

LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL CP.

Programas de prevención del delito
y actuación de los gestores públicos.

Eduardo Torres-Dulce Lifante

¿ ES NECESARIA UNA REGULACIÓN PENAL D ELAS PERSONAS JURÍDICAS .?

- A FAVOR : Legislación Europea de referencia .
Doctrina : Carlos Gómez Jara .
FGE : Circulares FGE 1 / 2011 y 1 / 2016 .
La referencia al Decreto Legislativo Italiano nº 231 de 8 de junio de 2001.
- EN CONTRA
- Doctrina
Rodríguez Mourullo .
Jesús Mº Silva
- CP como última ratio y concepción liberal del principio de intervención mínima.

CULPABILIDAD Y PENAS

- EL CP construido como un sistema de responsabilidades personales en indicativos de culpabilidad .

- Las penas van asociadas a ese modelo.

Penas privativas de libertad y derechos : personales

La Multa como pena no estrictamente penal

- Dificultades para encajar un sistema diferente.
- Construir otro edificio dogmático de responsabilidad propia de la p. jdca .

UN SISTEMA DE CULPABILIDAD PERSONAL

- El TS ha sido tajante a la hora de establecer las reglas de interpretación de la responsabilidad penal de las personas jdcas.
- La STS 514 / 15 , de 2 de septiembre advertía que sea cual sea el modelo de responsabilidad penal de las personas jdcas. , deberá obedecer siempre a los “ principios irrenunciables que informan el proceso penal.”

Derechos y garantías de las Personas Jurídicas

- La jurisprudencia del TS (SS TS 154 , 221 y 516 / 2016) es tajante a la hora de advertir de la absoluta igualdad de las garantías y derechos fundamentales , especialmente los de implicación procesal , entre las personas físicas y jurídicas , incluido el derecho a la presunción de inocencia (art. 24. 2 CE) , base de la absolución y casación estimada en la STS 221 / 2016 .

EL SISTEMA Del CP : Una apuesta por el sistema vicarial .

- EL DOBLE DISEÑO DEL ART. 31 BIS .1 a y b .
- La transferencia de responsabilidad personal a la responsabilidad societaria.
- Una copia directa de los arts 6 y 7 del Decreto Legislativo italiano nº 231 de 8 de junio de 2001

•
El concepto clásico de la dirección o representación (art. 31 bis 1 . A)

- La extensión de la responsabilidad personal más allá de la dirección o representación societaria (art. 31 bis 1 . B)

SISTEMA VICARIAL

- La aparición de nuevos conceptos :
Control , organización , etc .
- La desaparición en Reforma CP 2015 de
conceptos asentados como Administrador de
hecho y de Derecho .

Dificultades interpretativas : González Cussac.
. (Comentarios a la Reforma del CP de 2015 .
Tirant Lo Blanch)

EL SISTEMA DEL ART. 31 BIS 1 A

- Un sistema vicarial en el que la Responsabilidad penal de la persona jurídica lo es vicarialmente o por transferencia o representación (Circular 1 / 2016 FGE , Conclusión 1^a) .
- Esta posición es expresada de manera minoritaria por la Sala 2^a TS en STS 154 /16 y sorprendentemente en la STS 516/ 16, de 13 – 6 .

UN SISTEMA DE AUTOREGULACIÓN

- Lo sostiene mayoritariamente la Sala 2ª TS en las SSTS 154 y 221 / 16 .
- Ello implica que la responsabilidad penal de las P. Jdcas se irroga de la existencia o no de un plan de cumplimiento eficiente respecto del delito cometido.
- Es un giro copernicano respecto de lo determinado por el Art. 31 bis CP.

Art . 31 Bis 1 a CP

- La P. Jdca responde , en el sistema vicarial , por los delitos cometidos por :
- Art. 31 bis 1 a
 - a.- Representantes legales .
 - b.- Quienes , individualmente o integrados en un órgano de la p. jdca , están autorizados para tomar decisiones en su nombre .
 - c.- Quienes , individualmente o integrados en un órgano , ostenten facultades de organización o control.

UNA RESPONSABILIDAD VICARIAL

- Art. 31 bis 1 b
- Quienes en la estructura organizativa de la P. Jdca están sometidos a las personas o cargos del art. 31 bis 1 a y han realizado los hechos por haberse incumplido GRAVEMENTE por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad , atendidas las concretas circunstancias del caso .

UN SISTEMA VICARIAL

- LA FGE en la CIRCULAR 1 / 2016 , no duda en incluir en este supuesto del art. 31 bis 1 b a autónomos, trabajadores subcontratados y empleados de empresas filiales , siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social. (Conclusión 8ª)

AUTORES Y SISTEMA VICARIAL

- El gran riesgo que comporta el sistema vicarial diseñado en el art. 31 bis 1 , sobre todo en los supuestos de la letra a , no es otro sino que se convierta en un sistema de automatismo que conlleve la responsabilidad objetiva.
- Lo denuncia la FGE Circular 1 / 2016 .
- Idem SSTS 514 / 2015, de 5- 9 , 154 / 2016 , de 29- 2 y 221/ 2016 ,de 16- 3 .

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD VICARIAL Y NO OBJETIVA

- La STS 221 / 2016 , de 16 de febrero es tajante al respecto.
- La responsabilidad penal de las p. jdcas . Sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías (art. 24 . 2 CE) .
- No podemos hablar de un sistema de responsabilidad objetiva , en el que el hecho que UNO transfiera la responsabilidad del OTRO , aunque ese otro sea un ente ficticio sometido , hasta hace poco a otros sistemas de responsabilidad .

RESPONSABILIDAD VICARIAL Y OBJETIVA

- La pena impuesta a un p. jdca sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio.
- Aunque se parta de la existencia de un hecho delictivo cometido por una persona física , ha de indagarse sobre elementos organizativos y estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión , con influencia en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad de empresa .

RESPONSABILIDAD VICARIAL Y OBJETIVA

- La indagación del Juez Instructor deberá recaer sobre la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, si se quiere construir un modelo respetuoso con el principio de culpabilidad .
- La consecuencia inevitable es que esa prueba de cómo han funcionado esos modelos se traslada , , de la defensa de la p. jdca , que es lo que correspondería si se la tuviera como una mera exención , al Fiscal y a las acusaciones . El TS la ha elevado a una suerte de elemento negativo del tipo .

ART. 31 BIS 1 a CP

- Se exige que actúen en nombre o por cuenta de la p. jdca .
- Y en su beneficio directo o indirecto (desaparece “ en su provecho “).

Circular FGE (Conclusión 3^a) :

- No es necesario que se llegue a producir el beneficio .
- Se extiende la responsabilidad a entidades sin objeto social de intereses económicos .

Beneficio de p. jdca

- Se incluyen beneficio obtenidos a través de un tercero interpuesto , los ahorros de costes y en general todo tipo de beneficios estratégicos , intangibles o reputacionales .

DELITOS QUE PUEDEN COMETER LAS P. JDCAS

- Sólo aquellos que expresamente , un sistema parecido al de las imprudencias , así se indica en el articulado del CP .
- Se trata de un NUMERUS CLAUSUS diseminado en el articulado del CP.

Delitos	Artículos CP
Tráfico ilegal de órganos humanos	156 bis.3
Trata de seres humanos	177 bis.7
Prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores	189 bis
Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático	197 quinquies
Estafas	251 bis
Frustración de la ejecución	258 ter
Insolvencias punibles	261 bis
Daños informáticos	264 quater
Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	288
Blanqueo de capitales	302.2
Financiación ilegal de los partidos políticos	304 bis.5
Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social	310 bis
Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	318 bis.5
Urbanización, construcción o edificación no autorizables	319.4
Contra los recursos naturales y el medio ambiente	328
Relativos a las radiaciones ionizantes	343.3
Riesgos provocados por explosivos y otros agentes	348.3
Contra la salud pública	366
Contra la salud pública (tráfico de drogas)	369 bis
Falsificación de moneda	386.5
Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje	399 bis
Cohecho	427 bis
Tráfico de influencias	430
Delitos de odio y enaltecimiento	510 bis
Financiación del terrorismo	576

Tráfico ilegal de órganos humanos	156 bis.3
Trata de seres humanos	177 bis.7
Prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores	189 bis
Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático	197 quinquies
Estafas	251 bis
Frustración de la ejecución	258 ter
Insolvencias punibles	261 bis
Daños informáticos	264 quater
Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	288
Blanqueo de capitales	302.2

Blanqueo de capitales	302.2
Financiación ilegal de los partidos políticos	304 bis.
Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social	310 bis
Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	318 bis.
Urbanización, construcción o edificación no autorizables	319.4
Contra los recursos naturales y el medio ambiente	328
Relativos a las radiaciones ionizantes	343.3
Riesgos provocados por explosivos y otros agentes	348.3
Contra la salud pública	366
Contra la salud pública (tráfico de drogas)	369 bis
Falsificación de moneda	386.5
Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje	399 bis

DELITOS PERSONAS JURÍDICAS

Cohecho	427 bis
Tráfico de influencias	430
Delitos de odio y enaltecimiento	510 bis
Financiación del terrorismo	576

CONDUCTAS IMPRUDENTES IMPUTABLES

- La Circular FGE 1 / 2016 (Conclusión 4ª) considera que del catálogo de delitos , numerus clausus , de los que pueden responder las p. jdcas, sólo pueden cometerse por IMPRUDENCIA :
- Insolvencias punibles (art.259.3).
- Recursos naturales y medio ambiente (art.331)

CONDUCTAS IMPRUDENTES

- Blanqueo de capitales (Art. 302 .2) .
- Financiación del terrorismo (Art. 576.5)

PENAS QUE PUEDEN IMPONERSE

- El Catálogo especial de penas se expresa en el art. 33 . 7 CP .
- Las reglas para su aplicación se determinan en el art. 53 . 5 , fraccionamiento de la pena de multa y en el art. 66 bis CP.
- La STS 154 / 2016 , de 29 de febrero , razona la inconveniencia de la pena de disolución societaria ante el perjuicio que causaría a los trabajadores de la misma pese a la naturaleza claramente instrumental de aquella que servía para encubrir un tráfico de drogas

PARTIDOS POLÍTICOS Y SINDICATOS

- La Responsabilidad penal de PARTIDOS POLÍTICOS Y SINDICATOS ha sido introducida por la LO 7 / 2012 .
- La Circular FGE 1 / 2016 (Conclusión 12) determina los siguientes rasgos :
 1. La Responsabilidad se extiende a las fundaciones y entes con personalidad jdca vinculados a ellos

PARTIDOS POLÍTICOS Y SINDICATOS

- 2.- El art. 9 bis de la LO 8 / 2017 introducido por LO 3 / 2015 , les obliga a establecer programas de prevención .
- 3.- En cuanto a las penas de disolución y suspensión judicial hay que estar a los dispuesto en el Capítulo III de la LO 6 / 2002 (Modificado por LO 3 / 2015 .

EXCLUSIÓN LEGAL DE RESPONSABILIDAD PENAL

- La Circular 1 / 2016 ha entendido a este respecto que :
- Estan exentas de responsabilidad penal las fundaciones públicas, integradas en el sector público fundacional y sometidas al Derecho Administrativo (Conclusión 13^a)
- Asimismo ha considerado que el ejercicio de potestades públicas de soberanía o administrativas se aplica sólo a las administraciones públicas y no a los entes asociativos privados como Cámaras de Comercio o Colegios Profesionales , que son imputables penalmente (Conclusión 14^a).

UNA CLÁUSULA DE EXENCIÓN PENAL

- El art. 31 bis . 2 establece una serie de requisitos en virtud de los cuales puede quedar , si se dan la concurrencia de todos ellos , exenta de responsabilidad penal, la p. jdca.
1. Adopción y ejecución eficaz de modelos de organización y gestión para prevenir delitos similares.

CLÁUSULA DE EXENCIÓN

- 2.- Supervisión de esos modelos de organización , gestión y control por un órgano independiente con poderes de iniciativa y control.
- Por lo general debe evitarse que dicho órgano se encuentre mediatizado o supervisado por aquellos otros órganos societarios a los que debe controlar como advierte la Circular FGE 1 / 2016.

EXENCIÓN Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

- 3.- Elusión fraudulenta por los autores de esos programas .
- 4.- El órgano de supervisión y control no ha actuado con ineficiencia u omisión en sus funciones .
- Cabe la atenuación ante acreditación parcial de esas circunstancias .

EXENCIÓN Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

- El art. 31 bis 3 prevé un régimen especial cuando se trate de personas jurídicas de pequeñas dimensiones (aquellas que pueden presentar cuentas abreviadas de pérdidas y ganancias) en cuyo caso el órgano de gestión y supervisión de los programas podrá recaer en el órgano de administración .

PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y EXENCIÓN

- Para los supuestos del art. 31 bis 1 b , el art. 31 bis 4 prevé un régimen de requisitos más simplificado
- Si antes de la comisión del delito había adoptado y ejecutado eficazmente modelos de prevención de delitos similares o para reducir el riesgo .

DISEÑO LEGAL DE LOS PLANES DE CUMPLIMIENTO (Compliance)

- Se expresan en seis requisitos que se recogen en el art. 31 bis . 5
 1. Identificación de actividades o mapa de riesgos.
 2. Protocolos para la formación de la voluntad de la persona jdca.
 3. Modelos de gestión financiera para los recursos que impidan la comisión de delitos

DISEÑO LEGAL DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO (COMPLAINCE)

- 4.- Obligación de información al órgano de supervisión de posibles riesgos e incumplimientos.
- 5.- Sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de medidas.
- 6.- Verificación periódica del modelo y su posible modificación.

ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LA EXENCIÓN

1. FGE Circular 1 / 2016 .

Estima que se trata de una causa de exclusión de la punibilidad , a modo de excusa absolutoria , cuya carga probatoria corresponde a la p. jdca . , que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplieran las condiciones y requisitos legales .

ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LA EXENCIÓN

- 2.- El TS parece inclinarse en sus dos más recientes sentencias por una exclusión de la posición de la FGE .
- La STS 154 / 2016 , de 29 de febrero afirma su naturaleza “ discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad , lo que parece incorrecto , con la concurrencia de una causa de justificación, o más bien , con el tipo objetivo, lo que sería quizás más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría , por el contrario , el núcleo típico de la responsabilidad penal de la p. jdca , complementario de la comisión del ilícito de la persona física .”

ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

- Esta STS niega asimismo el carácter de excusa absolutoria al que se refería la Circular FGE 1 / 2016 .

UNA REFLEXIÓN PROCESAL

- Como hemos visto las SSTs establecen una absoluta equiparación entre los derechos y garantías procesales de las personas físicas y jurídicas . Ello tiene algunas implicaciones de índole procesal , en el marco del art. 786 bis LECR y transcendencia constitucional .
- Uno muy esencial es la designación de la persona que deba representar procesalmente a la p. jurídica a la hora de responder penalmente .
- El escenario no es otro sino el posible conflicto de intereses entre las personas físicas responsables penalmente y las que conlleven la de la p. jurídica.

REFLEXIONES PROCESALES

- En supuestos de confusión de intereses y que una misma persona actúe doblemente en tales roles , la STS 154 / 2016 , de 29 de febrero advierte de la posible nulidad y repetición del juicio , al concurrir una vulneración de indefensión y derecho de defensa (arts 24. 1 y 2 CE), como ocurrió en el caso de autos con el derecho a la última palabra .

REFLEXIONES PROCESALES

- La STS 221 / 2016 , de 16 de marzo , sigue idéntica pauta y casa la sentencia de instancia absolviendo a la p.jdca .
- El foco es la asignación de la misma representación letrada para la persona física y para la persona jdca, lo que podría provocar la vulneración del derecho defensa (aunque en el caso de autos no se probara la colisión de intereses) .

REFLEXIONES PROCESALES

- La casación se estimó en atención a que , en el marco del art. 409 bis LECR , no hubo imputación diferenciada entre la persona física y la persona jdca , ya que la de ésta exige que se haga conforme a “ criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. “

ENTES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

- El art. 129 CP impone a estas empresas , organizaciones, grupos , entidades u organizaciones , LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS a la pena que corresponda al delito con el contenido del art. 33 letras c a g CP y la prohibición de toda actividad aunque sea lícita
- Sólo en aquellos casos previstos en el CP o en los delitos que pueden cometer las P. Jdcas.

DELITOS APLICABLES A ENTES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

Relativos a la manipulación genética	162
Alteración de precios en concursos y subastas públicas	262
Negativa a actuaciones inspectoras	294
Delitos contra los derechos de los trabajadores	318
Falsificación de moneda	386.4
Asociación ilícita	520
Organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas	570 quater