jurídica que ha adoptado un plan de prevención de delitos en el que el sistema de denuncias es anónimo, debe perder la posibilidad de ser exonerada de la responsabilidad penal por no cumplir con la forma prevista en el artículo 31 bis 5 4º CP. Creo que en este caso se debería hacer una interpretación desde el punto de vista de la finalidad de la norma que ahora analizamos y que es la de detectar las deficiencias del plan de prevención. Si con un canal de denuncias, configurado de manera distinta a como lo requiere el art. 31 bis 5 CP, se alcanza el objetivo principal perseguido por dicha norma no debería haber inconveniente en aceptar el sistema de denuncias anónimas como válido en el marco de un modelo de gestión y organización eficaz.

B) La formación e información

La medida a la que vamos a hacer referencia en las líneas que siguen no está contemplada por el Código penal, pero es una consecuencia lógica de la obligación de implantar un canal de denuncias. La formación e información es imprescindible para que se pueda exigir el cumplimiento de las pautas del plan de prevención de

delitos, pero también para poder implicar al personal de la organización en la labor de detección de las deficiencias e incumplimientos del mismo. ¿Cómo sabrán los integrantes de la empresa qué es lo que debe ser objeto de denuncia si no tienen un mínimo conocimiento sobre las medidas y controles que ellos mismos deben cumplir y si no tienen información sobre aquello que se trata de evitar mediante el plan de prevención de delitos? Por lo tanto, el objetivo principal de esta medida es que el personal de la empresa conozca el modelo y su funcionamiento para que, de esta manera, cumpla con las medidas de prevención del delito⁴⁸.

La formación debe ir referida, entre otras cosas, a los aspectos principales del modelo adoptado, es decir, se tiene que instruir al personal sobre la importancia y los efectos de la nueva forma de hacer las cosas en la empresa, las facultades y competencias del oficial de cumplimiento y, lo más importante, las medidas y reglas que se deben cumplir.

Ahora bien, para que se cumpla el cometido de esta medida, la formación debe ser obligatoria, real y específica⁴⁹. Dejando de lado las primeras dos, que resultan evidentes, esta última característica implica que la formación se debe adecuar al puesto y a los riesgos de cada empleado⁵⁰. Una formación que tenga en cuenta el parámetro mencionado permitirá abordar los riesgos e intentar reducirlos con una mayor precisión. Si volvemos nuevamente a la prevención del delito de cohecho, observaremos fácilmente que la necesidad de formación en las medidas y controles diseñados difieren en función del puesto de que se trate. Así, un operario no tendrá la misma necesidad de formación en la prevención del delito de cohecho que el director financiero.

C) El sistema disciplinario

Como en el caso de cualquier otro tipo de reglas y normas, las pautas establecidas en el plan de prevención de delitos requieren de un aparato coercitivo para el caso de que no se respeten y por esta razón el artículo 31 bis 5º CP determina la necesidad de establecer “*un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo*”. Conscientes de que el sistema disciplinario, necesario para un eficaz plan de prevención de delitos, implica unas complejidades técnicas⁵¹ que no se pue-

46 Cfr. art. 24. 3 de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

47 DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal...* op. cit., p. 293

48 DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal...* op. cit., p. 289

49 DE LA MATA BARRANCO, N., “La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...” op. cit., p. 95

50 NIETO MARTÍN, A., “Código ético, evaluación de riesgos y formación” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.) *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 162

51 Ver ampliamente GOÑI SEIN, J.L., “Programas de cumplimiento empresarial (*Compliance Programs*): aspectos laborales” en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.; GÓMEZ MARTÍN, V., (Dir.) *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 414 y ss.

den tratar aquí, nos limitaremos a recordar que, en todo caso, esta medida se debe implantar con la observancia de las normas del orden laboral⁵².

4. A modo de conclusión

A través del análisis de algunas de las medidas necesarias para prevenir, en este caso, el delito de cohecho activo, hemos tratado de poner de relieve lo que habíamos anunciado al inicio de estas líneas: los planes de prevención se deben caracterizar por la especificidad y por un protagonismo absoluto de la normativa penal. Por esto hemos defendido que el punto de partida para el diseño de cualquier medida de prevención debe estar marcado por la descripción típica que nos ofrece el Código Penal para que, a través de un desglose casuístico, se pueda comprender aquello sobre lo que el plan de prevención de delitos debe incidir, es decir, las conductas pre-típicas o de riesgo.

Para la concreción de las conductas de riesgo que se trataba de evitar o, cuando no fuera posible, gestionar, se ha identificado que los dos elementos principales a tener en cuenta son la intensidad de la relación con la Administración Pública y el grado de confianza o afinidad entre la empresa y la persona física vinculada a la misma. La explicación de las medidas específicas, en nuestra opinión, imprescindibles para reducir las posibilidades de que el delito de cohecho se cometa en el seno de la empresa, ha contemplado tres parámetros: cuál es su contribución en la reducción del riesgo, cuál es su configuración y cuáles son las dificultades para su implementación. Aunque las medidas específicas expuestas pudieran obligar a un cambio, en ocasiones, un tanto exagerado si lo miramos desde la perspectiva de la lógica empresarial, éste es imprescindible para poder sostener que el plan de prevención de delitos está respaldado por una verdadera voluntad de la organización de adoptarlo.

Al hilo de las reflexiones expuestas, se ha podido observar que la normativa extrapenal, fundamentalmente de naturaleza administrativa, pero no sólo, juega un papel muy importante tanto a los efectos de configurar las medidas de prevención como a la hora de asegurar su cumplimiento.

Por último, resaltar que los planes de prevención de delitos y, en general, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas plantea, entre otras cosas, dos retos interesantes e interrelacionados entre sí. El primero, de carácter práctico, será conseguir normalizar en las empresas la presencia de esta nueva forma de hacer las cosas. Cumplir con este reto, en el caso de los delitos de cohecho, tendrá una doble recompensa

debido a que las medidas de prevención que se puedan implantar inciden directamente en el dúo empresa-Administración Pública y, por lo tanto, los controles adoptados por uno de los sujetos extienden sus efectos preventivos directamente sobre el otro. El segundo de los retos, imprescindible para la consecución del primero, será determinar con exactitud en qué consiste cada uno de los aspectos que integran los planes de prevención de delitos.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. *Compliance Penal* JUANES PECES, A. (Dir.) Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2017.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. “Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español”, en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2º edición 2016.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., “La responsabilidad colectiva”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 98, 2009.
- CARRASCO ANDRINO, M., “Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del artículo 129”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época núm. 18, 2006.
- CUGAT MAURI, M., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015.
- DE LA MATA BARRANCO, N., “El órgano de “compliance” penal: algunas cuestiones” en MATA LLÍN EVANGELIO, A. (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DE LA MATA BARRANCO, N., “La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Protocolos de prevención de delitos” en JUAN PECES, A. (Dir.) y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
- DE LA MATA BARRANCO, N., “La lucha contra la corrupción política”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-01, 2016.
- DE LA MATA BARRANCO, N., “Tipos penales para los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea” en JUAN PECES, A. (Dir.) y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.),

⁵² Ver art. 58.1 y concordantes del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

- Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
- DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret*, núm. 1, 2012.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), 2001.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el artículo 31 bis 1. b) del Código Penal español”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm.21-03, 2019.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación: art 31 bis 1, art 31 ter y art 31 quinquies”, en JUAN PECES, A. (Dir.) y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Requisitos comunes a los criterios de transferencia o conexión o doble vía de imputación [art. 31 bis 1. apartados a) y b)]”, MATA LLÍN EVANGELIO, A. (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GARCÍA MORENO, B., “Whistleblowing y canales institucionales de denuncias” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.) *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GÓMEZ TOMILLO, M., “Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas: sistema español. Antecedentes”, en JUAN PECES, A. (Dir.) y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, *Diario La Ley*, N° 7501, 2010.
- GOÑI SEIN, J.L., “Programas de cumplimiento empresarial (*Compliance Programs*): aspectos laborales” en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.; GÓMEZ MARTÍN, V., (Dir.) *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.
- NIETO MARTÍN, A., “Código ético, evaluación de riesgos y formación” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.) *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NIETO MARTÍN, A., “La prevención de la corrupción” en NIETO MARTÍN, A. (Dir.) *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La evolución ideológica de la discusión sobre “la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol.29, núm.86-87, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer, Madrid, 2013.
- SILVA SANCHEZ, J.M., y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. “El art. 31.2 del Código penal ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, *InDret* 2/2006.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado “cohecho de facilitación” (art. 422 cp.)”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época, núm.6, 2011.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)” en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), 2001.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 3 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.